

**AIX-MARSEILLE UNIVERSITE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE**

**L'ASSIMILATION JURIDIQUE DU STATUT PERSONNEL
MAHORAIS**

Thèse pour le Doctorat en droit privé

Présentée et soutenue publiquement par :

Amir ALI

Le Vendredi 05 février 2016

A la Faculté de droit
D'Aix-Marseille Université

Sous la direction de : Madame Isabelle BARRIERE-BROUSSE

JURY :

Monsieur Rémy CABRILLAC
Professeur à l'Université de Montpellier
Rapporteur

Monsieur Laurent SERMET
Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques d'Aix en Provence
Rapporteur

Madame Valérie PARISOT
Maitre de Conférence à Université de Versailles, St Quentin en Yvelines

Madame Isabelle BARRIERE-BROUSSE
Professeur à Aix-Marseille Université
Directrice de la recherche

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : L'ASSIMILATION PROGRESSIVE DU STATUT PERSONNEL MAHORAIS	15
TITRE I : L'ELABORATION DU STATUT PERSONNEL MAHORAIS SOUS INFLUENCE ASSIMILATIONNISTE.....	17
<i>Chapitre I : Une assimilation à l'état embryonnaire.....</i>	<i>19</i>
<i>Chapitre II : Les limites pratiques du système mis en place.....</i>	<i>63</i>
TITRE II : LA SUPPRESSION DES REGLES DU STATUT PERSONNEL AU PROFIT DU DROIT COMMUN	113
<i>Chapitre I : Une disparition favorisée par la fondamentalisation du droit local</i>	<i>115</i>
<i>Chapitre II : L'extension du droit commun dans le statut civil particulier.....</i>	<i>195</i>
DEUXIEME PARTIE : LA DELICATE APPLICATION DU STATUT PERSONNEL REFORME.....	247
TITRE I : LES DIFFICULTES INHERENTES A LA MISE EN ŒUVRE DES NOUVELLES REGLES.....	249
<i>Chapitre I : Les difficultés soulevées par la plénitude de compétence du droit commun.....</i>	<i>251</i>
<i>Chapitre II : Les difficultés relatives aux conflits de loi dans le temps.....</i>	<i>305</i>
TITRE II : LA NECESSAIRE FORMALISATION DE L'ASSIMILATION	349
<i>Chapitre I : La suppression des dispositions relatives au statut personnel.....</i>	<i>351</i>
<i>Chapitre II : L'alignement conséquent du droit non civil de la famille</i>	<i>403</i>
CONCLUSION GENERALE	443

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	Alinéa
art.	Article
ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin civil
CA	Cour d'appel
Cass.	Cassation
c. civ.	Code civil
C.E	Conseil d'Etat
ch.	Chambre
chron.	Chronique
civ.	Civil
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Com.	Commercial
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusion
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Cont.	Contentieux
CPC	Code de procédure civile
Crim.	Criminelle
c. de proc. pén.	Code de procédure pénale
CJCE	Cour de justice de la communauté européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
c. trav.	Code du travail
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
Cour. EDH	Cour européenne des droits de l'homme
dir.	Sous la direction de
Dr. fam.	Revue droit de la famille
DUDH	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
éd.	édition
etc.	et caetera
Gaz. Pal.	Gazette du palais
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances
Notamm.	Notamment
op. cit.	<i>opere citato</i> (dans l'œuvre citée)
p.	Page
prem. Prés.	Premier président
PUF	Presses Universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rec. Cons. Const.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Req.	Requête
Rev. dr. unif.	Revue de droit uniforme
RFDA	Revue française de droit administratif
RJOI	Revue juridique de l'Océan indien
RTD civ.	Revue Trimestrielle du droit civil
Sect.	Section
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TUE	Traité sur l'Union Européenne

A mon père qui est aux cieux, à ma mère et à ma tendre épouse,

Remerciements

Je remercie très sincèrement ma directrice de thèse Madame Isabelle BARRIERE-BROUSSE pour son soutien, ses conseils et sa disponibilité.

Je remercie également les membres du Laboratoire de droit privé et sciences criminelles d'Aix-Marseille Université.

Je remercie aussi le Conseil général de Mayotte (DASU) qui a financé ma thèse.

Je tiens enfin à remercier toutes les personnes qui m'ont apporté leur aide ou soutien durant toutes ces années de recherche.

Introduction

*« Mais quand viendra ce qui est parfait,
ce qui est partiel disparaîtra ».*

Saint-Paul¹.

1. Durant la dernière décennie, Mayotte a vécu une « tourmente législative »², qui s'est traduite par la généralisation dans l'île du droit métropolitain, avec toutefois quelques adaptations et dérogations dans certaines matières. Inscrite dans la perspective de sa départementalisation, officialisée depuis le 31 mars 2011, cette entreprise attestant de « la longue marche vers le droit commun »³, concrétise le vœu formulé par le Gouvernement dans l'accord sur l'avenir de Mayotte du 27 janvier 2000, et qui consiste dans l'extension de l'identité législative vers 2010⁴, c'est-à-dire le régime de l'assimilation législative. Pour ce faire, il a fallu opérer une refonte complète du droit applicable. Ainsi, dans les rapports personnels et familiaux, où le droit est demeuré longtemps marqué par une dualité de statuts civils dont l'un est dit de droit commun et l'autre de droit local, le Code civil est aujourd'hui devenu la norme de référence. En effet, il s'applique désormais de manière quasi uniforme dans sa version commune, à tous les habitants de Mayotte, sans distinction de statuts civils.

Cependant, dans cette étude, une attention vive est particulièrement attachée à ce processus ayant entraîné la disparition des règles du statut civil particulier remplacées par

¹ Saint-Paul, Corinthiens 1. 13

² S. PARICARD, « l'épreuve des traditions : la création d'un état civil à Mayotte » in C. NEIRINCK (dir.), *L'État civil dans tous ses états*, Droit et Société, vol. 47, 2008, p. 87

³ O. GOHIN, « Mayotte : la longue marche vers le droit commun », *RJOI* -n° spécial « Mayotte 2009 », 2009, p. 5-18.

⁴ Accord du 27 janvier 2000 sur l'avenir de Mayotte, *JO* 8 févr. 2000 p. 198.

celles issues du Code civil. Il s'agit plus précisément de l'assimilation du statut personnel mahorais. A cet égard, on relève que la question a été généralement abordée par la doctrine sous deux aspects. Le débat est tantôt axé sur des considérations sociologiques, tantôt sur les conséquences de l'évolution statutaire. Ces deux approches, qui seront d'ailleurs explicitées un peu plus loin, apparaissent très peu suffisantes pour permettre de saisir l'étendue des difficultés et enjeux soulevés par ce processus.

Par ailleurs, certaines précisions d'ordre terminologique s'imposent. Il s'agit là d'un préalable à la compréhension de l'étude que nous entendons mener. Dès lors, il convient de définir aussi bien la notion d'assimilation que celle de statut personnel.

2. La notion d'assimilation trouve ses racines à l'époque coloniale. Dans son acception large, elle « renvoie tout à la fois au mouvement d'exportation des institutions politiques, administratives et juridiques françaises et au processus de civilisation des indigènes, qui en est la conséquence directe »⁵. Selon MM. Rolland et Lampué, les promoteurs de la politique d'assimilation ont eu à l'esprit de faire de tout territoire fraîchement colonisé par la France, « un prolongement de celui de la métropole »⁶. Il s'est agi d'y dupliquer non seulement l'organisation administrative, mais également le modèle économique, le droit métropolitain, ainsi que les valeurs propres à la société française. On parle alors de politique assimilationniste⁷.

Cependant, de cette approche générale, notre étude ne retiendra que l'assimilation juridique, celle qui consiste précisément à placer l'indigène sous la juridiction du droit français. A ce propos, quelques observations doivent être faites.

3. L'assimilation juridique emporte en principe extension du régime législatif français dans les colonies, permettant ainsi l'application du droit métropolitain. Toutefois, sa concrétisation dépend du degré d'évolution des habitants d'un territoire considéré, dont l'évaluation se fait à la lumière de différents facteurs inhérents au niveau de développement

⁵ E. SAADA, « La loi, le droit et l'indigène », *Droits* n°43 2006, p. 165-190.

⁶ L. ROLLAND, P. LAMPUE, *Précis de législation coloniale*, 2^e éd., Dalloz 1936, p. 36.

⁷ De par le caractère universel du projet assimilationniste, l'assimilation s'appréhende également à l'endroit des immigrés, attitude perçue comme le « pendant significatif dans la politique coloniale » (U. MELOTTI, « Aux racines des conflits : les politiques migratoires en Europe », in R. GALISSOT, B. MOULIN (dir.), *Les quartiers de la ségrégation : Tiers Monde ou Quart Monde ?*, Karthala 1996, p. 84).

économique et social. Ainsi, au lieu d'y étendre systématiquement le droit métropolitain, la France va mettre en place une législation particulière. La règle est clairement énoncée dans les dispositions de l'article 64 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830⁸. Cette soumission à des lois particulières s'accompagne du principe de la spécialité législative, en vertu duquel l'application de la législation métropolitaine dans les colonies ne peut se faire que sur mention expresse. La tendance sera confirmée par le sénatus-consulte du 3 mai 1954 instituant le régime des décrets coloniaux.

Dans les faits et d'une manière générale, le droit applicable dans les colonies est souvent l'œuvre de l'administration coloniale, même en ce qui concerne le droit applicable au statut personnel. Les pouvoirs ainsi reconnus à cette autorité, lui permettent d'« imposer à la colonie un droit propre, censé mieux répondre à ses besoins spécifiques, un droit dit « colonial » qui, s'il n'est pas exactement celui de la métropole, n'en est pas moins un droit moderne, élaboré par le colonisateur à partir du modèle qu'il connaît le mieux, le sien, et dont il ne manque pas de reproduire fidèlement les catégories et les concepts, sinon les solutions »⁹. Néanmoins, tout en optant pour un droit spécialement adapté aux colonies, la France a entendu maintenir certaines institutions juridiques traditionnelles, notamment celles régissant les rapports personnels et familiaux, ainsi que le régime des terres.

4. De ce choix politique, on a assisté à l'émergence d'une dualité de statuts civils, en l'occurrence le statut civil français et le statut civil de droit local. Cette dualité statutaire apparaît d'ailleurs dans l'article 82 de Constitution du 27 octobre 1946, dont l'alinéa premier énonce que « Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ». Aujourd'hui encore, l'article 75 de la Constitution garde une trace de cet héritage ; l'expression statut civil de droit commun étant néanmoins préférée à celle de statut civil français. Il dispose ainsi 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 ». Toutefois, derrière la tendance unitaire de sa formulation se cache en réalité une variété de statuts personnels. En effet, leur organisation dans les territoires ultramarins qui en connaissent est fortement « éloignée de l'uniformité »,

⁸ L'article 64 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830 dispose en effet que « Les colonies sont régies par des lois particulières ».

⁹ X. BLANC-JOUVAN, « Du pluralisme à la mixité dans les nouveaux droits africains » in *Mélanges Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 129.

si bien qu'on lui reconnaît « l'unité et la diversité d'une mosaïque, qui correspond à des histoires et cultures particulières »¹⁰. La dualité de statuts civils ainsi que « la pluralité personnelle des lois »¹¹ résultant de l'article 75 de la Constitution sont révélatrices d'un pluralisme juridique source de conflits internes de lois¹².

Ces conflits de lois apparaissent dans les rapports entre une personne de statut civil particulier et une personne de statut civil de droit commun, comme ils sont susceptibles de s'élever dans les rapports entre deux personnes dont les statuts civils particuliers respectifs s'opposent¹³. On parle alors de conflit interpersonnel de lois. Celui-ci « naît de l'applicabilité de règles différentes à des groupes ethniques ou religieux différents », et « s'analyse (...) comme un conflit non point international mais interne, du fait que les normes juridiques en présence coexistent sur le territoire d'un même État »¹⁴. En effet, les statuts personnels étant garantis dans leur diversité par l'article 75 de la Constitution, les règles qui composent chacun d'eux relèvent, au même titre que celles réglementant le statut civil de droit commun, de l'ordre juridique français.

Concernant la résolution des conflits interpersonnels de lois, quelle que soit l'hypothèse envisagée, le droit commun est en principe la norme de référence. Il peut néanmoins être écarté dans les rapports juridiques opposant deux personnes de statuts civils particuliers différents, par une clause expresse contraire. Les deux règles figurent l'article 9 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie,¹⁵ mais également dans l'article 5 de l'ordonnance du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître¹⁶.

¹⁰ N. ROULAND, « Statuts personnels et droits coutumiers dans le droit français » in A.M. LE POURHIET (dir.), *Droit constitutionnel, égalité et liberté locale dans la Constitution*, PUAM/Economica, Paris, 1999, p.179.

¹¹ V. PARISOT, « Le pluralisme juridique au sein de la République française. Invitation au voyage dans les outre-mer », in Beckmann (Roland Michael), Mansel (Heinz-Peter), Matusche-Beckmann (Annemarie) dir., *Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft. Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner*, Heidelberg, C. F. Müller, 2012, p. 746.

¹² Sur les conflits internes de lois, voir V. PARISOT, *les conflits internes de lois*, IRJS Editions, 2013.

¹³ Cette dernière hypothèse peut notamment se rencontrer en Nouvelle-Calédonie où subsiste un statut coutumier, et où résident par ailleurs des personnes originaires de Wallis-et-Futuna, qui ont conservé leur statut personnel.

¹⁴ I. BARRIERE-BROUSSE, note sous Civ. 1^{re}, 22 novembre 2005, n° 03-12.224 et Civ. 1^{er}, 31 janvier 2006, n°02-18.297, *JDI*, juil. 2006, 16.

¹⁵ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JO* 21 mars 1999 p. 4197.

¹⁶ 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* 4 juin 2010 p. 10256.

5. Le doute doit également être levé concernant la notion de statut personnel. Dans l’imaginaire collectif sommeille une conception dite restrictive qui renvoie au statut individuel et au statut familial. Elle vise précisément « tout ce qui touche à l’état de la personne, à sa capacité, tout ce qui touche à son identité et à sa situation familiale, tout ce qui est intimement attaché à l’individu et à ses attributs »¹⁷. On relève par ailleurs que le statut personnel constitue une catégorie de rattachement en droit international privé. Les règles qui en résultent reposent sur un ensemble appelé loi personnelle qui peut dépendre selon le pays, soit de la nationalité, soit du domicile, ou encore de la résidence habituelle, voire dans certaines hypothèses de la religion.

Au statut personnel, on rattache la permanence et la stabilité. A cet égard, l’article 3 du Code civil précise *in fine* que « Les lois concernant l’état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Alors que cette délimitation semble précise, la jurisprudence est venue étendre le champ du statut personnel. Plus précisément, « s’évadant rapidement du carcan de l’article 3, (elle) fit du statut personnel le prolongement de la personne dans l’ordre international » intégrant par la même occasion « toutes les questions concernant la personne elle-même, englobant ainsi l’état familial à côté de l’état individuel »¹⁸. Toutefois, comme le rappelle l’article 75 de la Constitution, tous les Français n’ont pas vocation à être soumis aux règles du Code civil en droit des personnes et de la famille. Certains d’entre eux relèvent encore d’un statut civil dérogatoire du droit commun. C’est le cas actuellement des Français originaires de Wallis-et-Futuna, de Nouvelle-Calédonie, et de Mayotte.

La désignation n’en reste pas moins variable. Pour la commodité du langage, on parle de statut coutumier, de statut civil particulier, de statut civil de droit local, mais à chaque fois, l’expression recouvre la même réalité. Elle vise des règles personnelles et familiales ayant cours dans un territoire ultramarin, auxquelles s’ajoute parfois le régime des terres. Il en est ainsi du statut personnel mahorais dans sa conception originaire, tel qu’élaboré par l’administration coloniale en 1939, et précisé par la suite par l’assemblée territoriale des Comores en 1964. Retenue dans le cadre de cette étude, cette approche dite extensive se rencontre aussi dans les pays africains.

¹⁷ E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : un fantôme de statut personnel coutumier », *RCDIP* 2012, p. 735.

¹⁸ M. HUNTER-HENIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, PUAM 2004, p. 19.

6. Cette étude se propose justement de faire découvrir le lien profond entretenu par les notions d'assimilation et de statut personnel, mais exclusivement envisagé dans l'hypothèse mahoraise. Assimilation et statut personnel partagent en effet un destin commun. Leurs rapports se révèlent même conflictuels. En effet, la première cherche à investir le domaine de la seconde qui résiste. L'aboutissement de ce processus s'appelle l'assimilation du statut personnel, qui s'entend de la substitution des règles du Code civil aux spécificités locales dans les rapports familiaux. Et lorsque le statut personnel triomphe par sa résistance, son maintien constitue résolument une limite à l'universalisme assimilationniste.

Et en remontant le temps, on remarque une volonté manifeste de l'administration coloniale de soumettre les Mahorais aux règles du Code civil en lieu et place de leurs institutions juridiques régissant les rapports familiaux. Délaissée, la démarche va être réactivée au début des années 2000, pour préparer la départementalisation de l'île aujourd'hui acquise. C'est ce processus et ses implications que nous entendons ici mettre en évidence. Se trouve ainsi exclue de cette étude, l'assimilation des autres branches du droit, du moins en tant que telle. Certes, la question soulève elle aussi des difficultés qui mériteraient également une attention particulière. Mais l'ampleur du travail qu'exige une telle recherche commande de faire preuve d'humilité. Et s'il nous arrive d'y faire référence, c'est uniquement pour étayer et illustrer notre propos. L'assimilation du statut personnel mahorais s'inscrivant dans un cadre plus large, il convient dès lors de restituer en quelques mots le contexte.

7. À l'époque coloniale, M. Solus a écrit « si la conquête ou les traités permettent au peuple colonisateur d'imposer à la colonie son mode de gouvernement et son administration, ils ne lui donnent pas la même emprise sur le droit privé indigène »¹⁹. Dans l'esprit, il s'est agi de respecter les institutions juridiques propres à chaque colonie dans les rapports familiaux²⁰. Différentes considérations permettent de justifier leur maintien. Selon la doctrine, elles sont à la fois morales, religieuses, politiques et sociales. A cet égard, on a pu dire que leur respect s'est imposé comme « une évidence, mais aussi comme une nécessité

¹⁹ H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Recueil Sirey, 1927, p. 6.

²⁰ Variables d'un territoire à l'autre, ces institutions juridiques traditionnelles présentent des similitudes liées à leur ancienneté, à l'absence parfois de codification (si l'on excepte le droit musulman), ce qui rend difficile leur identification et conséquemment leur connaissance.

pragmatique »²¹. Les règles ainsi maintenues sont celles qui constituent ce qu'on appelle aujourd'hui le statut personnel ou statut civil dérogatoire du droit commun. Relativement à leur caractère exceptionnel, elles présentent précisément une limite à l'assimilation juridique.

Aussi évident et nécessaire soit-il, ce choix n'enlève rien à l'universalisme assimilationniste. Déjà proclamé par loi du 24 avril 1833 concernant le régime législatif des colonies, celui-ci ressort implicitement de l'article 82 de la Constitution du 27 octobre 1946 et de sa reprise, l'article 75 de la Constitution du 1958. En effet, l'article premier de la loi précitée consacre le principe du bénéfice de la citoyenneté à tous les habitants des colonies, ainsi que leur soumission au droit français²². Néanmoins, cette disposition ne concerne dans sa mise en œuvre que certains territoires sous possession française lors de son adoption, notamment la Guadeloupe, la Martinique, la Guyane, la Réunion. Les territoires appelés « établissement » restent quant à eux régis par ordonnance royale en vertu de l'article 25²³. Dans ces territoires ainsi que ceux colonisés ultérieurement, les institutions juridiques régissant les rapports familiaux ont été maintenues, non sans conséquence sur le statut politique de ces bénéficiaires. Ces derniers sont considérés non pas comme des citoyens, mais plutôt comme des sujets français. Plus qu'une remise en cause de l'universalisme assimilationniste, on devrait davantage y voir une volonté de repousser à plus tard, la concrétisation du projet.

L'article 82 de la Constitution du 27 octobre 1946 qui consacre la reconnaissance constitutionnelle des statuts personnels ultramarins, et sa reprise l'article 75 de la Constitution de 1958, confirment bien l'idée selon laquelle cette garantie n'est qu'« une étape transitoire vers l'assimilation »²⁴. Cette assertion se vérifie aisément par le caractère univoque de la renonciation au statut civil, qui ne peut opérer qu'en faveur du droit commun. Et pour paraphraser M. Kouassigan, on serait tenté de dire que, plutôt que d'imposer l'assimilation, le pouvoir constituant le suggère²⁵. Les Mahorais n'ont cependant manifesté aucun

²¹ M. SAIDAL, *L'organisation de la justice à Mayotte depuis 1841*, Thèse Paris 2001, p. 119

²² Voir en ce sens, O. LE COUR GRANDMAISON, « L'exception et la règle : sur le droit colonial français », *Diogenes*, 2005/4 n° 212, p. 42-64 ; O. LE COUR GRANDMAISON, « Du droit colonial », *Droits* n°43 2006, p.123-139 ; E. SAADA, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *Genèses*, 2003/4, n°53, p. 4-24 ; E. SAADA, « La loi, le droit et l'indigène », *op. cit.*

²³ Notices statistiques sur les colonies françaises : imprimées par ordre de M. le vice-amiral de Rosamel, ministre secrétaire d'État de la Marine et des colonies, p. 7.

²⁴ N. ROULAND, *op. cit.*, p. 158.

²⁵ G.-A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernité dans le droit privé de la famille en Afrique*

empressement à emprunter cette voie. Le législateur a pris les devants, en les soumettant aux règles du Code civil dans leurs rapports familiaux, non sans justification.

8. Le sort réservé à la singularité mahoraise illustre bien l'idée selon laquelle la garantie constitutionnelle des statuts personnels constitue finalement un « mouvoir »²⁶. Dès la cession de Mayotte en 1841, la France s'est engagée à respecter les croyances et les coutumes ayant cours dans l'île, consacrant de la sorte le principe du respect du droit privé local. Pourtant, la question de l'assimilation des institutions juridiques régissant les rapports familiaux dans leur plus large conception a ensuite été très sérieusement envisagée par l'administration française. Bien que l'on ne parle pas expressément de statut personnel à l'époque, il n'en demeure pas moins que les matières concernées en attestent. Les archives d'outre-mer consultables à Aix-en-Provence recèlent de nombreux échanges entre l'administration locale et le pouvoir central²⁷. Il est précisément question de généraliser l'application du Code civil à l'ensemble de la population mahoraise. Mais cette plénitude de compétence aurait été sérieusement contrariée par le risque du rejet des règles qu'il consacre, appliquées à une population encore fortement attachée à sa culture et à ses croyances. La crainte ainsi nourrie a dès lors commandé une démarche moins audacieuse. Plutôt que supprimer les particularismes locaux, le législateur colonial va les maintenir. Tel est l'objet du décret du 1^{er} juin 1939 relatif à l'organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores. Par la suite, la délibération de la Chambre des députés des Comores du 3 juin 1964 portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, complètera ce texte.

Le système juridique mis en place a connu des jours heureux, dans une totale indifférence, avant que la doctrine ne commence à s'y intéresser au début des années 1990. Ce regain d'intérêt va d'ailleurs lui être fatal. Alors que l'on a prédit la fin du monde pour l'an 2000, le statut personnel mahorais est en train de vivre ses dernières heures. Fortement pénétré par les règles civilistes réglemant l'institution familiale, il n'est que l'ombre de lui-

noire francophone, Pedone, 1974. L'auteur explique ainsi qu'après avoir tenté l'expérience de « l'assimilation outrancière », à travers laquelle la France a voulu imposer son droit aux habitants des colonies, elle a opté pour une autre approche qu'il a appelée « l'assimilation suggérée » (p. 25 et s.).

²⁶ N. ROULAND, *op. cit.*, p. 158. Le privilège accordé au statut coutumier kanak, dont les particularismes sont protégés par l'article 77 de la Constitution, constitue ainsi un contre exemple. Néanmoins, c'est vite oublier le contexte ayant justifié cette reconnaissance, notamment le référendum d'auto-détermination qui doit bientôt intervenir, et qui est susceptible de déboucher sur l'indépendance de cette collectivité *sui generis*.

²⁷ Aix, arch. SOM Mad. 6 (6). D8. Organisation de la Justice aux Comores.

même. Il ne fait aucun doute que la suppression des particularismes locaux s'inscrit dans la perspective de la départementalisation de l'île. Pourtant, aujourd'hui encore, le législateur continue à reconnaître l'existence du statut personnel mahorais à travers l'ordonnance du 3 juin 2010²⁸.

9. La définition précédemment donnée à l'assimilation du statut personnel révèle toute la difficulté à appréhender séparément les notions d'assimilation et de statut personnel. On constate en effet que l'existence de la seconde s'induit des limites de la première, dont le triomphe emporte sa disparition définitive du paysage juridique. Ce n'est toutefois pas sous ce rapport que nous entendons engager la discussion. Il se trouve qu'aujourd'hui le Code civil a cessé d'être la norme de référence de l'institution familiale, à telle enseigne que l'on parle du droit non civil de la famille.

L'apparition de l'expression remonte à un colloque dont les contributions ont été publiées dans l'ouvrage du même nom en 1983²⁹. On part du postulat que la famille a cessé d'être « un objet spécifique traité par un droit spécifique », si bien que la multiplication des problématiques qu'elle soulève appelle nécessairement des réponses diverses, qui ne peuvent venir du seul Code civil³⁰. D'autres sources doivent donc être sollicitées pour satisfaire ces nouvelles exigences, chacune intervenant à son échelle, selon la difficulté envisagée. En somme, la famille se présente comme « une institution à la limite de la sphère de l'espace public et de l'espace privé »³¹.

Outre ces considérations sur le renouveau du droit de la famille, on remarque également que l'assimilation législative est le régime juridique en principe applicable aux départements et régions d'outre-mer (DROM). Or, l'île de Mayotte relève justement de cette catégorie. Partant, on peut légitimement se demander si l'assimilation juridique du statut personnel doit continuer à s'entendre exclusivement de la substitution des règles civilistes régissant les rapports familiaux aux spécificités locales.

²⁸ 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°0127 du 4 juin 2010 p. 10256.

²⁹ J. CARBONNIER, *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983.

³⁰ E. MILLARD, « L'évolution du droit de la famille », *Relatés familiales*, 2003, p. 80-84.

³¹ J. SANCHEZ, « La famille, une institution à la limite de la sphère de l'espace public et de l'espace privé », *Empan* 2002/3, p. 95-104.

10. Sur l'assimilation du statut personnel mahorais, les discussions doctrinales ont essentiellement porté sur des considérations liées à l'évolution statutaire, et précisément la départementalisation de Mayotte, mais également sur l'aspect sociologique. Les deux approches réunies n'embrassent pas tous les enjeux et les difficultés inhérents à ce processus. En effet, les interrogations en la matière sont nombreuses, et ne trouvent pas toutes leurs réponses dans ces débats.

La doctrine s'est d'abord interrogée sur l'avenir du statut personnel mahorais dans la perspective de la départementalisation de l'île³². La tendance dominante a conclu à sa disparition inéluctable. Aujourd'hui pratiquement acquise, elle n'est pas au goût de certains auteurs, qui se montrent particulièrement critiques sur la voie dans laquelle s'est engagé le législateur. Ils lui reprochent précisément de soumettre les bénéficiaires à un ensemble de règles, dont la conception est à l'opposé de leur représentation, en ce qui concerne les institutions familiales. Le droit métropolitain apparaît ainsi comme une sorte de droit venu d'ailleurs et que l'on essaie d'imposer. Apparaissant comme l'un des principaux artisans de cette dénonciation, M. Lafargue n'hésite pas à qualifier l'intervention législative « de nouvelle tentative de forçage, ou de colonisation juridique »³³. Les mots sont durs, et interrogent sur la légitimité de l'entreprise.

Bien évidemment, nous n'entendons pas ici remettre en cause l'intérêt de ces débats doctrinaux. Ce qui semble néanmoins discutabile reste indéniablement leur insuffisance. En effet, leur teneur ne rend qu'imparfaitement compte de la réalité de la problématique soulevée par ce processus. S'agissant de généraliser dans l'île les règles métropolitaines régissant les rapports familiaux, lesquelles sont présentées comme étant aux antipodes de la conception musulmane, dont la majorité des Mahorais se réclame, il est normal que la question de leur réception se pose. De la même manière, il est incontestable que discuter du sort du statut civil particulier dans un territoire en voie de départementalisation n'est pas dénué d'intérêt.

³² A. BOYER, « Les autochtones françaises : populations, peuples ? », *Droit et cultures*, 1999/1, p. 125-127 ; O. GUILLAUMONT, « Statut personnels et Constitution. Contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, 2001-3, p. 1585-1587 ; R. LAFARGUE, « Les contraintes posées par l'article 75 de la Constitution : entre clause coloniale et facteur d'émancipation », *Droit et Cultures*, 2003-2, p. 45-50 ; S. RETTERER, *Les incidents privés de la départementalisation de Mayotte*, *RRJ* 1997-3 [note 1703] ; J.-B. SEUBE, « L'avenir du statut civil de droit local à Mayotte », in *Familles Liber Amicorum F. RINGEL*, PUAM 2007, p. 249-260.

³³ R. LAFARGUE, « La Coutume et le statut coutumier kanak dans le paysage juridique français : anachronisme ou solution innovante ? », *Cahiers d'anthropologie du droit* 2011-2012, p. 167.

Néanmoins, outre les nuances qu'appellent ces discussions, force est de reconnaître qu'on ne saurait réduire la problématique liée à l'assimilation du statut personnel mahorais à ces seuls aspects.

11. Les deux approches ne fournissent pas d'indications sur les causes intrinsèques de la réforme du statut personnel mahorais. En ce sens, celle fondée sur l'évolution statutaire fournit une raison parmi tant d'autres, dont la neutralisation fait demeurer l'interrogation. On peut ainsi reprocher à ceux qui ont abordé la question sous cet angle de n'avoir réservé aucune place dans leurs développements, à l'éventuelle disparition de la singularité mahoraise en dehors de ce cadre. D'autres raisons existent en effet, et ont été occultées par les auteurs qui ont mis l'accent sur les considérations sociologiques, dont la prise en compte aurait peut-être permis de nuancer leurs propos.

L'approche doit donc être renouvelée, ne serait-ce déjà que pour justifier le bien-fondé des nuances apportées aux deux principales pistes de réflexion ayant retenu l'attention de la doctrine, ainsi que les insuffisances des thèses défendues sur l'étendue de la question. Les véritables causes de l'évolution du statut personnel mahorais doivent être découvertes. Par ailleurs, puisque la réception des nouvelles règles est discutée, on ne comprend pas pourquoi la doctrine a mis l'accent exclusivement sur l'aspect sociologique au lieu d'aller au-delà en envisageant par exemple les difficultés qu'elles pourraient poser du point de vue de la pratique judiciaire.

La remarque est d'autant plus fondée que les dernières études consacrées à la spécificité mahoraise ne sont pas tendres avec le législateur. Les critiques portent essentiellement sur son maintien de principe par l'ordonnance du 3 juin 2010, alors qu'il ne s'agit que d'une coquille vide. On parle en effet de « fantôme de statut personnel coutumier »³⁴, ou encore d'une « imposture » en visant son maintien³⁵. Comme si finalement, l'on reprochait au législateur de manquer d'audace, en refusant d'accomplir le dernier geste. L'attitude de ces auteurs n'en demeure pas néanmoins regrettable. Ils auraient dû aller plus en avant dans leurs analyses. En effet, en faisant le constat de l'inutilité du maintien du statut personnel mahorais, désormais épuré de ces spécificités locales, ils auraient pu poursuivre l'examen et tirer toutes les conséquences, notamment les incidences pratiques.

³⁴ E. RALSER, *op. cit.*

³⁵ S. BLANCHY, Y. MOATTY, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et Société* 80/2012, p. 117-139.

12. L'idée de faire une recherche sur l'assimilation du statut personnel mahorais a émergé du constat des difficultés précédemment exposées et qui restent sans réponse. La doctrine a beaucoup écrit sur cette spécificité mahoraise, mais il n'existe pas à ce jour de publication proposant une vision d'ensemble. Il s'agit pour nous de combler cette première lacune, dont l'importance ne doit pas être négligée.

Outre cette considération, la perspective même de remettre en cause la définition traditionnelle de l'assimilation du statut personnel révèle l'intérêt de cette étude sous différents aspects. On remarque tout d'abord que la question n'a pas reçu de réponse au sein de la doctrine alors qu'elle mérite d'être abordée, ne serait-ce qu'au regard du renouvellement des sources dans le droit de la famille qui a fait perdre au Code civil l'exclusivité dans ce domaine, et des conséquences qui en résultent. D'aucuns n'y verront peut-être qu'un intérêt purement théorique. Les implications pratiques n'en demeurent pas moins certaines, comme le prouveront nos développements ultérieurs. Aussi, le fait de s'interroger sur la portée de l'assimilation du statut personnel mahorais oblige d'une certaine manière à s'intéresser à l'essence même de ce processus et aux difficultés pratiques que soulèvent les nouvelles règles.

En effet, les spécificités locales supprimées sont différentes des règles civilistes qui les ont remplacées. Et il est évident que les litiges qui naissent de situations juridiques constituées sous leur empire ne pourront pas tous être résolus en référence aux règles du Code civil. Or, aucune étude n'a été envisagée pour appréhender les difficultés inhérentes au droit transitoire pour leur proposer des solutions. Et là encore, nous entendons combler cette lacune. A ce propos, on nous objectera peut-être que le statut personnel mahorais présente des similitudes avec certaines situations juridiques connues du droit international privé. Cela est vrai avec les institutions d'essence islamique applicables aux ressortissants des pays du Maghreb et qui se rencontrent également à Mayotte. Ainsi, les solutions retenues par la jurisprudence française pourront en effet être sollicitées. Cependant, rien ne dit que leur application aux litiges nés du statut personnel mahorais sera satisfaisante. La difficulté peut venir de la transposition d'une solution internationale à une situation relevant de l'ordre juridique interne. D'où la nécessité d'aborder la question pour dissiper les doutes.

13. En définitive, prenant comme point de départ l'état actuel du statut personnel mahorais, notamment son maintien alors qu'il est littéralement cantonné à une existence purement formelle, cette étude se propose de découvrir les différentes raisons justifiant son

évolution ainsi que les incidences de l'assimilation qui en résulte. Pour ce faire, la logique commande de s'intéresser d'abord à ce qui a existé avant la vague de réformes ayant affecté durant la dernière décennie cette singularité mahoraise, et précisément les difficultés soulevées par le système juridique originellement élaboré. En effet, « On ne peut savoir ce qui se passe, sans réfléchir sur ce qui s'est passé »³⁶. Il s'agit là d'un préalable à la compréhension de la portée de l'assimilation juridique du statut personnel mahorais tant dans ses implications théoriques que pratiques.

La réflexion sur ce qui a existé permet d'analyser ce système juridique dans son essence pour établir le lien avec la logique assimilationniste. Elle facilite également la découverte des causes intrinsèques de son évolution. Une réforme pouvant par ailleurs être commandée par des éléments extérieurs, celle affectant le statut civil particulier offre une opportunité de mettre en évidence l'influence de la fondamentalisation du droit, ainsi que les difficultés liées à sa concrétisation. Ce sera également l'occasion de discuter du bien-fondé de la thèse reposant sur des considérations sociologiques pour contester la généralisation du droit commun qui en a résulté. Dès lors, et fort logiquement, l'approche privilégiée mettra d'abord en évidence le processus de l'assimilation du statut personnel mahorais (**Première partie**).

Par ailleurs, étant donné que l'assimilation n'est pas perceptible de prime abord, il faudra faire la lumière sur les incidences de la politique législative. Outre les inéluctables difficultés inhérentes au droit transitoire, il faudra réfléchir sur les conséquences du maintien de principe du statut personnel mahorais du point de vue de l'application du droit. Les critiques qui seront ainsi formulées sur la politique législative appelleront nécessairement des développements relatifs aux perspectives d'avenir. Ce sera justement l'occasion de préciser la portée de l'assimilation juridique, mais également le rapport qu'elle entretient avec le droit non civil de la famille. D'une certaine manière, il faudra nécessairement s'intéresser à la mise en œuvre des nouvelles règles (**Deuxième partie**).

³⁶ Propos recueillis par Raphaëlle Rérolle Traduit de l'anglais (États-Unis) par Johan-Frédéric Hel Guedj, *Le Monde des Livres* édition du 20 mai 2011, p. 10.

Première partie : L'assimilation progressive du statut personnel mahorais

14. L'assimilation du statut personnel mahorais est un processus lent et progressif. Toutefois, la substitution des règles du Code civil aux particularismes locaux, puisque c'est bien à cela que renvoie l'assimilation juridique dans sa conception traditionnelle, n'est pas pour autant linéaire. Il n'existe pas de lien apparent entre le moment où le processus assimilationniste a commencé, et le moment où le législateur a posé la dernière pierre, même si l'assimilation semble inachevée, du moins si l'on se fie à l'ordonnance du 3 juin 2010, qui continue à proclamer l'existence de cette singularité mahoraise.

On remarque également que le Traité de cession de Mayotte à la France en date du 25 février 1841 ne fait nullement allusion à la notion de statut personnel. Ce texte se borne à proclamer le respect général des institutions juridiques en droit privé. On est donc forcé de constater qu'il a fallu d'abord élaborer le statut personnel mahorais pour pouvoir ensuite l'adapter dans une perspective assimilationniste. Et si l'on considère que cette adaptation est progressive, et que le statut personnel n'a pas existé originellement lors de la cession de Mayotte à la France, cela signifie résolument qu'il a été élaboré dans une logique assimilationniste, avant d'être profondément pénétré par les règles civilistes. Ainsi se trouve restituée la logique d'ensemble de ce processus.

Partant, l'examen de l'élaboration du statut personnel mahorais sous influence assimilationniste (Titre I) précédera l'analyse de la disparition des règles qui le composent au profit du droit commun (Titre II).

Titre I : L'élaboration du statut personnel mahorais sous influence assimilationniste

15. Le statut personnel mahorais dont la suppression des spécificités a commencé au début des années 2000 n'existait pas tel quel lors de la cession de Mayotte à la France en 1841. Ce système juridique façonné par le législateur colonial en 1939, puis précisé en 1964 par l'assemblée territoriale des Comores, moins de vingt ans avant la déclaration unilatérale d'indépendance, doit son existence à l'impossibilité de faire triompher l'universalisme assimilationniste. Mais si l'assimilation est écartée pour laisser subsister les institutions juridiques traditionnelles régissant les rapports familiaux, l'élaboration du statut personnel mahorais ne s'inscrit pas moins dans une perspective assimilationniste. Cependant, il n'est nullement question ici de faire état des débats ayant conduit à la mise en place de ce système juridique. Il s'agit davantage de l'étudier pour en faire ressortir l'originalité, mais également pour faire la lumière sur les raisons de son échec, et donc de découvrir les causes intrinsèques de sa réformation.

A propos justement de son originalité, les études ont souvent présenté le statut personnel mahorais comme étant dominé par le droit musulman « mâtiné de coutumes d'origine malgache et est-africaine »³⁷. Une telle présentation occulte de prime abord la philosophie et les principes qui sous-tendent ce système juridique façonné par le législateur colonial et le pouvoir réglementaire local, aujourd'hui garanti par l'article 75 de la Constitution. Il est vrai que substantiellement, le statut personnel mahorais emprunte beaucoup au fond juridique local, mais on rencontre également des institutions d'origine métropolitaine. On remarque ainsi que le système juridique initialement élaboré et récemment réformé entendait se projeter vers l'avant sans pour autant opérer une réelle rupture. Les institutions juridiques traditionnelles régissant la vie familiale ont été maintenues sans toutefois perdre de vue la politique assimilationniste.

Ce premier titre permettra ainsi de démontrer que l'élaboration du statut personnel mahorais reflète une assimilation en germe (Chapitre). Et pour découvrir les causes intrinsèques de son échec, il faudra nécessairement s'intéresser à ses limites pratiques (Chapitre 2).

³⁷ E. CADOU, « Le statut de l'enfant mahorais », *RIDC* 2005/2, p. 295.

Chapitre I : Une assimilation à l'état embryonnaire

16. À Mayotte, comme ailleurs, le législateur colonial a considérablement œuvré pour réduire le champ d'application des particularismes locaux. Acquis en droit public, en droit pénal et en droit de travail, l'unification législative n'a été que relative en droit civil, et spécialement dans les rapports familiaux, où les institutions juridiques locales ont été maintenues. Celles-ci restent en effet, fortement influencées par la conception traditionnelle et religieuse de la société mahoraise, rendant difficile leur substitution aux règles du Code civil. Il en résulte une dualité de statuts civils, aujourd'hui consacrée à l'article 75 de la Constitution, qui oppose le statut civil de droit local au statut civil de droit commun. La survivance des institutions juridiques locales s'explique précisément par une double impossibilité : l'impossibilité de substituer le Code civil à un *corpus juris* dominé par des croyances religieuses, et celle de confier la résolution des litiges qui en résultent aux juridictions de droit commun. Le progrès juridique a consisté à insérer les institutions juridiques traditionnelles régissant les rapports familiaux patrimoniaux et extrapatrimoniaux dans une conception proche du modèle métropolitain, révélant une tentative de rationalisation de l'ordre juridique local³⁸. D'où il suit que l'assimilation est à l'état embryonnaire.

Le système mis en place est donc en rupture avec les pratiques purement traditionnelles ayant cours dans l'île jusqu'alors. Parcelaire, cette rationalisation n'a concerné que l'aspect procédural, se traduisant par la mise en place d'une justice hiérarchisée, fortement inspirée du modèle métropolitain. L'accomplissement de certains formalismes a été rendu nécessaire. Les institutions juridiques locales n'ont été maintenues que du point de vue substantiel. Tels sont les traits caractéristiques du statut civil de droit local à Mayotte avant sa réforme.

On découvre ainsi une tendance conservatrice des règles substantielles (Section 1) et un effort d'assimilation dans la sanction du droit (Section 2).

³⁸ Bien qu'étant d'un maniement malaisé, la rationalisation peut être définie selon la doctrine comme la « démarche ayant pour but et fonction d'améliorer les fondements des décisions législatives et la pertinence de ces dernières par rapport aux problèmes à résoudre » (L. MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot Lausanne, 1985, p. 99). S'agissant d'une notion d'essence occidentale, elle s'entend dans notre hypothèse de la pénétration par l'ordre juridique local des principes de droit français en substitution des principes du droit local dans le sens d'une plus grande rigueur dans la reconnaissance et la sanction du droit.

Section 1 : La tendance conservatrice des règles substantielles

17. Les institutions juridiques traditionnelles n'ont été maintenues que dans le cadre précis du droit des personnes et de la famille. Ce maintien s'est fait « beaucoup plus par nécessité que par la foi en leur valeur »³⁹. Le législateur colonial n'a pas eu véritablement le choix, face à l'essence religieuse de certaines pratiques locales. Difficile en effet de supprimer des institutions juridiques porteuses de croyances traditionnelles, et constitutives d'élément d'identification des autochtones et de définition par rapport aux autres⁴⁰. Le maintien des institutions juridiques traditionnelles procède donc d'un argument d'opportunité.

Conformément à la logique de rationalisation de l'ordre juridique local, ont été précisées les sources du droit local (§1) ainsi que son domaine d'application (§2).

§1/ Le maintien des principales sources locales du droit

18. Pendant presque trente ans, jusqu'à l'adoption du décret de 1934, l'administration coloniale française n'a jamais caché sa volonté d'abroger les particularismes locaux au contenu méconnu et fluctuant, et ne présentant guère aucune garantie pour la sécurité juridique. L'attache profonde vouée par les autochtones à leurs « habitudes particulières », à leurs « intérêts moraux et matériels propres »⁴¹, a présidé au maintien de leurs lois personnelles associant « les éléments sociaux et juridiques de l'islam à d'autres proprement "coutumier" »⁴². La substitution du Code civil aux institutions juridiques locales est donc apparue comme une ambition trop grande, voire précocée. La découverte du Minhadj, recueil de jurisprudence musulmane, s'est avérée opportune pour l'administration coloniale française. Ce recueil est apparu comme une alternative sérieuse au Code civil conformément à sa volonté de mettre en place un corps de règles accessibles, et précisément écrites. Prise par le pouvoir central, cette mesure a été atténuée dans sa portée au niveau local, puisque les coutumes locales ont été pareillement élevées au rang de source du statut civil mahorais.

³⁹ G. A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 43

⁴⁰ *Ibid.*, p. 23

⁴¹ R. PASSERON, *Cours de droit algérien professé à la faculté de Droit d'Alger*, Imprimerie officielle, Alger, 1947, p. 204

⁴² S. BLANCHY, « Mayotte : « française à tout prix » », *PUF, Ethnologie française* 2002/2, p. 677-687

Il importe donc d'exposer en quelques lignes le contexte ainsi que les causes de l'érection du droit musulman comme source du droit local (A), initiative néanmoins contrariée par l'invocabilité des coutumes locales au prétoire des Cadis (B).

A) Institution du Minhadj comme code officiel

19. Certains auteurs ont pu soutenir que « les administrateurs coloniaux avaient (...) tendance à préférer une doctrine formelle explicite, comme celle fournie par le droit islamique, à des coutumes changeantes et mal définies »⁴³. L'institution du *Minhadj-at-tâlibîn*⁴⁴ comme Code officiel du statut personnel mahorais s'inscrit donc dans cette logique. L'analyse des causes particulières de cette officialisation s'impose. Il importe également de préciser la portée pratique de ce texte.

20. L'article 6 du décret du 1^{er} juin 1939 portant réorganisation de la justice indigène aux Comores prescrit aux Cadis de dire le droit conformément au *Minhadj-at-tâlibîn*. Il s'agit d'un recueil de jurisprudence musulmane écrit par An-Nawawî⁴⁵ au XIII^e, s'inspirant du rite chaféite auquel sont affiliés les Mahorais. Cependant, on lui reconnaît une vocation purement didactique, en ce qu'il s'adresse principalement aux étudiants de ce grand savant musulman. Son usage n'exige pas moins une excellente maîtrise du *Fiqh*⁴⁶. Par ailleurs, la délibération de la Chambre des députés des Comores du 3 juin 1964, adjoindra à ce recueil ses commentaires, que sont le Fath-al-Quarib, le Kétab-al-Tambin et le Fath-al-Moeni⁴⁷.

⁴³ J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 70

⁴⁴ Le *Minhadj-at-tâlibîn* ou le guide des croyants zélés a été traduit en français et annoté par M. Van Den Berg et édité à Batavia en 1882.

⁴⁵ Communément appelé par les Musulmans l'Imam An-Nawawî, l'auteur du Minhadj est né dans le village damascène de Nawá en Syrie, en 1233 et mort en 1277. Il est connu notamment pour avoir transcrit et commenté de nombreux *hadiths* ; le Minhadj n'étant pas son seul ouvrage et encore moins le plus important. On lui doit en effet un recueil de quarante traditions fondamentales, c'est-à-dire quarante textes relatant les paroles et les actes du prophète Muhammad, qui sont élevés au rang de source de droit en Islam.

⁴⁶ D. ALI, « Le droit musulman aux Comores », *TAREHI* n°3, 2001, p. 25-27. Cette règle apparaît souvent dans les traités de droit musulman, lesquels ne manquent jamais de rappeler que « la connaissance de la législation islamique demeure indispensable à qui veut exercer avec autorité et compétence, en Orient ou au Maghreb, une profession exigeant des connaissances juridiques » (G. GUEMARD, *Essai sur les sources du droit musulman*, Typographie Adolphe Jourdan, 1918, p. 14).

⁴⁷ Les notables de Pamandzi en avaient déjà fait la demande dans une lettre adressée au Gouverneur de

L'obligation faite aux Cadis de trancher les litiges naissant du statut civil particulier en référence à ce code musulman participe pareillement de la logique de rationalisation de ce dispositif. Sa qualité de source de droit écrit le présente comme l'alternative idéale au Code civil. L'accès au droit se trouve ainsi facilité pour les justiciables de droit local qui disposeront d'un *corpus juris* élaboré selon la méthode législative de l'école chaféite à laquelle ils sont affiliés. Ce recueil jurisprudentiel présente également l'avantage de la clarté et de la précision. Soumises à la même base légale, les juridictions de droit local pourront ainsi prétendre à l'unification et à l'uniformisation de la jurisprudence⁴⁸. Ce sont donc des considérations juridiques et sociologiques qui président à l'institutionnalisation du *Minhadj* comme source formelle du droit local. Sa portée pratique n'en doit pas moins être précisée.

21. Dans la religion musulmane, « comme dans toute loi théocratique, les questions religieuses se lient intimement aux questions de l'ordre civil »⁴⁹, à telle enseigne que tout est religieux, y compris le juridique. Toute l'existence d'un fidèle se trouve ainsi régie par des prescriptions religieuses mêlant pratiques culturelles et conduites de la vie sociale et morale. « Source dérivée du droit musulman »⁵⁰, le *Minhadj* ne constitue pas une exception. Ce qui exclut conséquemment toute assimilation de ce recueil à un traité de droit au sens occidental du terme. Néanmoins, cette approche religieuse ne peut en aucune façon ignorer la volonté du législateur colonial qui n'a jamais souhaité admettre la pleine application des dispositions du *Minhadj*

Son application matérielle doit nécessairement coïncider avec le domaine substantiel des particularismes locaux. Le décret du 1^{er} juin 1939 qui en fait pourtant le code officiel du statut personnel mahorais ne donne aucune indication quant à sa portée pratique. Il a fallu attendre l'intervention du pouvoir règlementaire local. Ainsi, tout en énumérant les matières régies par le droit local, la délibération du 3 juin 1964 limite concomitamment la portée pratique du *Minhadj*. Englobant l'essentiel des rapports familiaux, ce recueil contient

Madagascar au moment de l'adoption du décret de 1939, arguant de l'usage fréquent de ces commentaires à Mayotte (Aix, arch. SOM Mad. 6 (6). D8. Organisation de la Justice aux Comores).

⁴⁸ M. IBRAHIM, « L'organisation judiciaire aux Comores pendant la première période coloniale (1912-1946) », *TAREHI* n°3, 2001, p. 28-34

⁴⁹ J. PHARAON, *Études sur les législations anciennes et modernes-Droit musulman*, Videcoq, 1839, p. 34

⁵⁰ M. SAIDAL, *op. cit.*, p. 195

également un volet procédural ainsi que des règles répressives. Son application en droit local est exclusive de ces derniers aspects.

22. L'exclusion du droit pénal du champ d'application du *Minhadj* n'en appelle pas moins une utile précision. Celle-ci concerne précisément l'institution musulmane de la polygamie, dont le législateur a estimé nécessaire de rappeler son admission, et donc d'écarter toute condamnation éventuelle du justiciable de droit local pour délit de bigamie. Ainsi, étendant le Code pénal à Mayotte, l'ordonnance du 28 mars 1996⁵¹ limite la répression de l'infraction prévue à l'article 433-20 de ce code aux seuls citoyens de droit commun.

23. L'institution de *Minhadj* comme source du droit local répond à la nécessité de proposer à ce système juridique des règles écrites. Cette initiative peut être fortement contrariée par l'admission de l'invocabilité de la coutume. L'attitude du législateur colonial, suivi du pouvoir règlementaire local, peut paraître incompréhensible, relativement à la logique de rationalisation du droit local ainsi poursuivie. Au demeurant, l'administration coloniale n'a pas innové en la matière. La reconnaissance simultanée du droit musulman et du droit coutumier local n'est pas une spécificité mahoraise. On trouve trace d'une telle consécration dans d'autres textes, comme en Algérie⁵². Traditionnellement, la législation locale dans les colonies françaises est tantôt d'essence religieuse, tantôt de nature coutumière, quand elle ne combine pas, comme à Mayotte, les deux sources.

B) Invocabilité des règles coutumières

24. On a souvent dit à propos des systèmes confessionnels qu'ils se caractérisent par « l'absolutisme et la vocation universelle »⁵³, d'où résulte un exclusivisme. Le droit religieux ne tolère donc pas la concurrence. Force est de constater que le droit local a admis l'invocabilité des coutumes mahoraises au prétoire cadial. On sait également que « la famille

⁵¹ Ordonnance n°96-267 du 28 mars 1996 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal dans les territoires d'outre-mer et dans la collectivité territoriale de Mayotte ainsi qu'à l'extension et à la modification de certaines dispositions législatives rendues nécessaires par cette entrée en vigueur, *JO* 31 mars 1996, p. 4957.

⁵² C. BONTEMS, *Le droit musulman algérien à l'époque coloniale. De l'invention à la codification*, Tome 1, Slatkine Reprints, 2014.

⁵³ P. GANNAGE, « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires », in *Mélanges F. Terré*, PUF 1999, p. 431.

musulmane (...) est basée sur le patriarcat »⁵⁴. Au regard de ce qui précède, il est difficilement envisageable que les matières du statut civil de droit local applicable à Mayotte soient cumulativement régies par des règles d'inspiration musulmane fondée sur le patriarcat, et des règles d'essence coutumière, précisément matriarcale. La juxtaposition de ces deux sources formelles, au demeurant antinomiques par les principes qui le fondent, n'est pas sans susciter des interrogations.

Toujours est-il que, jouissant d'une existence légale par effet de la volonté conjuguée du législateur colonial et de l'assemblée territoriale des Comores, la coutume devient une source normative. Originellement d'identification malaisée, les règles coutumières ont connu une exposition spectaculaire, et se sont révélées d'essence matriarcale (2). Au-delà de la difficulté de précision affectant son contenu, se posait également la question des modalités d'application de la coutume (1).

1) La coutume invocable

25. La coutume s'entend du « droit non écrit, fondé sur l'assentiment universel, se dégageant, pour ainsi dire, de lui-même, de la conscience juridique collective des intéressés, se traduisant, pour chaque nation, dans les usages reconnus et acceptés, la tradition sous ses mille formes, les autorités et précédents judiciaires »⁵⁵. Il est communément admis qu'elle repose sur un élément matériel et un élément psychologique. L'élément matériel est caractérisé lorsqu'une pratique commune à un lieu donné résulte d'un usage prolongé, constant et durable. Quant à l'élément psychologique, il est satisfait toutes les fois où la pratique génère sur ceux qui en perpétuent l'usage, le sentiment partagé de son caractère juridique, son obligatorité.

26. Consécutivement à la « propension » de la coutume « à déborder du champ juridique où elle trouve ses racines »⁵⁶, il est apparu nécessaire de spécifier les conditions de son invocabilité devant la justice cadiale. Longtemps investi de la mission de former les juges musulmans dans l'archipel, M. Guy a insisté sur la nécessité de bien différencier les

⁵⁴ M. MORAND, *Études de droit musulman algérien*, Typographie Adolphe Jourdan, 1910, p. 13

⁵⁵ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome premier, LGDJ, 1919, p. 36

⁵⁶ L. ASSIER-ANDRIEU, « Penser le temps culturel du droit » Le destin anthropologique du concept de coutume, *L'Homme*, 2001/4 n° 160, p. 67-90.

« véritables coutumes juridiques » des simples usages⁵⁷. Appelés à régler un litige sur un fondement coutumier, les Cadis doivent s'assurer que la pratique ainsi invoquée résulte bien d'« un long et constant usage » reposant « sur la conviction profonde des individus que son observance est nécessaire, ou que son rejet est contraire au droit »⁵⁸. Il résulte de ces précisions une plus grande admissibilité du droit coutumier au prétoire cadial. La coutume ne peut être rejetée au motif qu'elle contrarie un principe islamique. L'ancrage de ces pratiques dans les mœurs leur donne ainsi une plus grande légitimité.

27. Au demeurant, l'admission d'une source formelle non écrite cadre mal avec la logique de clarification, de précision et de rationalisation du droit local ; sans excepter l'idée constamment soutenue de l'exclusivisme de la norme religieuse — ici le droit musulman — traditionnellement présentée comme ne tolérant pas la coexistence avec aucun autre système. Néanmoins, et s'agissant d'un ensemble de règles résultant de « l'opinion collective de tous les sujets quant à ce qui est juste et droit »⁵⁹, leur intégration dans l'ordonnement juridique ne devrait *a fortiori* soulever aucune difficulté particulière. Connues des justiciables de droit local et des juges qui en assurent l'application et la mise en œuvre, leur identification ne devrait pas non plus être source d'une quelconque incidence. Aussi, peut-on remarquer que la reconnaissance de la coutume comme source du droit local au même titre que la norme d'essence religieuse, procède d'une découverte de l'administration coloniale française, laquelle a relevé que « les influences religieuses, très prégnantes, s'étaient exercées sur les règles ancestrales propres à chaque milieu social »⁶⁰. Il en est ainsi à Mayotte, où l'Islam, bien que profondément ancré dans la société mahoraise, n'a jamais remis en cause les coutumes préislamiques ayant cours dans l'île. Ainsi, l'étroitesse du lien entretenu entre la norme coutumière et la règle religieuse a présidé au maintien de principe de la première.

⁵⁷ L'usage se rapproche de la coutume par l'existence d'un élément matériel. La différence intervient donc dans l'aspect psychologique. Lorsque la coutume n'est pas respectée, son auteur s'expose à des sanctions sociales. Rien de tel dans l'usage qui « fait intervenir le consentement » (N. GRAS, « Persistance de la coutume en droit civil (un parallèle avec le droit commercial), » *La Coutume* » *Revue* n°2, mars 2013, Centre Michel de l'Hospital, Ecole de droit Université d'Auvergne, p. 82-100). L'agent est donc libre de s'y conformer ou pas.

⁵⁸ P. GUY, Cours de droit musulman, Centre d'études de droit privé et d'histoire, Tananarive 1961, Réimpression 1981, p. 218

⁵⁹ U. SPELLENBERG, « Unité et dualisme dans les systèmes juridiques en Afrique » in C. BONTEMS (dir.), *Le juge : une figure d'autorité* », L'Harmattan, 1997, pp. 153-166 (p. 162)

⁶⁰ V. PARISOT, *op. cit.*, p. 179

Ces considérations tendant au maintien du droit coutumier comme source du droit local bien que fondées en théorie n'en demeurent pas moins sujettes à vérification du point de vue de la pratique⁶¹. Méconnues quant à leur contenu, les règles coutumières se sont par la suite révélées d'essence matriarcale.

2) L'essence matriarcale des coutumes mahoraises

28. Originellement, c'est-à-dire lors de l'adoption du décret du 1er juin 1939 précisément, aucune coutume n'a pu être identifiée avec certitude. L'absence de codification de ces règles orales transmises par la tradition en tant que « mémoire collective »⁶² n'a pas rendu la tâche aisée. Pourtant, les textes intervenus après 1946 pour organiser le fonctionnement du Territoire d'outre-mer des Comores, ont prévu dans les attributions dévolues à son assemblée territoriale, la possibilité de codifier les normes coutumières⁶³. La codification de la coutume, bien que présentant l'avantage de proposer à l'autorité judiciaire amenée à en sanctionner l'observation un support matériel fiable sur lequel se fonder, n'en demeure pas moins sans danger. Il subsiste en effet le risque de « défigurer complètement le droit indigène », d'autant plus que certaines de ces institutions sont méconnues ou fortement éloignées de la conception européenne⁶⁴. Confier cette tâche à une autorité locale permettrait justement d'éviter cet écueil. Pour autant, aucune décision n'a été prise en ce sens. Devant la carence de la Chambre des députés des Comores, les règles coutumières se sont révélées à l'occasion des litiges. D'autres seront découvertes à travers les publications abordant l'étude du statut civil de droit local.

Il s'agit de coutumes préislamiques, d'origine afro-malgache. Elles sont remarquables par leur essence matriarcale, en ce qu'elles privilégient la femme. Ces pratiques coutumières présentent cette particularité de s'articuler autour de l'institution du mariage, et marquent de leur empreinte la transmission des biens immobiliers. Il en est ainsi de l'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. Caractérisant le principe coutumier de la « résidence

⁶¹ Le Chapitre II de ce Titre nous permettra d'y revenir

⁶² A. DJABIR, « Le droit comorien dans la tradition du *milanantsi* » *TAREHI* n°3, 2001, p. 35-52

⁶³ Cette compétence ressort des articles 11 bis et 11 ter de la loi 61-1412 du 22 décembre 1961 relative à l'organisation des Comores (*JORF* 23 déc. 1961, p. 11 822) modifiée par la loi 68-4 du 3 janvier 1968 (*JORF* 4 janvier 1968, 112).

⁶⁴ A. GIRAULT in *Congrès international de sociologie coloniale*, ROUSSEAU Tome 1, 1901, p. 61.

uxorilocale », l'accueil du mari par l'épouse dans la résidence est précédé de la célébration du mariage, tristement connu pour l'excessivité de son coût⁶⁵. Cette pratique encore fortement ancrée dans les mentalités et « héritée de la culture bantoue représente une importante protection des femmes et donne un statut particulier qui singularise la société mahoraise par rapport à d'autres sociétés musulmanes »⁶⁶. Ce propos nous donne d'ailleurs l'occasion de revenir sur la position doctrinale à propos du statut de la femme mahoraise.

29. La doctrine a souvent tenu des propos contradictoires toutes les fois où s'est posée la question du statut de la femme mahoraise. On a pu dire que « le statut local applicable à Mayotte (...) frappait la femme d'une incapacité civile étendue avant que le législateur n'intervienne pour doter la femme mahoraise d'un statut directement inspiré des règles du Code civil »⁶⁷. D'autres, en revanche, ont admis que dans la société mahoraise, « les terres et les maisons appartiennent souvent aux femmes qui se les transmettent entre elles, les hommes se contentant de les mettre en valeurs »⁶⁸. Comment une femme frappée d'une incapacité civile étendue, peut-elle transmettre des biens, opération supposant un pouvoir de disposition impliquant lui-même que son titulaire soit doté de la capacité juridique ? L'autonomie de la

⁶⁵ Grand événement dans l'archipel, Aux Comores, comme dans le département français de Mayotte, le mariage revêt particulièrement en Grande-Comore un caractère foncièrement ostentatoire, en atteste la littérature foisonnante en ce sens. Voir notamment S. ABDOURAHIM, *Mariage à Ngazidja, fondement d'un pouvoir*, thèse de III^e cycle, Université de Bordeaux-III 1983 ; S. ABDOURAHIM, « Le mariage coutumier dans l'île de Ngazidja », *Ya Mkobe*, 2 : 3-6 ; S. BLANCHY, « Le partage des bœufs dans le mariage coutumier de la Grande Comore », *Journal des Africanistes*, 66 (1-2) 1996, p. 168-202 ; J.-C. ROUYERAN, A. DJABIRI, « Le "Dola N'kou" ou grand mariage comorien », *Revue Tiers Monde*, 9 (33) : 95-127 ; I. WALKER, « Les aspects économiques du grand mariage de Ngazidja (Comores) », *Autrepart* (23), 2002 : 157-171.

⁶⁶ J.-C. HEBERT, O. HEBERT, « Parenté à Mayotte » Le prisme d'un soignant in Jacques Besson et Mireille Galtier, *Parents et bébés du monde*, ERS « Les dossiers spirales » 2011, p. 79-104.

⁶⁷ X. PRETOT, « Article 75 de la Constitution », in F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRETOT (dir.) , *La Constitution de la République française , Analyses et commentaires*, Economica 2008, p. 1817-1825. La même idée est soutenue par un autre auteur voyant à travers la réforme du statut personnel mahorais, « l'énonciation de la capacité totale de la femme mariée et majeure » (J.-L. GILLET, « Le juge dans l'outre mer français », *op. cit.*, p. 37). Ces auteurs se fondent en réalité sur l'ordonnance du 3 juillet 2010, reprenant l'article 53 de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte en vertu duquel : « Toute femme mariée ou majeure de dix-huit ans ayant le statut civil de droit local applicable à Mayotte 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. ».

⁶⁸ J-B SEUBE, T. REVET, « Avril-octobre 2008 : en attendant la réforme... », *Droit et Patrimoine* n° 178, 2009, p. 134-139.

femme musulmane dans la gestion de son patrimoine est une consécration fort ancienne, et est l'œuvre du Prophète de l'Islam. Mariée, elle peut disposer en toute quiétude des biens lui appartenant sans éprouver le besoin de requérir l'autorisation maritale. Acquis dès la naissance, cette capacité juridique devient effective lorsque la personne commence à montrer des signes de maturité. A l'égard de la femme, le mariage n'a aucune vocation émancipatrice.

Le droit coutumier est également très favorable à la femme. Il marque d'ailleurs de son empreinte la transmission des biens, qui est de type matrilineaire, contrariant très sérieusement, comme nous le verrons plus tard, les donations et la dévolution successorale telles que règlementées en droit musulman. Excepté les institutions musulmanes que sont la polygamie et la répudiation, la situation de la femme mahoraise ne reflète qu'imparfaitement la description faite quelquefois par la doctrine. En somme, et comme le montre Mme Fortier, le droit musulman « n'est pas en soi préjudiciable aux femmes, tout dépend de ce que chaque société en fait »⁶⁹. Il en est ainsi à Mayotte, où « l'organisation sociale (...) est basée sur la famille matrilineaire, contrairement aux principes islamiques basés sur la suprématie de l'homme sur la femme »⁷⁰. D'une certaine manière, le patriarcat se trouve supplanté par le matriarcat, non sans remettre en cause, la primauté souvent reconnue au droit musulman à travers le statut personnel mahorais.

30. A l'évidence, la conception erronée du statut de la femme mahoraise, tel qu'il ressort des différentes études consacrées au droit local, s'explique en réalité par l'importance reconnue à la loi islamique, présentée souvent comme étant la source principale du statut personnel mahorais⁷¹. Son caractère de droit écrit, en ce qu'il est accessible par le Minhadj, par opposition au caractère oral de la règle coutumière pourrait justifier l'éminence reconnue au droit musulman. C'est vite oublier que les deux sources formelles ont toutes deux, vocation à régir le droit local, sans qu'aucune primauté ne soit reconnue, à l'une ou l'autre des deux sources en cas de conflits.

⁶⁹ C. FORTIER, « Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique », *Droit et Cultures* 2010/1, pp. 15-40

⁷⁰ S. MANCUSO, « La diversité des sources du droit aux Comores : entre droit occidental, droit islamique et droit coutumier », *RJOI* 2012 –n° 15, p. 77.

⁷¹ F. BONNELLE (dir.), *op. cit.*; J.-L. GILLET, « Le juge dans l'outre mer français », in G. OTTIS (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Karthala, 2013, pp. 36-37. L'auteur évoque un « droit local coranique, combiné à une influence des coutumes africaines et malgaches » ; C. KHUN, C. POPINEAU, « La dualité droit commun-droit local : une difficile coexistence », *RJOI* 2011 n°13, p. 49-63.

Par ailleurs, le droit coutumier comprend également le droit de tutelle de la mère légitime, de l'obligation de contribution à certains repas communiels, ainsi que le mandat d'ester en justice des cohéritiers indivis⁷². Toutes ces précisions sur les sources des règles substantielles du droit local nous amènent à l'étude de son domaine d'application.

§2/ Domaine d'application des particularismes locaux

31. La définition des sources formelles du statut civil de droit local emporte nécessairement la délimitation de leur champ d'application. Il importe dès lors d'analyser les matières relevant du statut civil de droit local (A), ainsi que les personnes pouvant s'en prévaloir (B).

A) Le champ d'application *ratione materiae*

32. Le domaine matériel du droit local repose sur une énumération limitative ; le droit commun s'appliquant dans les autres cas. Ces matières concernent essentiellement la vie familiale. Au demeurant, le législateur colonial n'a pas innové en la matière. La limitation du champ d'application des particularismes locaux dans ce cadre s'explique par la conception traditionnelle de la famille, fort éloignée du modèle occidental. La substitution du Code civil aux institutions juridiques locales n'aurait pas été sans incidence. Une telle initiative aurait considérablement bouleversé l'organisation sociale. En effet, les coutumes et les institutions indigènes « spécialement en ce qui concerne l'organisation de la famille et de la propriété, sont étroitement liées à l'état social, aux mœurs, à la religion »⁷³. L'assimilation juridique se trouve donc écartée en ce qui concerne le droit des personnes, de la famille et des biens.

Conformément à l'article 9 de la délibération du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores, relèvent du droit local l'état civil, la garde d'enfants, l'entretien de la famille, la filiation, les répudiations, le don nuptial, les rachats *khôl* ainsi que les successions, les donations, les testaments, *le Waqf* et le *Magnahoulé*. Convient-il d'ajouter en outre certains usages locaux traditionnels, comme le prêt sans intérêt ou le « Choungou », une sorte de repas

⁷² P. SCHULTZ, « Le statut personnel à Mayotte », *Droit et Cultures*, 1999/1, p. 99.

⁷³ H. SOLUS, *op. cit.*, p. 189

communiel⁷⁴. À l'exclusion de l'état civil dont l'étude sera faite à propos de l'introduction du formalisme, ces matières sont susceptibles de classification, les rapports personnels (1) d'une part, et les droits patrimoniaux de la famille d'autre part (2).

1) Les rapports personnels

33. Le mariage reste au cœur des rapports personnels. En droit musulman, il influe considérablement sur la filiation et le droit successoral. Le *Minhadj* offre d'ailleurs une réglementation précise de cette institution.

Fondamentalement et relativement aux règles matrimoniales de fond, le mariage mahorais s'inspire profondément des prescriptions coraniques. La célébration religieuse est par ailleurs suivie d'une célébration sociale, garantissant ainsi sa publicité. Ces moments de festivité sont l'occasion de rencontres familiales et villageoises. Avec l'essor de l'école laïque, contraignant à l'émigration vers la métropole ou la Réunion après l'obtention du baccalauréat, on a pu assister à l'éclosion de la célébration religieuse sur le sol métropolitain, avant la célébration sociale, au retour du couple dans l'île.

34. Le mariage musulman se définit comme « un contrat par lequel un homme s'engage à verser un dot à sa femme et à pourvoir à son entretien, en contrepartie du droit d'avoir avec elle, licitement, des rapports intimes »⁷⁵. Celui-ci n'est subordonné à aucun formalisme. Il suppose une demande formulée par un homme, adressée à une femme qui l'accepte. En pratique, l'échange de consentement a lieu entre le futur mari et le tuteur matrimonial ou *wali*, représentant la femme, en présence de deux témoins. À Mayotte⁷⁶, le mariage présente toutes les caractéristiques du droit matrimonial musulman : le préalable de la constitution d'une

⁷⁴ P. SCHULTZ, *op. cit.*, p. 79.

⁷⁵ Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, Tome II, Mouton & CO, 1965, p. 21.

On ne saurait néanmoins réduire la conception musulmane du mariage à la seule recherche par les époux d'une légitimation de leurs rapports sexuels, puisque c'est assurément dans la perspective d'une « coopération entre époux », qu'est célébré le mariage. Relativement aux « liens juridiques et familiaux qu'il engendre, le mariage dépasse la seule notion d'une relation entre deux personnes et engage la société entière » (I. KHILLO, *Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit international inspiré de l'Islam –Le cas des pays arabes-*, PUAM, 2009, p. 272).

⁷⁶ Voir les brillantes d'études de P. GUY, « Le mariage en droit comorien », *Revue juridique et politique de l'Union française* Tome IX-1955, pp. 799-830 ; P. GUY, « Le mariage en droit comorien », *Revue juridique et politique de l'Union française* Tome XII-1958, p. 653-690

dot⁷⁷, l'échange des consentements sans forme sacramentelle⁷⁸ entre l'époux et le représentant de l'épouse⁷⁹, le *wali*, devant deux témoins mâles (à défaut, un homme et deux femmes)⁸⁰, ainsi que l'absence de volonté concordante des époux dans la dissolution du mariage ; étant précisé qu'il ne peut s'agir que de l'union d'un homme et d'une femme.

Le mariage en droit local est donc célébré par un chef religieux, en principe 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), avant enregistrement sous quinzaine par l'officier de l'état civil du domicile. La pratique ne reflète pas véritablement ce cadre. En effet, certaines unions ne font pas nécessairement intervenir le Cadi, mais plutôt des personnes ayant une bonne connaissance de la religion. La seule innovation provient du législateur et s'entend de l'obligation de déclarer l'union sous quinzaine, en précisant le montant de la dot et le nom du *wali* aux registres de l'état civil⁸¹. La consécration d'une telle exigence tend indubitablement

⁷⁷ Également appelée don nuptial ou « mahr ». Le Minhadj consacre tout un chapitre au don nuptial (M.H. II p. 375 à 400), qui s'entend du « prix du droit de cohabitation entre les époux », dont l'absence de versement invalide le mariage. Il peut s'agir d'un animal ou encore une somme d'argent dont la réception oblige la femme à se mettre à la disposition du mari. À son versement, le don nuptial devient la propriété de la femme, et à l'égard du mari, il constitue une dette. Voir P. GUY, *Cours de droit musulman, op. cit.*, p.105. La dot est obligatoire dans la doctrine chaféite. Elle appartient à la femme, sauf si elle est en tutelle. Dans cette dernière hypothèse, la dot est versée au *wali*, représentant légal. La dot doit être déterminée, sérieuse et réelle.

⁷⁸ (M. H. II, p. 317) *ibid.*, p.100.

⁷⁹ Lorsqu'elle se marie pour la première fois, la femme musulmane doit donner son consentement, ainsi que son tuteur ou *wali*, qu'elle soit mineure ou majeure ; la femme divorcée n'est nullement tenue de requérir l'avis d'un tuteur et ne peut être remariée que sous son ordre. Toutes, et dans cette seconde hypothèse, la solution est différente dans certains courants, qui maintiennent la tutelle matrimoniale. Il en est ainsi de certaines branches du Hanafisme, ou encore le chiisme.

⁸⁰ À l'exclusion du droit de contrainte (*djabr*) reconnu au père ou grand-père d'une jeune fille vierge de marier, la femme musulmane ne peut être mariée à son insu, puisque le Minhadj exige du tuteur matrimonial, qu'il justifie du consentement de la future épouse.

⁸¹ À cet effet, les cadis étaient tenus de renseigner mensuellement les chefs de canton (les maires depuis 1977) des célébrations comme des ruptures des unions matrimoniales-par répudiation ou rachat. Concernant l'acte de mariage des époux de droit local, l'article 26 de la délibération du 17 mai 1951 exigeait que soit mentionnés la déclaration du Cadi ou d'un époux ou d'un tuteur matrimonial ainsi que les dates et lieu de la célébration de l'union. L'acte devait également comporter le nom, l'âge, l'adresse et la profession. Par ailleurs, le défaut d'enregistrement ne remettait nullement en cause la validité du mariage. Exclusif de toute réciprocité des obligations, hormis le cas spécifique des enfants que les parents doivent nourrir, élever et éduquer, le droit matrimonial musulman assigne à chaque époux des obligations propres.

à garantir à l'union ainsi célébrée une certaine publicité, et donc à constater l'accord des volontés, illustrant là encore un rapprochement avec le droit métropolitain. Néanmoins, ce formalisme ne préjudiciant en rien la validité du mariage, il a seulement vocation à en faciliter la preuve. Une telle solution témoigne du respect du consensualisme du droit matrimonial musulman.

35. Concernant les effets personnels du mariage, la conception islamique de type patriarcal fait du mari le chef de la famille⁸². Il pèse à sa charge notamment l'obligation d'entretenir sa famille. Le mariage musulman fait naître également des relations pécuniaires, mais sans véritablement faire l'objet d'une réglementation aussi élaborée comme cela se rencontre en droit français. Cela se vérifie moins dans les faits, puisque le système familial mahorais reste à dominance matrilineaire. Par le passé déjà, l'éminent magistrat en fonction dans l'archipel, M. Guy⁸³, a relevé que la femme comorienne en général (et donc Mahoraise) assiste son époux dans l'entretien du ménage, en tenant un petit commerce au marché, ou à son domicile (épicerie), lorsqu'elle ne laboure pas le champ, en faisant profiter les fruits de sa récolte à l'ensemble de la famille. L'égalité est donc bien réelle dans la gestion du ménage, loin de la caricature faisant de la femme mahoraise une créature à libérer des griffes de l'emprise du mari⁸⁴.

36. À l'égard du mari, pèsent des devoirs purement conjugaux de consommation du mariage. On peut ainsi citer le partage de nuits s'il a plusieurs femmes⁸⁵, ou encore la nécessité d'épargner à sa femme tout comportement humiliant de quelque nature que ce soit.

⁸² Nous ignorons s'il y a un lien, mais le livret de famille était remis au seul mari ; la femme devant se contenter d'une « fiche de mariage destinée à prouver sa qualité d'épouse ». La réglementation du livret de famille en droit local constitue l'objet du chapitre V de la délibération de 1961. Le mari aura donc en sa possession autant de livrets de famille que d'épouses. Il s'agissait en réalité du même livret que celui de droit commun bien que les mentions y figurant ne soient que difficilement conciliables avec les règles de droit local.

⁸³ P. GUY, *op. cit.*, p. 799-830

⁸⁴ M. Liauzu a vivement critiqué l'attitude doctrinale consistant à appréhender « les sociétés musulmanes de manière uniforme, sous les traits dominants du patriarcat et de ses inévitables corollaires, polygamie et infériorité du statut de la femme reléguée à la vie domestique. Ces jugements hâtifs vulgarisés ont largement contribué à une perception dévalorisante de l'islam dans les sociétés occidentales » (C. LIAUZU (dir.), *Colonisation droit d'inventaire*, Armand Colin, Paris 2004, p. 76).

⁸⁵ Min. III p. 90 à 92, cité par P. GUY, *op. cit.*, p.117.

Aussi, et conformément au principe patriarcal musulman lui confiant la direction des affaires familiales⁸⁶, le devoir d'entretien (*nafaqât*) lui incombe exclusivement, mais reste fortement tempéré à Mayotte où, comme nous l'exposons précédemment, la femme l'assiste dans ses devoirs. Quant à la femme, elle doit obéissance et fidélité à son mari. En sa qualité de mère, elle doit allaiter l'enfant ou le faire allaiter par une nourrice avec l'autorisation maritale moyennant compensation.

37. Le décès de l'un des époux met fin au mariage. La rupture du lien conjugal sur initiative des époux ne repose guère sur un rapport d'égalité. L'homme peut répudier sa femme de façon tout à fait discrétionnaire, tandis que l'épouse ne peut se libérer que par voie judiciaire conformément à la procédure prévue à l'article 9 du décret de 1939, ou par le mécanisme du rachat *khôl*.

La répudiation comporte certains avantages au profit de la femme. Celle-ci se voit par exemple reconnaître le droit à un « don de consolation » (*mut'a*) prévu au verset 241 de la Sourate la Vache⁸⁷. Il subsiste néanmoins une controverse quant à sa nature juridique. Alors qu'elle constitue une simple recommandation pour certaines doctrines musulmanes, elle est

⁸⁶ Dans la religion musulmane, l'obligation d'entretien de la famille, femme et enfants compris, incombe exclusivement au mari. L'entretien recouvre aussi bien la nourriture, les vêtements que le logement, et oblige le père en principe jusqu'à la majorité de l'enfant. À l'égard de l'enfant, il convient de distinguer la puissance paternelle ou *wilayat*, l'obligation d'entretien ou *nafaqat*, et le droit de garde ou *hadhânat*. La puissance paternelle confère au père de l'enfant un pouvoir de correction relativement à son devoir « de former le caractère de ses enfants (M.H. III p. 102) » (*ibid.*, p.125).

La majorité de l'enfant s'entend précisément de son émancipation, laquelle confère à l'homme la plénitude et l'étendue de la capacité, c'est-à-dire « l'exercice effectif de tous ses droits et l'accomplissement de tous ses devoirs » (S. PACHA *Étude sur la théorie du droit musulman*, Paris, Marchal et Billard 1902, Chapitre II p. 74). C'est cette période qui suit la puberté et s'achevant généralement lorsque l'enfant atteint l'âge de 21 ans. À la majorité de l'enfant, le père n'est tenu à l'obligation d'entretien qu'en des circonstances très exceptionnelles et justifiée par la nécessité, c'est-à-dire l'âge, l'infirmité ou encore la démence (P. GUY, *op. cit.*, p.127). A Mayotte, et jusqu'à une période récente, l'enfant avait l'habitude d'élever dans la cour familiale une case en terre, preuve de son émancipation ; la pratique s'estompant néanmoins progressivement avec la modernisation de la société et la préférence de plus en plus donnée à la maison bâtie, ce qui permet à l'enfant d'avoir dans la résidence familiale sa propre chambre à coucher.

⁸⁷ Coran 2 Verset 241 : « Les divorcées ont droit à la jouissance d'une allocation convenable, [constituant] un devoir pour les pieux ».

réputée obligatoire dans la doctrine chaféite⁸⁸. Ce qui signifie qu'en pratique la femme mahoraise peut s'en prévaloir, même si cela ne se vérifie que difficilement dans les faits⁸⁹.

38. La filiation, « lien de parenté unissant l'enfant à son père (filiation paternelle) ou à sa mère (filiation maternelle) »⁹⁰, ne semble poser de difficulté pour son établissement et relativement au droit musulman, qu'à l'égard du père. L'Islam distingue en effet l'enfant naturel de l'enfant légitime⁹¹. Pour se voir reconnaître le statut d'enfant légitime, l'enfant doit nécessairement être issu d'un mariage. En dehors de ce cadre, il reste un enfant naturel. Quant à sa filiation, elle n'est établie qu'à l'égard de la mère⁹². Le droit musulman proscrit donc l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant naturelle. Cette prohibition l'empêche conséquemment de venir en successeur de son père.

En dépit de la rigueur du *fiqh* qui proscrit la légitimation des enfants naturels, la pratique a connu un franc succès dans l'archipel, soit par aveu du père, soit par la production d'une preuve testimoniale souvent complaisamment acquise. Par ailleurs, une procédure de reconnaissance des enfants naturels est prévue par l'arrêté du 12 octobre 1950, dans son article 20. Une telle pratique ne contrarie pas nécessairement le droit musulman. En effet,

⁸⁸ Ainsi, « dans le premier cas la mut'a est une libéralité, dans le second une obligation dont le caractère indemnitaire ou alimentaire demeure incertain », H. BOUCHARREB-CASSAR, *Conséquences des ruptures conjugales entre Nord et Sud de la Méditerranée*, L'Harmattan, 2012, p. 69.

⁸⁹ F. BONNELLE (dir.), *op. cit.*, p. 64

⁹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique* 10^e éd., Quadrige/ PUF, 2011, p. 456

⁹¹ Seule la filiation légitime produit des effets qui se traduisent par le régime de « double tutelle », c'est-à-dire celle portant sur l'enfant dite également *tutelle personnelle*, et celle attachée aux biens ou *wilayat-l-mâli*, dont l'administration ne se confond pas nécessairement dans la même personne. Concernant enfin le droit de garde, elle constitue une prérogative propre de la mère, et recouvre « la surveillance de l'enfant et les soins à lui donner (M. H. III p. 97 et ss.) et ce jusqu'à l'âge de discernement (M.H. III p. 100) ». La mère est précisément tenue d'allaiter l'enfant et de lui assurer « la première éducation » (P. GUY, *Cours de droit musulman, op. cit.*, p.127).

⁹² En réalité, et contrairement au rigorisme précédemment exposé, le droit musulman semble plus souple. Présumant le mariage de manière irréfragable, la loi islamique permet la reconnaissance paternelle pour autant que « le déclarant n'avoue pas avoir eu cet enfant de relations illégitimes » (Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, p. 18). De l'aveu même de l'auteur, ce principe serait unanimement admis par les légistes. Pour ce faire, « il suffit (...) tout simplement, que la reconnaissance ne fasse pas apparaître, en raison des circonstances de fait qui l'accompagnent, le caractère irrégulier de la naissance ». En somme, il suffit de taire l'illicéité de la naissance de l'enfant pour que soit acquise sa légitimité. De ce qui précède, les naissances déclarées illégitimes devraient être rares.

certaines légistes musulmans admettent la légitimation de l'enfant naturel pour autant que ce caractère est tu. Cependant, l'enregistrement de la reconnaissance d'un enfant naturel dans les registres de l'état civil ne semble pas en conformité avec cette exigence. Partant, M. Guy a proposé que le père de l'enfant né hors mariage déclare simplement celui-ci comme étant le sien au chef de Canton⁹³.

2) Les rapports patrimoniaux

39. Traditionnellement, le droit musulman ne fait produire aucun effet au mariage sur les biens des époux, qui restent légalement séparés de biens sans que ce principe repose sur une réglementation aussi élaborée et rationalisée que celle ressortant du Code civil. Ainsi, chaque époux reste propriétaire des biens acquis avant l'union, si bien que lorsqu'est envisagée la dissolution du mariage, les seules questions d'ordre pécuniaire à résoudre portent exclusivement sur la dot, qu'il s'agisse du paiement, de sa restitution ou d'autres incidents s'y rapportant⁹⁴. Le mariage n'a pas non plus pour vocation d'émanciper la femme qui dispose déjà de la capacité juridique avant même d'accéder au statut d'épouse.

40. La dévolution successorale fait concurremment intervenir le droit musulman fondé sur le principe du privilège de masculinité conférant une part plus élevée à l'homme, et la transmission matrilineaire des biens coutumière très favorable à la femme. Une telle situation n'est pas sans incidence, comme nous le verrons, au stade de la répartition des compétences entre les deux sources substantielles du droit local.

En droit musulman, contrairement à la conception du Code civil, l'héritier n'est nullement le continuateur du *de cuius*. Il est successeur aux biens. En ce sens, il est investi de la liquidation de la succession, qui ne peut intervenir qu'après règlement de l'ensemble des dettes du parent décédé, lorsque ses créanciers se sont manifestés. C'est seulement une fois les dettes épurées que les biens qui subsistent feront l'objet d'un partage entre les héritiers. Suite au partage, ceux-ci sont investis de plein droit de la propriété des biens de la succession.

⁹³ Ainsi, l'initiative du père ne s'analyserait plus comme une reconnaissance de l'enfant, mais précisément comme une simple déclaration de naissance emportant établissement de la filiation paternelle. On ne peut que saluer l'ingéniosité de la recommandation de l'éminent magistrat, puisqu'elle cadrerait parfaitement avec la position des légistes musulmans. L'intérêt de l'enfant fièrement soutenu dans l'archipel ne pouvait laisser présager aucun risque de contestation sur le statut réel de l'enfant. P. GUY, *op. cit.*, p.119.

⁹⁴ *Ibid.*

Aux matières constituant le droit patrimonial de la famille, on peut rajouter l'institution du « *waqf* ». Méconnu des droits occidentaux, le *waqf* est une institution exclusivement musulmane, et précisément une fondation religieuse par laquelle, un propriétaire consent à l'immobilisation d'un bien, soit en l'honneur de Dieu, soit par pure bonté envers autrui⁹⁵. Ainsi, est-il exigé pour sa constitution, la satisfaction de certaines exigences tenant à la capacité du fondateur, la nature des biens, les qualités du gratifié et la formalité de constitution. À l'instar de toute propriété foncière, cette fondation pieuse peut soulever des difficultés de preuve. En ce sens, la délibération du 26 août 1947 du Conseil général des Comores a ordonné l'inscription, moyennant légère contribution, de toute nouvelle fondation religieuse sur un registre spécial tenu par les cadis.

A) Le champ d'application *ratione personae*

41. Originellement et conformément aux énonciations de l'article 4 du décret du 1^{er} juin 1939, est justiciable de droit local, tout indigène musulman originaire de l'archipel des Comores⁹⁶. Cette règle a évolué avec l'accession à la souveraineté de la Grande-Comore, d'Anjouan et de Mohéli constituant ensemble l'Union des Comores. Ce qui n'a pas été sans difficulté sur le bénéfice du statut civil de droit local applicable.

À l'indépendance des Comores s'est posée la question de ses conséquences sur le maintien du statut civil de droit local pour les originaires de ces îles. La solution apparaît dans la loi 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores⁹⁷. Par ailleurs, il ressort de la reformulation de l'article 75 de la Constitution que le bénéficiaire d'un statut personnel est un citoyen français tant qu'il n'y a pas renoncé. En tout état de cause, l'exercice du droit local résulte de la combinaison du décret de 1939, de la délibération du 3 juin 1964 et de l'article 75 de la Constitution de 1958.

⁹⁵ Le fondateur ou *waqf* ne peut immobiliser qu'un bien constituant sa propriété effective, susceptible d'une gratification, bien que la fondation religieuse ne s'analyse pas en une donation, car se réalise par sa seule déclaration, sans échange de consentement, telle est du reste la forme attachée à la constitution du *waqf*. Est susceptible de « *waqf* », tout bien mobilier ou immobilier, déterminée et utile, à l'exclusion de ceux réputés « consommables par l'usage qu'on en fait » ou encore « certaines choses jugées impures qui ne peuvent être immobilisées comme des chiens dressés » (*ibid.*, p.164-167).

⁹⁶ Il en était également ainsi des ressortissants d'autres possessions françaises et de tout indigène musulman dont le litige ne pouvait être tranché par les juridictions de droit commun.

⁹⁷ Loi n° 75-1337 du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, *JO*, 3 janvier 1976 p.131

Ainsi donc seront successivement analysées, les conditions de jouissance du statut personnel (1) et les incidences de l'indépendance des Comores (2).

1) Les conditions de jouissance du statut personnel

42. De manière générale, le bénéfice du statut personnel repose sur la filiation et l'absence de renonciation. Il a été par ailleurs soutenu qu'à cette double exigence, vient se greffer celle inhérente aux « zones de réception » de l'article 75 de la Constitution⁹⁸, en tant que lieu où ont cours ces institutions spécifiques. En effet, « sans les institutions spécifiques, le statut personnel est inapplicable ; elles n'existent qu'à Mayotte »⁹⁹. D'où il suit que « l'attache territoriale originaire constitue la condition *sine qua non* d'applicabilité d'un statut personnel à un citoyen de la République »¹⁰⁰, quand bien même le titulaire a vocation à s'en prévaloir dans l'étendue du territoire français, conformément à « la conception personnelle de la règle de droit »¹⁰¹.

43. Le bénéficiaire du statut civil de droit local applicable à Mayotte doit être un français musulman de parents nés à Mayotte¹⁰², relevant tous deux de ce statut. Le statut personnel se transmet donc par filiation. De ce mode de transmission résulte le principe de l'automatisme de l'appartenance statutaire. Ce n'est que volontairement que le citoyen français de statut civil particulier peut y échapper pour se soumettre définitivement au statut civil de droit commun¹⁰³. L'enfant est donc de statut civil particulier lorsque ses deux parents le sont. Il en est tout autrement lorsque l'enfant est issu d'une union mixte. En effet, l'enfant

⁹⁸ V. PARISOT, *op. cit.*, p. 253. L'auteur estime que le territoire constitue au même titre que la filiation et l'absence de renonciation, une condition nécessaire à l'existence du statut personnel. Cette précision remet en cause la position de certains auteurs qui ne retiennent que les seules exigences liées à la filiation et à l'absence de renonciation.

⁹⁹ P. SCHULTZ, *op. cit.*, p. 104.

¹⁰⁰ A. BOYER, « Les autochtones françaises : populations, peuples ? », *Droit et cultures*, 1999/1, p. 126.

¹⁰¹ G. A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 73. Cette solution a d'ailleurs été confirmée par la jurisprudence. Voir notamment CA Besançon 13 juin 1995 cité par A. BOYER, *op. cit.*, note 20

¹⁰² S. BLANCHY, *op. cit.*; F. BONNELLE (dir.), *op. cit.*, p. 15 note 2 ; P. BROSSIER « L'état civil à Mayotte » in O. GOHIN, P. MAURICE (dir.), *Mayotte*, 2^e éd., LGDJ 1996, p. 275-302,

¹⁰³ Il ressort néanmoins des dispositions de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, que l'appartenance au statut coutumier kanak peut être automatique, comme elle peut résulter d'un acte volontaire.

dont les parents sont distinctement de statut civil particulier et de statut civil de droit commun relèvera nécessairement de ce dernier. L'appartenance statutaire influe sur l'inscription à l'état civil. Celui-ci constitue un mode de preuve du statut civil.

Néanmoins, l'application de ce critère de « Mahorité » n'a pas été sans gêne. Sa preuve est d'un établissement malaisé, en raison notamment d'une gestion calamiteuse de l'état civil. En dépit de la précision et de la rigueur de ces principes, nombreux sont les habitants de Mayotte qui ne s'y sont pas conformés. Ainsi, certains Mahorais, alors même qu'ils ont relevé du droit commun, ont vécu conformément au droit local. Cette situation se rencontre également chez les rares renonçant, à l'instar de nombreux Comoriens, notamment en matière d'état civil¹⁰⁴.

44. Si le bénéfice du statut personnel se transmet par filiation, son exercice suppose, en vertu de l'article 75 de la Constitution, une absence de renonciation. La conservation du statut personnel est donc assortie d'une faculté de renonciation. Aucun texte n'a précisé les conditions de fond et de forme de la renonciation. Constituant et législateur sont restés muets. L'absence de texte règlementant la renonciation a contraint le Conseil d'État à fixer les contours de cette procédure.

Interrogé sur la procédure de la renonciation à propos de l'article 82 de la Constitution de 1946, le Conseil d'État, a, dans un avis du 22 novembre 1955¹⁰⁵, rappelé que cette renonciation peut être constatée par un tribunal civil, à la demande de toute personne majeure et capable, de nationalité française et dont la situation juridique ne fait pas échec à son

¹⁰⁴ Le rattachement des Comoriens à l'état civil de droit local a été admise sans difficulté par les municipalités et les Cadis. Voir en ce sens P. BROSSIER, *op.cit.*, p. 331.

¹⁰⁵ De manière générale, c'est-à-dire dans l'ensemble des colonies et jusqu'en 1946, il était fait recourt aux anciennes procédures relatives à l'acquisition de la nationalité française. La procédure était fixée par décret (Décrets du 3 septembre 1932 pour la Nouvelle-Calédonie, du 6 décembre 1932 pour l'Océanie, du 6 septembre 1937 pour l'AEF, du 16 décembre 1937 pour la Côte des Somalis, du 7 avril pour Madagascar et dépendances). Sa mise en œuvre emportait soumission systématique au statut civil de droit commun. Avec la généralisation de la citoyenneté en 1946, et son assimilation à la nationalité, il subsistait un vide juridique, si bien que les autorités administratives (voir notamment la Circulaire du ministre de la France d'outre-mer du 25 juin 1949, reprise par le ministre de la France d'outre-mer dans une note d'instruction du 27 décembre 1955, *Revue juridique et politique de l'Union française*, 1958, p. 704) et judiciaires (Cass. 30 mars 1949, *Revue juridique et politique de l'Union française*, 1949, p. 215) ont continué à appliquer ces règles, au demeurant inappropriées, puisque les renonçants sont des citoyens de nationalité française. C'est dans ce contexte qu'est intervenu l'avis du Conseil d'Etat du 22 novembre 1955.

accession au statut de droit commun¹⁰⁶. La juridiction civile compétente est précisément celle du lieu de résidence du déclarant. La renonciation au statut personnel a un caractère déclaratif et emporte des effets irréversibles. Tout renonçant est nécessairement soumis aux règles du Code civil et à la compétence des juridictions de droit commun pour tous les litiges le mettant en cause. Il devra être inscrit au registre de l'état civil de droit commun.

Les principes énoncés dans l'avis du Conseil d'État ont trouvé à s'appliquer après l'adoption de la Constitution de 1958, puisque le statut personnel est désormais garanti par son article 75. Clair dans sa formulation, l'article 4 du décret du 1^{er} juin 1939, qui pose les conditions d'application personnelle du droit local, a vu ses effets limités avec l'accession des Comores à l'indépendance.

2) Incidences de l'indépendance des Comores

45. La lecture de l'article 75 de la Constitution fait apparaître le préalable d'une nationalité française pour se prévaloir du bénéfice du statut personnel auquel on n'a pas renoncé. L'accession des Comores à l'indépendance fait nécessairement perdre cette qualité aux personnes originaires de ce territoire. Qu'en est-il cependant des Comoriens de statut civil de droit local ayant conservé leur nationalité française ?

Alors que la loi du 3 juillet 1975¹⁰⁷ subordonne l'indépendance des Comores à un nouveau référendum, M. Ahmed Abdallah Abdérémane déclare de manière unilatérale leur indépendance le 6 juillet 1975, et devient président de ce nouveau pays le même jour ; Mayotte demeurant française. Consécutivement la reconnaissance de l'indépendance par la France des trois îles, la loi du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores a été adoptée¹⁰⁸. Elle consacre le maintien de la nationalité française sans formalité pour toutes les personnes originaires de Mayotte¹⁰⁹ ainsi

¹⁰⁶ L'exemple souvent cité était le statut monogamique du renonçant.

¹⁰⁷ Loi n° 75-560 du 3 juillet 1975 relative à l'indépendance du territoire des Comores, *JORF*, 4 juillet 1975 p. 6764

¹⁰⁸ Loi n° 75-1337 du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, *JORF*, 3 janvier 1976 p.131

¹⁰⁹ Art. 9 de la loi n° 75-1337 du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores.

que celles originaires des trois îles ayant accédé à l'indépendance relevant du statut civil de droit commun¹¹⁰.

Sur le modèle algérien¹¹¹, et conformément à l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975, les bénéficiaires du statut civil de droit local devaient souscrire jusqu'au 11 avril 1978, une déclaration récongnitive de nationalité française produisant des effets à l'égard des enfants¹¹². Passé ce délai, l'intégration de la nationalité française devrait suivre les règles de droit commun. Il suit de là qu'à l'égard des originaires des îles indépendantistes, le maintien de la nationalité française est fonction du statut civil. Maintenu de plein droit pour les personnes de statut civil de droit commun, elle est soumise à un formalisme contraignant pour les autres, sans que l'issue ne leur fasse recouvrer leur statut civil de droit local.

46. Certaines précisions s'imposent du point de vue du bénéfice de droit local. Il apparaît tout d'abord que les Comoriens de droit local avant l'indépendance, ayant manifesté leur volonté de rester français, n'en relèvent plus, puisque cette réintégration dans la nationalité française emporte soumission au statut civil de droit commun. D'essence doctrinale, et consacré par la jurisprudence¹¹³, le principe de la reconnaissance de la nationalité française emportant renonciation au statut personnel, a été vivement critiqué par certains auteurs. Mme Parisot y voit une volonté de préconiser une solution « au mépris de la volonté de l'intéressé »¹¹⁴. S'intéressant à la formulation de l'article 75 de la Constitution, elle constate que la renonciation reste un acte de volonté. L'initiative revient donc à son bénéficiaire conformément à la procédure dont les précisions apparaissent dans l'avis du Conseil d'État du 22 novembre 1955. La perte du statut personnel résulte d'un acte volontaire de son bénéficiaire, après déclaration auprès d'une juridiction civile de droit commun. L'initiative du législateur d'exclure le bénéfice du statut personnel à l'issue de la procédure récongnitive de nationalité française contrarie nécessairement la portée de l'article 75 de la

¹¹⁰ Art. 10 de la loi n° 75-1337 du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores.

¹¹¹ Ordonnance n° 62-825 du 21 juillet 1962 relative à certaines dispositions concernant la nationalité française, prises en application de la loi n° 62.42.1 du 13 avril 1962, *JORF* du 22 juillet 1962 p. 7230.

¹¹² La preuve pouvait se faire par tout moyen, bien que la primauté eût été donnée à la production d'actes d'état civil.

¹¹³ Avis n°290479 du Conseil d'État du 20 mai 1965 et Cass. Civ.1^e 10 octobre 1978, *RCDIP* 1979 tome 68, pp. 389-393 ; *Penant-Revue de droit des pays d'Afrique* 1980, 90^e année, n°768, pp. 199-202, note P. Lampué

¹¹⁴ V. PARISOT, *op. cit.*, p. 453.

Constitution. La renonciation au statut personnel étant un droit subjectif constitutionnellement garanti, elle ne saurait être neutralisée par la seule volonté du législateur.

Par ailleurs, la procédure récognitive de nationalité française étant l'initiative des parents, ses effets s'étendent à leurs enfants mineurs. Là encore, la filiation joue un rôle dans le bénéfice du statut personnel, non pour s'en prévaloir, mais pour en être dépossédé. Toutes ces précisions induisent donc une réinterprétation de l'article 4 du décret de 1939 dont la lettre n'a pas été modifiée. Sur le sol mahorais, seul peut se prévaloir du statut personnel mahorais, le citoyen français mahorais, de confession musulmane n'y ayant pas renoncé. Nos développements ultérieurs démontreront que ce principe est sérieusement remis en cause dans les faits.

47. Si le législateur colonial et le pouvoir réglementaire local ont maintenu les particularismes locaux dans leur aspect substantiel dans un cadre strictement défini, c'est au prix surtout d'une rationalisation de cet ordre juridique.

Section 2 : L'effort d'assimilation des règles de forme

47. En décidant de maintenir les règles substantielles locales, le législateur colonial s'est montré soucieux de préserver la structure même de la société mahoraise, qu'il n'a pas entendu bouleverser brusquement. La mise en œuvre du droit local n'en doit pas moins être efficacement garantie. Ici se manifeste précisément l'influence assimilationniste. Elle apparaît principalement dans la réorganisation de la justice cadiale sur le modèle métropolitain (§2) et se traduit également par l'introduction du formalisme (§1).

§1/ L'introduction du formalisme dans le statut personnel mahorais

48. Le formalisme s'entend de « toute entreprise qui tend à clarifier l'ordre juridique et à déterminer les situations juridiques respectives des particuliers, par des moyens extérieurs, formes, délais ou procédures »¹¹⁵. Introduit dans l'ordre social mahorais, il a dû faire l'objet d'une adaptation au contexte local. Ce ne sont donc pas à proprement parler les règles du Code civil qui ont été étendues au droit local, mais une réglementation qui s'en inspire.

¹¹⁵ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2005, p. 91

Il importe donc d'analyser les principales manifestations du formalisme (A), pour constater qu'elles concernent essentiellement l'identification des personnes et des terres. Le formalisme ayant pour vocation de faciliter l'administration de la preuve, l'administration française coloniale a adopté des mesures tendant à assurer son efficacité. C'est dans cette perspective qu'a été mis en place tout un dispositif relatif à l'enregistrement des actes (B).

A) L'apparition de l'état civil et du régime de l'immatriculation

49. À l'époque coloniale, la société mahoraise s'est distinguée par son caractère oral. Il est apparu difficile dans une logique de rationalisation de l'ordre juridique local de maintenir les choses en l'état. Pour faciliter la reconnaissance des justiciables relevant des particularismes locaux, a été mise en place une réglementation portant organisation de l'état civil (1). La terre représentant un bien transmissible par succession, donation, vente ou susceptible de constituer une fondation pieuse, il est apparu nécessaire de garantir efficacement l'effectivité de ces mutations, à condition d'avoir au préalable sécurisé la propriété foncière. Le législateur colonial a fait le choix de l'introduction du régime de l'immatriculation (2).

1) L'état civil

50. Il est communément admis que la réglementation de l'état civil poursuit un double objectif. Constituant un moyen pour l'État de quantifier sa population, elle recouvre sitôt une « dimension probatoire » pour les individus¹¹⁶, en ce qu'elle facilite leur identification en leur qualité de sujets, et leur permet également de faire valoir efficacement leur personnalité juridique. Institution méconnue du Minhadj et des coutumes locales, son introduction en droit local s'est avéré inéluctable. Celui-ci a longtemps coexisté avec l'état civil de droit commun, dont le registre a été centralisé à Dzaoudzi¹¹⁷.

Admise dans son principe¹¹⁸, la mise en place de cette institution n'en soulevait pas moins quelques notables difficultés, comme cela s'est révélé d'ailleurs dans toutes les

¹¹⁶ C. NEIRINCK (dir.), *L'État civil dans tous ses états*, Droit et Société, vol. 47, 2008, p. 17

¹¹⁷ Pour une analyse de l'état civil de droit commun, voir notamment P. BROSSIER, *op. cit.* Son introduction à Mayotte est concomitante à l'extension du Code civil à Mayotte par l'ordonnance royale de 1847.

¹¹⁸ Chronologiquement, l'institution de l'état civil de droit local est antérieure à la définition du statut personnel mahorais bien que déjà connue dans l'île. Il faut remonter à 1926 pour trouver trace de la première volonté d'instaurer un état civil de droit local. En ce sens, convient-il de saluer l'initiative du Gouverneur de

colonies¹¹⁹. L'organisation familiale mahoraise étant fortement éloignée de celle connue en métropole, l'extension des prescriptions du Code civil en la matière ne pouvait se faire sans préjudice pour certaines institutions locales. Il s'ensuit adoption d'une réglementation spécifique tant du point de vue formelle que substantiel. L'appellation de droit local de l'état civil ne doit donc pas tromper sur son essence assimilationniste, puisqu'il s'agit seulement d'une adaptation à la réalité sociale mahoraise de l'institution métropolitaine. La réglementation applicable jusqu'à la réforme issue des ordonnances du 8 mars 2000¹²⁰, est celle mise en place par la délibération 61-16 du 17 mai 1961 de la Chambre des députés des Comores¹²¹.

51. La gestion de l'état civil de droit local a connu quelques vicissitudes. Initialement sous la dépendance des Cadis, l'état civil local a été successivement transféré aux chefs de canton, puis aux maires suite à l'extension à Mayotte sous une forme adaptée du Code des communes par l'ordonnance n° 77-450 du 29 novembre 1977¹²². Le transfert de la gestion de l'état civil aux maires n'a pas été accompagné de la reconnaissance de l'exclusivité de leur compétence pour dresser les actes. Étonnamment, l'article 4 de l'ordonnance de 1977 a maintenu les compétences cadiales en la matière. Plus précisément, maires et adjoints ont été chargés de dresser les actes de naissance et de décès, tandis que les Cadis ont continué à

Madagascar, qui a adopté l'arrêté du 8 décembre 1926 relatif à l'état civil indigène dans l'archipel des Comores, lequel confiait aux chefs de canton la charge des registres, en ce qui concerne les indigènes. À cet effet, prescription leur était faite de déclarer les naissances intervenant dans les familles.

¹¹⁹ De manière générale, et pour l'ensemble des territoires colonisés, la transposition du régime de l'état civil métropolitain dans les colonies ne pouvait se faire sans quelques incidences. Elle supposait précisément une organisation administrative « perfectionnée » ainsi que des « moyens de communication améliorés ». Ces difficultés matérielles constituaient autant d'obstacle à une soumission parfaite des indigènes à ces formalités (H. SOLUS, *op. cit.*, p. 323).

Par ailleurs, on a pu dire que l'introduction de l'état civil dans les colonies constituait une réponse « à la nécessité de connaître les mouvements de la population indigène et d'individualiser les personnes » (L. ROLLAND, P. LAMPUE, *op. cit.*, p. 241).

¹²⁰ 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 à Mayotte et Ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte.

¹²¹ JOC. 1961, p. 258. L'arrêté de 1950 remplace la précédente réglementation sur les actes de naissance et de décès et intéressait particulièrement les autorités administratives.

¹²² Ordonnance n° 77-450 du 29 avril 1977 portant extension et adaptation aux communes de Mayotte du code des communes, JO du 30 avril 1977 p. 2490. A cette occasion, ont été créées les 17 communes.

édicter les actes de mariage, de divorce ainsi que les jugements supplétifs d'actes de naissance. Progressivement, et afin de mieux familiariser les administrés de droit local avec cette institution, certaines municipalités n'ont pas hésité à créer dans les villages un service d'état civil « décentralisé » ou « déconcentré ».

52. Fortement inspirée de la loi du 23 mars 1882 portant état civil des indigènes musulmans en Algérie¹²³, la délibération de 1961 s'en éloigne relativement. Celle-ci énonce de nombreuses règles portant sur les conditions de déclarations des naissances et des décès, sur l'établissement et la transcription des actes de naissance ainsi que la transcription des actes de mariage¹²⁴, de répudiation¹²⁵ et de rachat ainsi que des jugements de divorce ou d'annulation de mariage. Le texte présente de nombreuses spécificités, qui sont en réalité des aménagements, au regard du droit commun. Il en est ainsi des déclarations de naissance qui devaient se faire sous quinzaine après l'accouchement auprès de l'officier de l'état civil du canton (de la mairie depuis 1977) où a eu lieu la naissance (art. 16). Si l'inhumation intervenait immédiatement après le décès conformément à la tradition musulmane, l'enregistrement de celui-ci pouvait se faire sous dizaine, en application de l'article 21 de la

¹²³ Loi du 23 mars 1882 portant état civil des indigènes musulmans, Sirey, lois, 1881-1885, LGDJ, p.346-348.

¹²⁴ Le cadi témoin instrumentaire est tenu dès la célébration de l'union d'en faire la déclaration à l'officier de l'état civil. Il devait précisément dresser un acte recognitif du mariage en y portant différentes mentions, notamment les noms et âges des époux (art. 26 de la délibération de 1961). Les unions n'ayant pas nécessité l'intervention d'un cadi, devaient faire l'objet d'une déclaration sous quinzaine à l'officier de l'état civil du lieu de célébration du mariage. Ce devait être le mari, le « wali », voire les deux ensembles ou l'épouse. Certaines informations devaient être renseignées par le déclaration, et intéressaient notamment le lieu, le jour et l'heure du mariage ainsi les noms et âges des époux. Au-delà de quinze jours, l'article 27 de la délibération exigeait pour la réception de la déclaration à l'état civil la preuve d'un jugement supplétif du Cadi, portant mention de la date de la conclusion du mariage, les instrumentaires, et les circonstances qu'il a été payé ou promis un don nuptial, sous peine de nullité.

¹²⁵ Il incombait au mari de déclarer au Cadi du lieu de la répudiation, une répudiation emportant rupture définitive du lien matrimonial ; la rupture du mariage résultant d'un rachat pouvait être déclarée indifféremment par l'un ou l'autre époux. L'officier d'état civil était chargé de mentionner la séparation en marge de l'acte de mariage (art. 30). Quant aux séparations judiciaires (*faskh*), quelle qu'en soit la cause, elle devait être renseignées sous cinq jours par le Cadi à l'officier de l'état civil qui devait mentionner la décision en marge des actes de naissances des époux et des actes recognitifs de mariage (art. 31).

délibération du 17 mai 1961 de la Chambre des députés des Comores ; l'absence de déclaration permettant le recours à la pratique du jugement supplétif rendu par le Cadi¹²⁶.

La réglementation de l'état civil de droit local mahorais se démarque du modèle algérien pour les Musulmans, en ce qu'elle n'est pas accompagnée du principe patronymique¹²⁷, d'ailleurs méconnu de l'Islam. L'absence de nom patronymique en droit local n'a pas été sans difficulté. Nombreuses ont ainsi été les demandes adressées au parquet de Mamoudzou, notamment par des autorités tant administratives que juridictionnelles devant le manque de précision quant aux nom et prénom d'un justiciable de droit local. Quelques initiatives infructueuses des autorités locales sont à relever. S'y sont notamment affairés à cette fin, le Conseil général de Mayotte, le Conseil municipal de Pamandzi ainsi que la Représentation du Gouvernement¹²⁸. Le justiciable de droit local n'avait donc pas de nom de famille immuable et transmissible.

53. Ces imperfections ont longtemps contraint les Mahorais à une hasardeuse identification basée sur le funeste système du double vocable. Ainsi, l'acte de naissance du

¹²⁶ La pratique des jugements supplétifs admettait la preuve testimoniale. Celle-ci était cependant limitée au seul renseignement de la date, soit d'une naissance, soit d'un décès. Les témoins n'étaient nullement tenus de fournir des dates précises. Tout au plus, la preuve pouvait se rattacher à un événement connu ou connaissable, « deux ou trois « ramadans », ou bien est survenu « dans le cours de tel mois où tel haut fonctionnaire est venu en tournée » ou encore « à l'époque où tel fonctionnaire était en service à la subdivision » ». Telles sont du moins les recommandations faites par Paul Guy, pour rendre effective la réglementation de l'état civil (P. GUY, *op. cit.*, p.39-40).

¹²⁷ L'attribution d'un nom patronymique répondait à une préoccupation d'individualisation de l'indigène. La loi du 23 mars 1882 sur l'état civil indigène avait en effet imposé le choix d'un principe patronymique transmissible aux musulmans algériens, même si les règles relatives à l'état civil n'étaient pas identiques à celles applicables en métropole : la matière étant nouvelle, son introduction s'est faite de façon progressive. Le texte comportait deux titres, l'un a trait de la constitution de l'état civil (règles présidant à déterminer l'identité de chaque individu pour lui donner un nom patronymique) et l'autre des actes relatifs à l'état civil (déclarations des naissances et des décès au maire, à l'administrateur ou au commandant du territoire).

L'article 1^{er} de l'ordonnance du 31 janvier 1961 permettait à tout citoyen de statut civil local d'obtenir un nom patronymique lorsqu'il en était dépourvu (Ordonnance n°61-102 du 31 janvier 1961 fixant les conditions dans lesquelles les citoyens de statut civil local originaires des départements algériens d'obtenir un nom patronymique lorsqu'ils en étaient dépourvus, *JORF*, p. 1204).

¹²⁸ P. BROSSIER, *op. cit.*, pp. 275-302. Il s'agissait précisément de la Délibération 755 CGD du 14 août 1989, la Délibération 004/90 du 1^{er} mai 1990 du Conseil municipal de Pamandzi et la Lettre circulaire du 18 avril 1989 adressée aux maires par la Représentation du Gouvernement, cité précisément p. 293

justiciable de droit local fait apparaître deux patronymes, le premier étant le sien propre et le second celui de son père. L'enfant se voit également attribuer un surnom. En outre, la délibération du 17 mai 1961 ne fait nulle part référence à la filiation. Elle impose seulement la mention sur l'acte de naissance des noms des auteurs de l'enfant. Ainsi, « quels que soient les liens matrimoniaux entre les parents, l'enfant est inscrit à l'état civil de la même manière depuis plus de quatre-vingts ans »¹²⁹. La volonté de faciliter l'identification des personnes semble indissociable de celle de sécuriser la propriété foncière.

2) Le régime de l'immatriculation

54. Le statut personnel s'applique aux personnes là où le statut réel a vocation à s'appliquer aux biens et aux choses. Cette distinction revêt tout son intérêt en droit international privé, puisque « leurs définitions respectives sont à la fois mutuellement constitutives et mutuellement exclusives »¹³⁰. Elle sert surtout de fondement à la dissociation des deux statuts dans les territoires colonisés, en atteste l'extension des règles du droit foncier français en Algérie par la loi du 26 juillet 1873, limitant le domaine d'application matériel des particularismes locaux au seul statut personnel. D'où il vient alors que nous pouvons aborder le droit foncier dans une étude consacrée au statut civil mahorais ?

L'essentiel du patrimoine familial mahorais est longtemps resté constitué de biens fonciers souvent transmis par donation ou par voie successorale. C'est donc la terre qui constitue l'objet même des donations et des successions, au même titre que le *waqf*. Ces matières sont remarquables par les innombrables contestations qui les caractérisent. Aussi, la terre constitue le lieu même de vie des relations familiales dans la société traditionnelle. Ainsi donc, l'étroitesse entre le statut personnel et le statut réel est loin d'être artificielle, ce qui fait disparaître la distinction souvent opérée entre ces deux statuts dans la conception juridique occidentale. En droit local, le statut réel est absorbé par le statut personnel, ce qui explique sa vocation à régir également la propriété foncière, sans pourtant jouir en la matière d'une

¹²⁹Il s'agit d'une contribution orale de Françoise Perron, ancienne présidente de Commission de révision de l'état civil à Mayotte, à l'occasion d'un colloque tenue à Mamoudzou en 2002 et reproduite dans L. SERMET, J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République : Actes du colloque de Mamoudzou*, Montchrestien, 2004, p. 589

¹³⁰J. SURKIS, « Propriété, polygamie et statut personnel en Algérie coloniale, 1830-1873 », *Revue d'histoire du XIXe siècle*, n° 41, 2010/2, p. 27-48

quelconque exclusivité, puisque le législateur colonial a introduit une procédure spéciale dite de l'immatriculation¹³¹.

Le Mahorais s'est longtemps distingué par son attache particulière à la terre qu'il a labourée pour assurer sa subsistance¹³². Le régime foncier reste ainsi étroitement lié au statut personnel, puisque la terre est un bien transmissible par succession, donation, lorsqu'elle n'est pas l'objet d'une vente. Originellement, la société mahoraise ne connaissait pas l'institution occidentale de la propriété privée. L'avènement de la colonisation allait permettre son introduction. Il importe d'analyser brièvement cette évolution pour comprendre précisément les circonstances de l'extension du régime de l'immatriculation ainsi que les conditions de son application à l'égard des justiciables de droit local.

55. Avant l'avènement de l'Islam, la propriété coutumière, comme la doctrine le rapporte généralement pour l'Afrique noire¹³³, repose sur l'inéluctable mythe du premier occupant, fondement même des occupations successives. La conception coutumière ignore l'appropriation privative, puisque la terre appartient plus largement aux collectivités villageoises et restrictivement aux familles. Les membres de ces collectivités ne disposent au demeurant que d'un droit d'usage et de jouissance. La propriété coutumière repose donc sur la tenure communautaire, d'où résulte une conception foncière « plus utilitaire que patrimoniale »¹³⁴.

Les choses évolueront substantiellement avec l'Islam. Sans remettre en cause le système préexistant, le droit foncier musulman va se superposer à la conception coutumière, pour survivre tous deux à la colonisation¹³⁵. L'acquisition foncière en droit musulman procède de

¹³¹ Cette thèse est celle notamment soutenue par Olivier Guillaumont. Partant du constat que le droit foncier est, en ce qui concerne les autochtones, régi par des règles coutumières et les litiges résolus par la justice cadiale, il a conclu que le droit foncier « est considéré comme faisant partie des statuts personnels » (O. GUILLAUMONT, « Statut personnels et Constitution. Contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, 2001-3, p. 1478).

¹³² S. BLANCHY, *op. cit.*

¹³³ Voir notamment la brillante thèse de G. A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre*, O.R.S.T.O.M, 1966.

¹³⁴ R. GARRON, « L'immatriculation des immeubles aux Comores », in *Mélanges Jean Mas*, Economica, 1996, p. 181.

¹³⁵ La mise en place de la réglementation domaniale (décret du 28 décembre 1926 sur le domaine à Madagascar et dépendances) a eu un effet abrogatif sur les prescriptions du Minhadj en matière d'acquisition immobilière. Seules sont maintenues les dispositions du Minhadj portant sur la preuve de la propriété immobilière, lorsque le

la « vivification des terres mortes », c'est-à-dire la mise en valeur des terres sans maîtres. Il suffit donc de défricher et de cultiver une terre à l'abandon pour en devenir propriétaire. Ce changement de l'utilisation du sol apporté par le droit foncier musulman n'est pas resté sans incidence sur la conception coutumière. Il coïncide tout d'abord avec l'avènement de la propriété individuelle, qui subsistera à côté de la propriété collective existant jusqu'alors. La terre peut donc appartenir à une seule personne en application des règles musulmanes, comme elle peut constituer la propriété d'un groupe conformément à la conception coutumière. Ensuite et progressivement émergera « un rapport économique à la terre », qui procèdera de « la valeur créatrice du travail » d'où naîtra « un droit de propriété à l'auteur de la vivification d'une parcelle »¹³⁶. Cette nouvelle approche de la propriété foncière résultant de l'application de la législation musulmane ne doit en aucune façon être confondue avec la réglementation française de la propriété privée, même si sur le fond, les effets restent les mêmes. Du reste, ce sont là les deux conceptions foncières qui avaient cours à Mayotte avant la conclusion de l'acte de cession de l'île à la France du 25 avril 1841.

56. Avec la colonisation de Mayotte, l'administration coloniale française va accorder un certain délai aux autochtones pour déclarer leurs propriétés et faciliter ainsi leur enregistrement. Toutes les parcelles non déclarées seront réputées vacantes et sans maîtres, et tomberont dans la domanialité. Dans les faits, l'île étant faiblement habitée à cette époque, très peu de parcelles ont fait l'objet d'une déclaration en vue d'un enregistrement. L'État a pu donc faire l'acquisition d'une immense étendue du territoire mahorais¹³⁷. C'est dans ce contexte que l'administration coloniale française allait, par un décret du 9 juin 1931, étendre à Mayotte le régime de l'immatriculation issu du décret du 4 février 1911 déjà applicable à Madagascar.

En effet, les modes de constatation des droits foncières ne pouvaient que difficilement garantir la sécurité des transactions immobilières conclues après la colonisation. Le caractère

propriétaire indigène n'a pas souhaité soumettre sa propriété au régime de l'immatriculation. L'occupation du sol suivie de vivification va dès lors cesser d'être un mode acquisitif de propriété, pour ne rester qu'une modalité de la preuve de la propriété foncière coutumière, facilitant par là-même, la mise en œuvre d'une autre règle française, la prescription acquisitive. Les terres vacantes appartiennent à l'État sans considération aucune des prescriptions du Minhadj, dont la portée se limite à la propriété privée (P. GUY, *op. cit.*, p. 50).

¹³⁶ C. BARTHES, *L'État et le monde rural à Mayotte*, Karthala 2003, p. 80

¹³⁷ *Ibid.*, p. 80-82

familial, villageois et donc collectif de la propriété des terres est en évidente contradiction avec la conception individualiste et mercantiliste métropolitaine, loin de la culture vivrière et de subsistance affectée à ces parcelles. De par son essence collective, le droit foncier coutumier dénie toute appropriation individuelle et exclusive des biens fonciers. Comment dès lors concilier la conception locale de la propriété foncière avec la conception civiliste de la propriété ?

L'administration a trouvé la solution dans le régime de l'immatriculation déjà applicable dans de nombreuses colonies françaises. Dans son principe, cette institution avait vocation fondamentalement à sécuriser les acquisitions immobilières des Européens et parer ainsi aux éventuelles contestations des autochtones. Le régime de l'immatriculation s'inspire de l'*Acte Torrens* australien¹³⁸. Il permet l'établissement de manière inattaquable, des droits du titulaire d'un titre foncier (art. 138 du décret du 4 février 1911), poursuivant ainsi un objectif de sécurité juridique.

57. Le régime de l'immatriculation ne doit cependant pas être confondu avec la publicité foncière applicable en métropole, même s'il institue un régime de publicité foncière réelle. L'idée est bien de rendre opposables aux tiers les droits réels attachés à l'immeuble. En ce sens, l'article 11 du décret du 4 février 1911 énonce que « chaque immatriculation donne lieu à l'établissement par le conservateur de la propriété foncière, d'un titre foncier ». Cependant, l'immatriculation d'un immeuble peut à certains égards, avoir également un effet translatif de propriété pour le nouvel acquéreur, notamment occidental. Mais de manière générale, le recours à ce système permet surtout d'établir pour la première fois l'état civil d'un immeuble. L'immatriculation apparaît ainsi comme « le point de départ unique des droits réels et charges foncières existant sur l'immeuble » (art. 118). Ainsi donc, tout bien immobilier dont la propriété est établie par un titre foncier, délivré à la suite d'une procédure d'immatriculation échappe à la compétence cadiale. Les contestations qui en naissent sont tranchées devant les juridictions civiles, et en référence au droit commun.

Obligatoire à l'égard des Européens, cette réglementation est seulement facultative pour les autochtones, conformément à l'article 2 du décret du 9 juin 1931. Il en résulte un

¹³⁸ « Le *Torrens Act* est une loi de 1857 par laquelle les titres de propriété devaient être attribués aux possesseurs de terre en Australie du Sud », avant d'être « étendu à de nombreux territoires anglo-saxons en voie de peuplement » (N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, PUF 1998, p. 500)

enchevêtrement de la législation foncière, mêlant droit coutumier et droit musulman constituant le tronc commun foncier et le régime de l'immatriculation.

B) Des règles éparses sur l'enregistrement des actes

58. L'introduction du formalisme en droit local serait sans intérêt, si elle n'est pas accompagnée d'une réglementation de l'enregistrement des actes. Des textes ayant été adoptés en ce sens (1), il importe d'en apprécier la portée pratique (2).

1) Fondements textuels du mécanisme d'enregistrement

59. La preuve de la propriété immobilière implique la tenue régulière de documents administratifs et notariaux, ainsi que l'existence d'un cadastre. L'extension du régime de l'immatriculation permet de réaliser cet objectif, nonobstant son caractère facultatif à l'égard des indigènes. Il en est de même de l'établissement et de l'organisation de l'état civil. L'identification des personnes et des propriétés foncières se trouve ainsi garantie. De par sa force probante, le formalisme présente une garantie solide lorsque naît un litige. Il permet ainsi de faire la preuve d'un droit, tout en révélant son utilité par l'accomplissement de certains actes indispensables au bon fonctionnement de la pratique judiciaire.

60. À cet égard, le décret du 1^{er} juin 1939¹³⁹ prescrit aux Cadis de dire le droit selon le *Minhadj*. Or, ce Code musulman ne fait nullement mention de la preuve écrite, et encore moins de la nécessité de procéder à l'enregistrement des actes. Cette carence tient principalement au caractère essentiellement consensualiste du droit musulman. Néanmoins, on ne saurait généraliser cette règle, pour en déduire une exclusion de principe du formalisme¹⁴⁰. En effet, le texte coranique et précisément le verset 282 de la Sourate *La Vache*¹⁴¹ prescrit la consignation par écrit des dettes.

¹³⁹ JO 15 juin 1939, p. 7581

¹⁴⁰ Il a été ainsi soutenu que le consensualisme propre au droit musulman serait précisément inhérent à la réalité sociale de la révélation du texte coranique. La société mecquoise où ont été révélés les premiers versets du Coran étant fondamentalement commerçante, l'introduction du formalisme n'aurait pas été sans gêne. Si bien que lorsque les difficultés se sont posées, le formalisme a été exigé. Voir notamment Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, p. 124. L'auteur parle d'« une coutume commerciale (...) répudiant le formalisme incompatible avec la rapidité des transactions commerciales ».

¹⁴¹ Coran Sourate 2 Verset 282 : « Ô les croyants ! Quand vous contractez une dette à échéance déterminée,

Sans faire découler de cette donnée scripturaire l'admission de principe de la preuve écrite en droit musulman, on peut étendre par analogie ce mode d'administration de la preuve à d'autres actes. L'équité tant préconisée par le Coran dans le respect des droits n'en sera que préservée. C'est d'ailleurs la solution suivie en droit local. En ce sens, on peut citer à titre d'exemple la délibération du Conseil général des Comores du 26 août 1947 entré en vigueur en 1948¹⁴² ainsi que l'Arrêté de l'Administrateur Supérieur des Comores du 4 juillet 1950. Le premier texte a pour objet de régler les droits à payer par les contractants ou héritiers au profit du Trésor public, tandis que le second fixe les droits de rédaction des actes. En application de cet arrêté, l'édition de tout acte doit nécessairement mentionner le paiement des droits d'enregistrement, leur conférant ainsi une certaine authenticité comme en droit commun¹⁴³.

61. Au-delà des considérations liées à l'administration de la preuve justifiant l'adoption de ces mesures, il est intéressant de constater que les exigences afférentes à l'enregistrement des actes ont pu permettre aux Cadis d'exercer efficacement leurs fonctions extrajuridictionnelles, notamment celle de notaire, compétence qu'ils détiennent en vertu de l'article 16 du décret du 1^{er} juin 1939, confirmée par l'article 20 de la délibération du 3 juin 1964. Sont notamment concernés par la procédure d'enregistrement, les actes sous seing privé, mais également tous les actes portant sur la dévolution successorale. Néanmoins, la délibération de 1947 ne vise que les actes postérieurs à sa promulgation, c'est-à-dire ceux passés à partir du 6 avril 1948¹⁴⁴. L'accomplissement de ces formalités a un intérêt pratique non négligeable.

2) Intérêt pratique de l'enregistrement

62. L'exigence de l'enregistrement des actes procède indubitablement d'une réelle volonté d'asseoir la sécurité juridique. En ce sens, elle est en parfaite adéquation avec la politique de rationalisation de l'ordre juridique traditionnel. Pareille initiative pouvant être

mettez-la en écrit ; et qu'un scribe l'écrive, entre vous, en toute justice ; un scribe n'a pas à refuser d'écrire selon ce qu'Allah lui a enseigné ; qu'il écrive donc, et que dicte le débiteur : qu'il craigne Allah son Seigneur, et se garde d'en rien diminuer ».

¹⁴² Ce texte a remplacé l'arrêté sur l'enregistrement des actes indigènes du 4 novembre 1919.

¹⁴³ P. GUY, *op.cit.*, p. 44

¹⁴⁴ P. GUY, *op. cit.*, p.48

rapprochée des propos de M. Perelman, qui a constaté que consécutivement à l'Ancien régime « s'établit une hiérarchie légale des preuves devant lesquelles le juge ne peut que s'incliner »¹⁴⁵. Il s'est agi d'une véritable innovation au regard du système probatoire de type testimonial, jusque-là usité dans l'île, et très prisé par le droit musulman qui lui reconnaît des lettres de noblesse, eu égard à la prééminence du « verbalisme ». En effet, dans la religion islamique et conformément à l'idée soutenue par les légistes, « la parole traduit de la façon la plus parfaite la volonté interne »¹⁴⁶. Ce qui ne laisse dès lors que très peu de place à l'écrit, devant la préséance reconnue à la preuve testimoniale.

63. L'enregistrement des actes présente de nombreux avantages. Il permet notamment de constater avec certitude la date de réalisation d'un acte, et par conséquent, rendre inopérante toute contestation. Le législateur ne s'est pas ménagé pour faire accepter ces nouvelles mesures. Il a ainsi prévu le paiement d'une amende fiscale en cas de manquement. Par ailleurs, constatant le défaut d'enregistrement d'un acte, le Cadi peut sursoir à statuer, en attendant l'acquiescement par le plaideur de son injonction de payer, dont le montant constitue le double de ce qui était normalement prévu¹⁴⁷. Du point de vue de la pratique judiciaire, ces mesures tendent précisément à améliorer l'administration de la preuve, et conséquemment à faire évoluer le rôle du juge dans le déroulement du procès. Celui-ci ne doit plus officier dans la forme traditionnelle, mais conformément à « la conception libérale et individualiste de la justice », c'est-à-dire « rester neutre et apprécier la valeur des preuves qui lui sont apportées par les parties »¹⁴⁸.

De manière générale, M. Guy qui a longtemps formé les Cadis a préconisé la prééminence de la preuve par écrit sur la preuve testimoniale et le serment. L'administration de la preuve devant les cadis intéresse vigoureusement les litiges portant les droits patrimoniaux (succession, donation ou immobilisation). Devant les intérêts en présence, et pour davantage de sécurité, il a été préférable de donner une importance considérable à la preuve par écrit lorsque celle-ci était établie par l'une des parties. Une telle admission est nécessaire au regard de l'écrit auquel fait allusion le texte coranique relativement à la dette,

¹⁴⁵ CH. PERELMAN, *Logique juridique-Nouvelle rhétorique*, 2^e édition, Dalloz 1979, p. 27

¹⁴⁶ Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, p. 124

¹⁴⁷ Art. 26 de la délibération de 1947 : « le défaut d'enregistrement des actes donne seulement lieu à la perception d'une amende du double droit ».

¹⁴⁸ CH. PERELMAN, *op. cit.*, p. 30

car il apparaît seulement comme « acte de renseignement » puisque sans signature¹⁴⁹. On comprend aisément les préoccupations de M. Guy sur les tendances conservatrices des Cadis dans l'admission de la preuve écrite. Avec beaucoup de vigueur, il leur a demandé de respecter le formalisme, fustigeant toute limitation de la preuve légale aux seules dépositions des témoins déniaient ainsi toute validité aux documents écrits. Et pour mieux les convaincre, il leur a rappelé que tout refus du formalisme les mettrait en contradiction avec les principes coraniques légalisant ce mode d'administration de preuve¹⁵⁰.

64. Du reste, devant le Cadi, l'enregistrement des actes a pu révéler toute son importance, notamment à l'occasion des litiges portant les droits patrimoniaux (succession, donation ou immobilisation). Au regard de l'importance de la valeur de ces litiges, il aurait été incompréhensible, dans le respect de la sécurité juridique et de l'effectivité des droits de minorer la preuve écrite, dont le rejet pouvait aboutir au déni de justice.

§2/ L'organisation de la justice sur le modèle occidental

65. La réorganisation de la justice musulmane a procédé de la volonté de la France « de rajeunir le droit, de modifier la procédure et de substituer aux règles du « Minhadj » les principes d'organisation »¹⁵¹. L'influence assimilationniste est plus perceptible dans la dévolution de la justice, où la tradition seulement est réduite à quelques expressions. L'organisation juridictionnelle mise en place est assez proche de l'organisation de la justice en métropole à l'époque coloniale, mais dans une expression moins complexe. Il s'agit d'une justice séculaire, bien que rendue par des juges musulmans.

Jusqu'en 1934, année d'adoption de la réglementation portant réorganisation de la justice indigène aux Comores, texte qui sera d'ailleurs remanié pour donner naissance au

¹⁴⁹ P. GUY, *op. cit.*, p.76. Le magistrat regrettait d'ailleurs la propension des cadis à privilégier les modes de preuves islamiques devant lesquels cédaient de nombreux actes authentiques.

¹⁵⁰ J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 27

¹⁵¹ P. GUY, *op. cit.*, p. 6. En somme, il n'était plus question pour les cadis de rendre la justice musulmane, impliquant une parfaite maîtrise des deux catégories réputées utiles, c'est-à-dire la classification morale et la classification juridique, conformément au fiqh. Désormais, la dévolution de la justice se fera conformément à la conception française et au regard des règles régissant la réorganisation de la justice. Libérés de toutes les exigences propres à la justice musulmane, les cadis se sont vus déchargés d'un effort considérable, cantonnés dorénavant à une véritable fonction de juge comme en atteste le système mis en place.

décret du 1er juin 1939, le législateur colonial n'a jamais caché sa volonté de supprimer la justice musulmane, à tout le moins de limiter le rôle des Cadis¹⁵². Tout en projetant de limiter le domaine d'application des particularismes locaux aux rapports familiaux largement entendus, l'administration coloniale française a voulu confier le règlement des litiges qui en résultent aux juridictions de droit commun. Il a été soutenu par l'administrateur en chef dans l'archipel que cette compétence des magistrats professionnels a été appelée des vœux mêmes des autochtones¹⁵³. Le législateur colonial s'est finalement résolu au maintien de la justice cadiale, dans un cadre inspiré du modèle occidental. Les attributions cadiales dépassent néanmoins la seule fonction juridictionnelle. Un bref rappel sur l'organisation de la justice de droit local (A) et les attributions extrajudiciaires des Cadis (B) s'impose. Ces deux fonctions obéissent à deux régimes de rémunérations différents. Alors que l'exercice de l'activité juridictionnelle est rémunéré par l'État, la fonction extrajudiciaire dépend de la contribution des usagers, et se traduit en paiement de frais, selon la nature de l'acte.

A. Une organisation judiciaire adaptée au contexte local

66. La justice de droit local répond à une organisation hiérarchique composée en première instance du tribunal de Cadi, en appel du Tribunal du Grand Cadi, sous la tutelle de Tribunal supérieur d'appel¹⁵⁴ statuant en chambre d'annulation musulmane¹⁵⁵. La

¹⁵² La lettre du procureur général chef du service judiciaire s'adressant au gouverneur général de Madagascar et dépendances, en date du 27 janvier 1911 est en ce sens très illustratif. Le procureur général pointait du doigt le fonctionnement de la justice traditionnelle. Était déjà projeté la réorganisation de la justice indigène, avec restriction aux seules matières du statut personnel. Leur disparition est vivement souhaitée. La lettre reconnaît que « la justice indigène en matière civile n'a jamais existé que de nom dans la colonie de Mayotte ». Aussi les cadis ignorent-ils le droit musulman. D'où il résulte que « la suppression de ces juridictions s'impose », l'idée est précisément « de faire cesser les abus, les actes de partialité, la vénalité de nos juges musulmans » (Aix, arch. SOM Mad. 6 (6). D8. Organisation de la Justice aux Comores).

¹⁵³ M. IBRAHIM, *op. cit.*

¹⁵⁴ Le TSA a été créé par le décret n° 60-761 du 28 juillet 1960 portant organisation de la justice aux Comores et modifiant le tableau A annexé au décret du 28 août 1928 déterminant le statut de la magistrature d'outre-mer (*JO* n°177 du 31 juillet 1960, pp. 7071-7072). Il gardera cette appellation en vertu de l'article 1^{er} du décret n°77-1209 du 28 octobre 1977 relatif à l'organisation judiciaire à Mayotte (*JO* n°255 du 3 novembre 1977, pp. 5302-5303).

¹⁵⁵ Il ne s'agit pas d'une spécificité mahoraise. Les textes réglant la justice indigène ont souvent placé celle-ci sous la tutelle du Tribunal supérieur d'appel du territoire, statuant en qualité de chambre d'annulation. L'encadrement du fonctionnement de la justice indigène par des magistrats métropolitains répondait à la nécessité d'éviter certaines pratiques liées notamment à la corruption. Tout en laissant aux autochtones le soin de

composition du tribunal cadial en première instance comme en appel s'inspire indéniablement du modèle islamique. En effet, le système judiciaire musulman dans son acception traditionnelle est composé d'un jurisconsulte (*Mufti*) qui donne des avis doctrinaux, d'un juge unique (*Cadi*) assisté d'un greffier, lequel seul constitue le tribunal¹⁵⁶. À l'occasion d'un litige, les parties se font délivrer par le jurisconsulte un avis doctrinal supposé éclairer le juge dans la solution à adopter. Du système judiciaire musulman, le législateur colonial n'a gardé que le tribunal et sa composition¹⁵⁷. Le tribunal cadial se compose donc d'un magistrat unique, le Cadi, assisté d'un secrétaire-greffier.

1) La justice cadiale depuis son avènement à Mayotte

67. La doctrine fait remonter l'avènement de la justice cadiale¹⁵⁸ à Mayotte au XIV^e siècle, période coïncidant avec l'arrivée des Shiraziens¹⁵⁹. Le Cadi est réputé pour sa qualité

rendre eux-mêmes la justice sur les différends les opposant, l'administration française organisa les conditions de nomination des juges indigènes et plaça la dévolution de la justice indigène sous la tutelle de juridiction de droit commun.

¹⁵⁶ S. PACHA, *op. cit.*, p. 62 et s.

¹⁵⁷ Le propos peut néanmoins être nuancé, si l'on tient compte des prévisions de l'article 40 de la délibération du 3 juin 1964. Celui-ci reconnaît aux Cadis la possibilité de se réunir en Conseil, pour donner des avis sur certains aspects du droit musulman. Il s'ensuit adoption de procès-verbaux.

¹⁵⁸ Le cadi en tant que juge islamique est une création des Omeiyades, qui « reprirent de l'administration sassanide le poste de « scribe du tribunal » qui devint un auxiliaire du *qâdî* ». La compétence des cadis se limitaient néanmoins aux seuls litiges entre Musulmans, « les populations soumises non musulmanes conservaient leurs institutions légales traditionnelles, y compris les tribunaux ecclésiastiques (rabbiniques) qui, au cours des derniers siècles qui précédèrent la conquête arabe, avaient doublé l'organisation judiciaire de l'État byzantin » (J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 32). Avec l'arrivée des Abbassides le cadi, nommé par l'administration centrale acquiesça une certaine indépendance dans l'exercice de ses fonctions, et cessa ainsi d'être le secrétaire juridique du gouverneur. Il devient précisément le juge de l'application de la loi islamique. Pour l'exécution de leurs décisions, le concours des autorités politiques était indispensable. C'est aux Abbassides que l'on doit également l'institution du Grand Cadi.

¹⁵⁹ J.-R. BINET, « Le croissant et la balance. De quelques spécificités du droit applicable à Mayotte au crépuscule de la justice cadiale », *RIDC* 2002, p. 787-809. Pour une étude approfondie de cette institution en application du décret de 1939 et de la délibération de 1964, voir notamment S. BLANCHY, Y. MOATY, *op. cit.* ; L. SERMET, « Regard sur la justice musulmane à Mayotte », *Droit et culture*, n°37-1999/1, p. 185-201. L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane » in L. SERMET, J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République : Actes du colloque de Mamoudzou*, Montchrestien, 2004, p. 438

d'autorité morale. Cette notoriété lui permet d'exercer la fonction de juge, de médiateur. Il apparaît ainsi comme une institution régulatrice de la vie sociale et familiale.

Avant la réorganisation de la justice de droit local, le Cadi n'avait pas le monopole de la résolution des litiges. Les chefs de village intervenaient également pour apaiser les tensions troublant l'ordre social, ainsi que ceux naissant au sein des familles. Ce mode de résolution des litiges allait être supprimé par l'administration coloniale française, qui lui imputait de nombreux dysfonctionnements, notamment l'absence d'exécution des décisions. Les différentes évolutions sociétales et les exigences qui en ont résulté, ont commandé l'abandon de la dévolution de la justice dans sa conception traditionnelle. En effet, « la matière des procès étant devenue nouvelle sur beaucoup de points, l'organisation de la justice ancienne ne pouvait intégralement subsister »¹⁶⁰. Il s'ensuit réorganisation de la justice sous le modèle occidental.

68. L'organisation et le fonctionnement de la justice de droit local résultent du décret du 1^{er} juin 1939 et de la délibération du 3 juin 1964. Les règles procédurales seront déterminées par son arrêté d'application du 13 juillet 1944 portant code de procédure en matière autochtone, tandis que la délibération de 1964 complète le droit processuel traditionnel¹⁶¹. Ces textes sont maintenus en vigueur par l'ordonnance du 1^{er} avril 1981 relative à l'organisation de la justice à Mayotte¹⁶².

Depuis l'indépendance des Comores, les tribunaux des Cadis se sont considérablement multipliés, passant de deux à dix-huit¹⁶³. Il y en a au moins un dans chacune des 17 communes de Mayotte. Alors que la religion musulmane réserve ordinairement l'occupation des hautes charges judiciaires aux « savants les plus distingués »¹⁶⁴, l'accès à la fonction cadiale, tel que réglementé par l'administration coloniale française, exige seulement une connaissance de la législation musulmane. Pareille exigence n'en demeure pas moins

¹⁶⁰ P. GUY, *op. cit.*, p.22

¹⁶¹ Délibération du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores, *JO des Comores* du 16 décembre 1964, p. 476

¹⁶² Ordonnance n°81-295 du 1^{er} avril 1981 relative à la promulgation et à la publication des lois et des décrets et à l'organisation de la justice à Mayotte : *Journal officiel de la République française n°79 du 3 avril 1981*, pp. 931-933

¹⁶³ J.-B. TOINETTE, in J-P MARTRES, J. LARRIEU, *Coutumes et en droit en Guyane*, Economica, 1994, p. 60.

¹⁶⁴ S. PACHA, *op. cit.*, p. 4

étonnante, lorsque l'on sait que ces juges doivent tout aussi bien sanctionner l'inobservation du droit musulman que des règles coutumières.

69. Le Cadi est un fonctionnaire de la collectivité territoriale de Mayotte, recruté sur concours. Il est établi dans ses fonctions par décision préfectorale, après avis du procureur, et d'une commission présidée par le président du Tribunal supérieur d'appel (TSA) équivalent de la Cour d'appel en métropole, composée de quatre personnes désignées par le préfet et du grand Cadi. À l'évidence, la désignation des Cadis ne déroge pas au système islamique, puisqu'il s'est toujours agi d'une prérogative gouvernementale¹⁶⁵. Mais au lieu que cette désignation ne procède de la volonté des autorités de confession musulmane, elle fait intervenir ici les représentants de la République.

2) Organisation et fonctionnement de la justice cadiale depuis 1939

70. Réorganisée dans une forme très éloignée de la justice du *Fiqh*, mais néanmoins inspirée de la composition du tribunal musulman, la justice cadiale apparaît comme un remède à la simplicité, à l'oralité caractérisant son fonctionnement antérieur fortement marqué par l'absence de garanties sérieuses offertes aux parties, en ce qu'il était exclusif de toutes voies de recours.

Le tribunal du Cadi a compétence exclusive dans toutes les matières relevant strictement du statut personnel, à charge d'appel devant le tribunal du Grand Cadi¹⁶⁶. Il connaît également de tous les litiges portant sur les successions, donations, testaments, *waqfs* et immobilisations coutumières, et dont la valeur n'excède pas l'équivalent de 300 euros aujourd'hui. Le Tribunal du Grand Cadi exerce en principe la fonction de juridiction d'appel.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 1

¹⁶⁶ L'organisation hiérarchique de la justice de droit local, avec en première instance le Cadi et en appel le Grand Cadi, ne constitue pas à proprement parler une innovation, puisqu'elle est empruntée à la conception islamique. Avec l'avènement du second Calife Abbasside, une nouvelle fonction s'invite au prétoire musulman, celle de *magistrat suprême* ou *juge des juges*. C'est l'Imam Ebou-Youssouf qui est le premier à avoir occupé cette fonction, qui consiste à « examiner les sentences des autres juges et de les déclarer valides, corrigibles ou nulle », plaçant la personne qui en est investie au « plus haut degré de la hiérarchie juridique et judiciaire (le Cheïkhoul-Islamat) ». Cette consécration constitue une récompense à sa renommée, lui qui avait coutume d'occuper la fonction de jurisconsulte, lui permettant de rendre « journallement » des avis doctrinaux, et surtout de le faire connaître comme « éminent juriste » (*ibid.*, p. 64).

Les décisions ainsi rendues peuvent être déférées au Tribunal supérieur d'appel siégeant en Chambre d'annulation musulmane.

Juridiction siégeant en formation collégiale, elle est présidée par le président du Tribunal supérieur d'appel, assisté de deux cadis assesses n'ayant pas connu l'affaire. Ces derniers ont seulement voix consultative, puisque le Président prend seul la décision. Cette juridiction connaît de tous les recours formés contre les décisions du Grand Cadi statuant en appel, prises en violation du droit musulman et de la coutume, à la demande de l'une des parties ou du Procureur de la République (art. 27 de la délibération de 1964). Cependant, le Grand Cadi peut siéger en tant que juridiction de première instance, et à charge d'appel devant le TSA statuant en formation ordinaire, lorsque le montant du litige dépasse l'équivalent de 300 euros aujourd'hui, en matière de successions, donations, testaments, *waqfs* et immobilisations coutumières. Lorsque l'une des parties n'est pas satisfaite de la décision rendue par le TSA, elle peut saisir la Cour de cassation d'un pourvoi.

71. Il convient de rappeler que la chambre d'annulation musulmane instituée pour chapeauter la justice de droit local a eu pour mission d'assurer l'uniformisation de la jurisprudence de droit local. Elle fonctionne ainsi comme une véritable cour de cassation au niveau local. L'idée était précisément d'épargner aux autochtones la lourdeur du pourvoi en cassation ordinaire, tant en terme de coût que de durée comme l'expliquait M. Solus.

La juridiction d'appel siégeant en qualité de chambre d'annulation a en effet constitué « la voie de recours spéciale en annulation qui doit assurer sur place, avec rapidité et économie, le respect et la bonne interprétation de la loi indigène par les juridictions indigènes »¹⁶⁷. Son institution emportait donc exclusion de principe de tout recours en cassation devant la Haute juridiction. Cette règle apparaissait dans l'ensemble de la réglementation de la justice indigène¹⁶⁸, mais connaissait cependant des exceptions¹⁶⁹.

¹⁶⁷ H. SOLUS, *op. cit.*, p. 542.

¹⁶⁸ Voir notamment le décret du 28 novembre 1931 relatif à Madagascar. En cas de silence des textes, la jurisprudence concluait au rejet de toute demande, faisant découler la règle des prescriptions instituant localement une chambre d'annulation réputée « juridiction supérieure » de la justice locale. (Cass. crim. 14 et 15 février 1924, *Recueil Daresté*, 1924, III, 142).

¹⁶⁹ Il en était ainsi au Sénégal où le décret du 20 mai 1857 maintenait la compétence des Cadis en matière de statut personnel, avant d'être confiée par la suite aux tribunaux français, conformément à l'article 29, al. 2 du décret du 10 novembre 1903 ; ouvrant ainsi la voie au pourvoi en cassation. Le contrôle légal de la Cour de cassation se limitait précisément aux textes applicables aux indigènes édictés par le législateur colonial et portant

Rappelant constamment ce principe toutes les fois où elle était saisie à tort, la Cour de cassation n'en a pas moins fléchi sa position depuis quelques années puisqu'elle intervient régulièrement en droit local¹⁷⁰.

72. 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 conciliation¹⁷¹ 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 exécutoire¹⁷². En cas de refus d'exécution ou exécution de mauvaise foi du procès-verbal de conciliation, le cadi peut demander l'exécution forcée, en faisant appel à la puissance publique (art. 19 de la délibération de 1964).

L'échec de la tentative de conciliation seule emporte résolution du conflit en la forme contentieuse. À cet effet, le Cadi inscrit l'affaire au rôle, après instruction, c'est-à-dire lorsque celle-ci est en état d'être jugée. Dans certaines circonstances, le Cadi peut ordonner des

sur des décisions rendues par des tribunaux français statuant en matière indigène. Même rendue par un tribunal français, la décision ne pouvait pas être censurée par la Cour de cassation lorsque la règle était d'essence coutumière. Dans ce cas bien précis, la cassation n'était encourue que lorsque le juge saisi du litige, et devant statuer sur une règle indigène rejetait la demande sans motifs (voir en ce sens, Cass. civ., 30 juillet 1906, Daresté 1906. 3. 233 ; Penant 1907. 1. 83 ; Cass. req. 21 oct. 1925. Sirey. 1925. 1. 228, Daresté 1926. 3. 85).

¹⁷⁰ Cass. civ. 1^e, 25 février 1997 *Consorts Abdallah c/ Ynoussa, Ahmed, Attoumani et Amina Abdallah* (les consorts *Ynoussa Abdallah, D.* 1997, 453 note H. Fulchiron ; *JCP* 1997.11.22968, note L.-A. Barrière, T. Garé.

¹⁷¹ La conciliation et précisément son caractère obligatoire pour les matières civiles et commerciales mettant en cause les indigènes ressort de nombreux textes organisant la justice indigène dans les colonies françaises. Voir en ce sens, l'article 3 du décret du 29 mai 1936 portant réorganisation de la justice indigène en A.E.F., modifié par les décrets des 13 mai 1937, 18 mai 1938, 13 septembre 1941 et 26 juillet 1944 (Gouvernement générale de l'A. E. F., *La justice indigène en A. E. F.*, imprimerie officielle du Gouvernement générale, Brazzaville, 1944, p. 96 et s.).

¹⁷² Le projet de décret modifiant le décret de 1934 en faisait déjà état, tout en mettant également en avant la nécessité de reconnaître à l'acte valeur authentique. À cet effet, il était prévu à l'article 39 de la délibération de 1964 ; cette procédure s'appliquant bien évidemment en présence d'une décision intervenue sur le fond. (Projet de décret modifiant le décret du 29 mars 1934, Aix, arch. SOM Mad. 6 (6). D8. Organisation de la Justice aux Comores)

enquêtes, ou l'accomplissement de certaines formalités indispensables au bon déroulement de l'instance. L'introduction de l'instance est donc caractérisée par la saisine de la justice cadiale par l'une des parties, consécutivement à l'échec de la tentative de conciliation.

73. Certaines formalités peuvent être accomplies à l'occasion de certains litiges. Il peut s'agir d'enquête, transport sur les lieux, nomination d'experts ou encore production de pièces officielles, administratives, authentiques ou privées, prestation de serment. Il peut s'ensuivre jugement avant dire droit¹⁷³. L'article 47 du décret du 1^{er} juin 1939 prescrit au Cadi et à son secrétaire-greffier de garder trace écrite des affaires. Ils doivent en ce sens tenir un registre dans lesquels figureront les jugements rédigés ainsi les actes du greffe ou à caractère notarial musulman. Cette prescription a été principalement observée par le Grand Cadi, puisque ses décisions ont fait l'objet de publication. Elles sont précisément « consignées, en français et en arabe dans un registre public, satisfaisant ainsi au principe de publicité des décisions, en fonction du chef de compétences mises en œuvre : compétence d'appel, de premier degré, compétence d'exécution »¹⁷⁴.

74. Concernant le déroulement des débats, la procédure telle qu'instituée par les textes est inspirée du modèle occidental. Ainsi, le secrétaire-greffier sous le contrôle du Cadi est tenu de reproduire sur un registre dit des débats ; les allégations des parties revêtant une certaine importance, et particulièrement les aveux. L'audition des témoins doit nécessairement être précédée d'une prestation de serment sur le Coran avant toute déposition. Le maintien de cette pratique musulmane, aussi étonnante soit-elle, avait un caractère dissuasif sur la personne du témoin¹⁷⁵. À l'issue des débats un jugement définitif est adopté. Il doit être rédigé au même titre que ses mesures d'instruction (art. 44 de l'arrêté de 1944 pris en application du décret de 1939), dessaisissant ainsi le Cadi de l'affaire.

La décision peut être attaquée en appel par les parties ou le Procureur de la République. Le recours doit intervenir sous quinzaine¹⁷⁶. Passé ce délai et huit jours après, la décision peut être exécutée¹⁷⁷. La confirmation d'une décision en appel par le Grand Cadi peut être suivie

¹⁷³ P. GUY, *op. cit.*, p.30

¹⁷⁴ L. SERMET, « Regard sur la justice musulmane à Mayotte », *op. cit.*, spé. p. 189

¹⁷⁵ P. GUY, *op. cit.*, p. 25

¹⁷⁶ Ce délai commence à courir à partir de la notification de la décision.

¹⁷⁷ L'on voit donc que le législateur colonial a bien prévu en droit local, le principe de l'autorité de la chose jugée. Il n'en est pas ainsi dans la tradition musulmane en générale et aux pratiques ayant eu à Mayotte jusqu'à la

d'un recours en annulation ouvert pendant un délai de quatre mois devant le TSA statuant en chambre d'annulation musulmane. Cette juridiction se voit reconnaître en la matière un pouvoir d'annulation et d'évocation de l'affaire. L'intervention de la chambre d'annulation musulmane n'est pas exclusive de tout recours en cassation devant la Haute juridiction. La justice cadiale s'est vu reconnaître en outre des attributions extrajuridictionnelles.

B) La reconnaissance de compétences extrajuridictionnelles

75. En dehors de leur statut de juges musulmans, les cadis se sont vus reconnaître des fonctions extrajudiciaires. Les activités non juridictionnelles des Cadis recouvrent un domaine assez étendu, et les matières sont énumérées à l'article 20 de la délibération de 1964. Le Cadi apparaît ainsi comme tuteur légal des incapables et absents. Il est également administrateur de waqfs, mais aussi représentant du défunt en cas de succession non réglée. Il exerce enfin d'autres fonctions notariales.

L'Islam prévoit d'ailleurs des exigences à satisfaire pour devenir Cadi : « homme, intelligence, confession musulmane, honorabilité, connaissance du droit ». À l'auteur de poursuivre, « ces conditions-là ne posent aucune difficulté a priori, sauf à trouver les candidats adéquats, ce qui n'est pas nécessairement chose simple »¹⁷⁸. Le propos semble sans équivoque. Pourtant à Mayotte, le Cadi se voit reconnaître les mêmes fonctions que dans la tradition musulmane, sans qu'il soit démontré qu'il ait toutes les qualités requises pour assumer toutes ces tâches.

76. En sa qualité de notaire, le Cadi intervient notamment en matière successorale, dans le domaine des régimes matrimoniaux, et tout ce qui a trait à l'administration des biens *Waqfs*. En tant que tuteur, il peut surveiller l'administration des biens des mineurs, des absents, des défunts. Le Cadi a également vocation à recevoir tout acte attributif rédigé à l'occasion d'une vente ou d'un échange de terre. Lorsqu'a lieu une transaction foncière entre personnes de droit local sur une parcelle non immatriculée, la vente est formalisée sur un support en écriture arabe, mais en langue locale. Ce procédé précolonial connu précisément

réorganisation de la justice en particulier. Dans la tradition musulmane le juge peut intervenir indéfiniment jusqu'à apaiser les tensions. M. Guy a vu dans la consécration de l'autorité de la chose jugée l'une « des conséquences les plus importantes de la réorganisation judiciaire sinon la seule fondamentale à laquelle tout le reste est subordonné » (*ibid*, p.32).

¹⁷⁸ L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane », *op. cit.*, p. 456.

sous le nom de « hatwi » a été maintenu par l'administration coloniale, sans jamais être remis en cause par le pouvoir réglementaire local¹⁷⁹.

Avant la colonisation de l'archipel, le *hatwi* « était donné par le sultan lorsqu'il vendait des terres à des autochtones, où lorsqu'ils cédaient à ceux qui faisaient partie de son réseau de clientèle »¹⁸⁰. Cet instrument présente d'ailleurs d'indéniables similitudes avec la prescription islamique recommandant la production d'un écrit pour toutes les dettes contractées, et figurant dans les données scripturaires du verset 282 de la Sourate 2 du Coran. En effet, comme pour les dettes, les transactions foncières reproduites par *hatwi* requièrent la présence de témoins. Par ailleurs, le Cadi s'est également vu reconnaître des fonctions en matière d'état civil.

77. On ne peut s'empêcher de relever que les attributions extrajudiciaires des Cadis couvrent donc pour l'essentiel des fonctions généralement dévolues à cette autorité, dans la tradition musulmane. Le législateur colonial s'est seulement borné à les lui reconnaître à Mayotte. Plus qu'un maintien, et concernant l'étendue des prérogatives extrajudiciaires exercées dans l'île par les Cadis, on devrait plutôt parler d'une institution.

78. **Conclusion du chapitre 1^{er}.** Si le statut personnel mahorais porte bien sûr le droit musulman et la coutume, il ne s'y réduit pas. Dans son essence, c'est une pure confection du législateur colonial et du pouvoir réglementaire local, qui n'a d'ailleurs rien d'une autorité traditionnelle. Si bien que les délibérations par lui adoptées constituent nécessairement « une catégorie de droit moderne »¹⁸¹. C'est par le canal des institutions juridiques locales que sont posées les bases assimilationnistes. Dispositif aux textes épars, le statut civil particulier applicable à Mayotte combine en effet fond juridique local et aspects modernes, traduits notamment par l'introduction du formalisme et la réorganisation de la justice sous le modèle métropolitain. Cette œuvre législative poursuit donc une ambition assimilatrice. Elle entend surtout de garantir la sécurité juridique dans les rapports de droit local.

¹⁷⁹ Y. GÉRARD, « Conflits de droits fonciers à Anjouan (Comores) », *Études foncières* n° 110, juillet-août 2004, p. 26-30

¹⁸⁰ M. SAID, « Formalisation des transactions et contrats fonciers à Anjouan », *Ya Mkobé*, n°6-7, 2000, p. 65-75, précisément p. 67.

¹⁸¹ N. ROULAND, *op. cit.*, p. 162

Chapitre II : Les limites pratiques du système mis en place

79. Tout en limitant le champ d'application des particularismes locaux mahorais, le législateur colonial, a élaboré un système juridique hybride. Soucieux de garantir l'accès au droit, il a érigé le *Minhadj*, recueil de jurisprudence musulmane, comme code officiel du droit local en référence duquel doivent être tranchés les litiges, en plus des coutumes locales, par une justice spécifique dont l'organisation et le fonctionnement s'inspirent du modèle métropolitain. Ce dispositif intègre également le formalisme. Il en ressort un amas de règles dénué de toute cohérence, ne facilitant qu'imparfaitement leur identification, rendant ainsi malaisée leur application. Les Cadis manquant généralement de formation juridique, et maîtrisant particulièrement peu le droit musulman, ils se trouvent ainsi démunis lorsque s'élève une contestation en droit local. Le statut personnel mahorais ayant montré ses limites, il importe d'analyser les causes intrinsèques de sa ruine.

Cet examen s'impose d'autant plus que les études abordant la question de l'évolution du droit local¹⁸² se limitent très souvent aux causes extrinsèques, notamment l'inéluctable soumission des particularismes locaux aux droits fondamentaux, occultant les causes inhérentes au système lui-même. Or, il est généralement admis que les réformes législatives « sont souvent explicitement motivées par la découverte de problèmes d'application ou par la constatation de l'inadéquation des normes en vigueur par rapport aux finalités poursuivies par le législateur »¹⁸³. Une législation peut donc être remise en cause lorsque son application est lacunaire, ou encore lorsque les pratiques sociales ne reflètent pas les intentions normatives. En tout état de cause, la constatation de cette inadéquation présuppose une application de la loi, étant précisé qu'une application lacunaire de la loi peut constituer le fondement même de la distorsion entre la réalité des pratiques sociales et les objectifs poursuivis par le législateur.

Toutes ces considérations nous conduisent à l'étude des limites pratiques du système ainsi élaboré, et précisément les difficultés liées à son application (Section 1), ainsi que son

¹⁸² Si l'on excepte le commentaire de l'article 75 de la Constitution garantissant le statut personnel paru dans un ouvrage collectif en 1987 (J.-F. HORY, « Commentaire de l'article 75 » in F. LUCHAIRE, G. CONAC, *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 1987, p. 1310), la doctrine ne s'est véritablement intéressée au statut personnel mahorais qu'au début des années 1990 (O. GOHIN, P. MAURICE (dir.), *Mayotte, Saint-Denis : université de la Réunion*, 1992), soit à peu près quinze ans après l'accession des Comores à l'indépendance, c'est-à-dire une période suffisamment longue pour voir évoluer la société mahoraise, sans que le droit applicable ne suive nécessairement cette évolution.

¹⁸³ L. MADER, *op. cit.*, p. 6

inadéquation avec l'évolution de la société mahoraise (Section 2).

Section 1 : Les difficultés relatives à l'application du droit local

81. En réorganisant la justice cadiale, le législateur a entendu remédier à certaines incohérences affectant la reconnaissance des droits subjectifs ainsi que l'exécution des décisions adoptées suite à la résolution des litiges. A cet effet, le *Minhadj*, recueil de jurisprudence musulman, a été érigé source du droit local, ainsi que la coutume. Des textes facilitant l'identification des personnes et des terres ont également été adoptés, sans véritablement atteindre les objectifs ainsi poursuivis. Malgré la rationalisation du droit local, les difficultés ont persisté relativement aux règlements des litiges (§2), mais aussi en ce qui concerne l'identification des personnes et des terres (§1)

§1/ La persistante défectuosité de l'identification des personnes et des terres

82. La mise en place d'un état civil de droit local et l'extension du régime de l'immatriculation répondaient à des considérations de sécurité juridique. Si le *Minhadj* traite bien de l'état des personnes, aucune disposition ne mentionne la tenue d'un état civil. Son introduction en droit local a eu vocation à pallier cette carence, et faciliter ainsi l'identification des bénéficiaires des particularismes locaux. La réalité sociale a présidé à l'adoption d'une réglementation souple et non à l'extension pure et simple des règles du Code civil dans cette matière. La même préoccupation a prévalu en ce qui concerne les biens des autochtones. Si bien que dans ce domaine l'administration coloniale française tout en étendant le régime de l'immatriculation, l'a rendu facultatif à l'égard des autochtones, les laissant se familiariser progressivement avec cette institution.

En dépit de la souplesse des mesures ainsi prises, les textes n'ont été que modérément suivis par les intéressés. L'analyse des défauts inhérents à la gestion de l'état civil (A) précèdera l'examen des difficultés soulevées par la propriété foncière (B).

A) La gestion calamiteuse de l'état civil

83. La doctrine s'est montrée particulièrement critique à l'égard de l'organisation de l'état civil de droit local¹⁸⁴. Les griefs ont porté aussi bien sur la gestion de l'état civil que la déclaration des évènements.

84. Inconnu des institutions juridiques locales, l'état civil a été introduit à Mayotte pour faciliter l'identification des justiciables de statut personnel dérogatoire du droit commun, précisément parce qu'il constitue « la condition d'une personne au regard du droit civil »¹⁸⁵. Et pour une meilleure intégration dans l'environnement mahorais, son établissement a privilégié une forme assouplie. Du fait de la coexistence à Mayotte de deux statuts civils, l'inscription d'une personne à l'un des registres de droit local ou de droit commun suffit à déterminer et fixer son statut civil. Par sa force probante, l'état civil demeure donc un instrument efficace dans la preuve de son statut personnel et justifie la soumission aux règles particulières qui le fondent, ainsi que la compétence exclusive de la justice cadiale pour trancher les litiges qui en résultent, laissant aux juridictions de droit commun le soin de mettre fin aux conflits naissant dans les autres matières, ainsi que ceux portant sur les rapports mixtes.

Il convient de rappeler que l'état civil de droit local contrairement à l'état civil de droit commun n'a pas été centralisé. Il s'est donc distingué par la dispersion géographique et par la pluralité des compétences, faisant intervenir tantôt les Cadis, tantôt les mairies, sans réelle coordination dans la répartition des tâches. Il en découle une pluralité des registres de l'état civil de droit local où chaque événement s'est vu assigner un registre propre, à l'inverse du registre de droit commun, longtemps centralisé à Dzaoudzi-Labattoir, comportant à la fois les actes de naissance, de mariage et de décès. À ces inconvénients d'ordre pratique, sont venues s'ajouter des difficultés d'ordre matériel afférentes à la tenue des registres. Ceux-ci ont souvent été « dégradés, détériorés et inexploitable »¹⁸⁶. D'autres sont manquants. On a aussi

¹⁸⁴ Voir les innombrables études sur l'état civil de droit local à Mayotte. P. BROSSIER, « L'état civil à Mayotte », *op. cit.*; M. LAMARCHE, « État civil et statut personnel à Mayotte (de l'ordonnance de Villers-Cotterêts à la recherche d'une identité pour les Mahorais du 101^{ème} département français », *Droit de la famille*, Avril 2009, n°4 ; C. MOURIAPREGASSIN, « La révision de l'état civil à Mayotte », *RJOI* n° spécial Mayotte 2009, pp. 99-115 ; C. PAYET, *L'actualisation du droit applicable en matière d'état civil et de propriété foncière à Mayotte en 2001*, Mémoire de DEA, La Réunion, 2002 ; K. SZKLAIKZ, *La nécessaire réforme de l'état civil ou le progrès de l'état civil*, in *Mayotte à la croisée des chemins*, p. 53.

¹⁸⁵ PH. MALAURIE, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 7^e éd., Defrénois 2010, p. 79

¹⁸⁶ C. MOURIAPREGASSIN, « La révision de l'état civil à Mayotte », *RJOI* n° spécial Mayotte 2009, p. 99-115.

relevé d'innombrables erreurs sur les registres portant aussi bien sur les dates que sur les signatures¹⁸⁷.

85. En sus des difficultés liées à la tenue des registres, on relève des manquements par les personnes relevant du droit local aux formalités leur incombant. Il leur a été demandé de déclarer les naissances et les décès, mais également de faire enregistrer les mariages et leurs dissolutions. Nombre de ces événements n'ont pas été transcrits sur les registres de l'état civil de droit local¹⁸⁸. La réglementation de l'état civil de droit local a fait peser la déclaration des naissances aux pères. Rares sont ceux qui se sont conformés à cette prescription, contraignant les cadis à recourir massivement à la pratique des jugements supplétifs. Ces décisions ont d'ailleurs été souvent rendues dans des conditions assez douteuses. Certains actes ont été dressés sous la foi d'une déclaration de deux témoins ayant prêté serment sur le Coran. Il s'agit très souvent de témoins par « ouï-dire »¹⁸⁹.

A ces péripéties imputables aux Mahorais de droit local, s'ajoute la situation des Comoriens résidant à Mayotte depuis l'accession des Comores à l'indépendance. Comme nous avons pu le voir, l'acquisition ou la réintégration de la nationalité emportent nécessairement accession au statut de droit commun. Pourtant, nombreux sont les Comoriens ayant continué à se soumettre à l'état civil de droit local. La même remarque vaut également pour les enfants issus d'union mixte, dont l'un des parents est comorien. Dans ces circonstances, il est difficile de faire respecter efficacement l'appartenance statutaire ou encore de prouver son identité mahoraise, avec l'immigration clandestine que connaît l'île, ainsi que les conséquences qui en résultent, notamment le risque d'être expulsé à tort vers les Comores ou encore l'impossibilité de remplir « toutes les obligations du citoyen, qu'elles soient électorales, administratives, sociales, fiscales ou militaires »¹⁹⁰.

86. Les lacunes inhérentes à la gestion de l'état civil ont eu des incidences sur la pratique judiciaire, comme cela sera démontré. En effet, certains Mahorais, bien que soumis au droit commun n'ont jamais respecté leur statut civil, et ont continué à s'en remettre aux

¹⁸⁷ F. BONNELLE (dir.), *op. cit.*, p. 24

¹⁸⁸ Voir E. RALSER, *op. cit.*

¹⁸⁹ F. BONNELLE (dir.), *op. cit.*, p. 66

¹⁹⁰ J. COSTA-LASCOUX, « La modernisation de l'état civil à Mayotte », *Rapports de la documentation française*, 1996.

Cadis. Il en est également ainsi des Français d'origine comorienne, ou encore des Comoriens en situation irrégulière, pourtant soumis au droit commun, en vertu de loi du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores¹⁹¹.

On serait tenté de justifier cette méprise par la lettre de la réglementation du droit local. En effet, ce *corpus juris* élaboré par le législateur colonial et le pouvoir règlementaire local, lorsque Mayotte et les Comores constituaient une entité unique, en l'occurrence le Territoire d'outre-mer des Comores, n'a pas connu de modification majeure. Ainsi, l'accession à la souveraineté des trois îles indépendantistes n'a pas emporté substitution des termes « Mayotte » et « Mahorais » aux mots « Comores » et « Comorien » dans la réglementation du droit local. L'accès au prétoire cadial est gratuit et s'exerce sans aucune forme de contrôle. On comprend dès lors aisément la préférence donnée à cette juridiction traditionnelle. D'où il découle que ce sont des considérations liées à la proximité et à l'absence de coût de la procédure qui a fait le succès de la justice cadiale auprès de l'immense partie des habitants de Mayotte. Le statut personnel comorien étant le même que celui applicable à Mayotte, les Cadis, bien qu'incompétents, n'ont éprouvé aucune difficulté à trancher ces litiges.

B) L'échec du régime de l'immatriculation

87. La cause de la défektivité inhérente à la propriété foncière est d'une tout autre nature, puisqu'elle procède du caractère facultatif du régime de l'immatriculation issu du décret du 4 février 1911 portant création du système de l'immatriculation, étendu à Mayotte par le décret du 9 juin 1931, et supposé supplanter progressivement le droit foncier coutumier. En d'autres termes, le législateur colonial, a cru bien faire en laissant les autochtones se familiariser avec cette institution, qui devrait se généraliser à terme, au lieu de la rendre obligatoire. Il n'en fut rien.

Les Mahorais n'ont pas été réellement séduits par ce nouvel instrument, en dépit de ses avantages pratiques, notamment la perspective de posséder un titre définitif et inattaquable. Avantage de prime abord que ne semble pas proposer le régime foncier coutumier. Nombreuses sont donc les propriétés n'ayant pas fait l'objet d'une inscription au Livre foncier, ainsi que les mutations restées sans déclaration. Certaines parcelles, bien qu'immatriculées, n'en restent pas moins source de tension. Il arrive en effet qu'une même

¹⁹¹ Loi n° 75-1337 du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, *JORF*, 3 janvier 1976 p.131

parcelle fasse l'objet de multiples déclarations. Ces conflits de titre sont néanmoins résolus en donnant foi au premier titre publié. Il convient par ailleurs de rappeler qu'un incendie a ravagé la Conservation foncière en 1993, entraînant la disparition de 3000 titres¹⁹².

88. Le peu d'intérêt suscité par le régime de l'immatriculation, en dépit de son caractère facultatif, peut se justifier *a fortiori* par la lourdeur des procédures ou encore leur coût. La mise en œuvre de la procédure qui précède l'inscription au Conservatoire foncier expose toute personne qui s'y intéresse à d'innombrables tracasseries. En effet comme l'a relevé Mme Barthès, « l'État détenait le pouvoir de décider qui méritait d'être propriétaire, ce statut étant créé initialement par un certificat, puis un bornage et un titre au terme d'une longue et complexe procédure bureaucratique »¹⁹³. Néanmoins, s'en tenir à cette seule explication reviendrait à ignorer la cause profonde de l'échec du régime de l'immatriculation. L'auteur précise en effet que, « hormis quelques individus proches des réseaux administratifs et de pouvoir ou ayant accès à l'information, peu de Mahorais maîtrisaient ou connaissaient la procédure d'immatriculation »¹⁹⁴. Avec la lourdeur de la procédure ainsi que le coût de la formalité d'enregistrement très dissuasif, on comprend aisément que ce soient des Occidentaux qui aient majoritairement recouru à cet instrument, puisque le régime de l'immatriculation a été obligatoire pour leurs acquisitions foncières¹⁹⁵, ainsi que quelques familles de l'élite mahoraise. Il suit de là une pérennisation des pratiques coutumières basées essentiellement sur la transmission des terres acquises par appropriation coutumière ou reçues en héritage à « une personne ou à une lignée »¹⁹⁶, lorsque le terrain n'est pas présumé domanial¹⁹⁷.

¹⁹² L. LEMMIZ, « L'immobilier d'habitation à Mayotte », *IEDOM*, n°32, 2005, p. 1-4

¹⁹³ C. BARTHES, *op. cit.*, p. 81

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 82

¹⁹⁵ A l'époque coloniale, certains auteurs prédisaient déjà l'échec de l'extension de la conception occidentale de la propriété foncière dans les colonies. On lira avec intérêt les propos de M. Girault lors du Congrès international de sociologie coloniale en 1900, qui exposait : « La propriété foncière individuelle, qui est en Europe un agent de progrès économique, introduite chez une population primitive et imprévoyante, pourrait rapidement amener à sa ruine. Toutes les formes de la famille et de la propriété que l'évolution du droit nous permet d'observer ont eu à un moment donné et dans un milieu déterminé leur raison d'être » (A. GIRAULT, *op. cit.*, p.53).

¹⁹⁶ J-B SEUBE, T. REVET, *op. cit.*, p. 135.

¹⁹⁷ Le Traité de cession de Mayotte à la France de 1841 comporte une clause de domanialité. Celle-ci s'applique à toutes les propriétés réputées vacantes et sans maître. Convient-il de rappeler que les indigènes ont été tenus de

Ces pratiques étant celles ayant cours dans l'île depuis de longues dates, elles sont nécessairement parfaitement maîtrisées et acceptées par les intéressés, qui n'éprouvent donc en aucune façon le besoin d'avoir recours au régime de l'immatriculation. Aussi, lorsque s'élève une contestation, « les logiques coutumières (...) ont le mérite d'éviter la confrontation directe et les recours compliqués en justice »¹⁹⁸. S'est ainsi opérée la pérennisation du système foncier traditionnel, dans une société où le mode générateur de propriété conditionne indubitablement le système de preuve d'acquisition.

89. Droit foncier coutumier et régime de l'immatriculation ont régi indistinctement la propriété foncière à Mayotte, ce qui est de nature à favoriser les litiges, notamment dans les hypothèses où chacune des parties se fonde sur l'une et l'autre de ces réglementations. Il peut arriver en effet que la propriété coutumière basée originairement sur la possession de fait soit contestée par une propriété avec titre. Preuve que la prégnance du régime foncier traditionnel n'est pas sans risque sur ce territoire en mutation profonde, et où les opportunistes croient pouvoir tromper la vigilance de ceux supposés faibles, comme nous allons le voir.

90. La pérennisation du droit foncier coutumier au détriment du régime de l'immatriculation a eu des conséquences fort dommageables à l'encontre de ceux dont les parcelles sont restées soumises à cette réglementation. Il en est ainsi de cette affaire que la Cour de cassation a eue à trancher en 2008. Mais ces faits demeurent très courants à Mayotte.

Deux sœurs prétendent avoir acquis auprès de la Collectivité territoriale un terrain réputé sans maître, qu'elles ont ensuite fait immatriculer. Le propriétaire de la parcelle, qui n'est autre que leur cousin, entend contester cette acquisition foncière qu'il juge frauduleuse, et demande pareillement des dommages et intérêts. Le Tribunal supérieur d'appel de

déclarer leur propriété, afin de faire valoir efficacement leurs droits sur ces terres. Cependant, la faiblesse de la population à l'époque ainsi que le peu d'empressement manifesté dans la déclaration de ces propriétés en vue de leur enregistrement, ont facilité leur appropriation par l'Etat. Plus tard, ce dernier décidera avec le peuplement de l'île, de céder certaines portions sous forme de concessions temporaires, dont la plupart deviendront des propriétés privées soumises au droit foncier traditionnel.

Par ailleurs, une partie de la propriété domaniale sera investie par des « squatters », qui se sont ensuite proclamés propriétaires, après avoir mis les terres en valeur, conformément aux principes islamiques. Voir notamment C. BARTHES, *L'État et le monde rural à Mayotte*, op. cit.

¹⁹⁸ Y. GERARD, « Conflits de droits fonciers à Anjouan (Comores) », *Études foncières* n° 110, juillet-août 2004, p. 26-30

Mamoudzou constatant les manœuvres dolosives alléguées par le requérant, les deux sœurs n'ignorant pas que la parcelle litigieuse appartient à leur cousin, accueille la demande du revendiquant tout en les condamnant à réparation. Celles-ci forment un pourvoi en cassation, qui sera rejeté par la Cour. Se référant à l'article 29 modifié du décret n° 56-224 du 28 février 1956 sur lequel se fonde le revendiquant, la troisième chambre civile dans un arrêt en date du 15 mai 2008, conclut à la validité de son droit de propriété.

En application de la disposition précitée, la propriété de l'État peut être écartée par la preuve, 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 depuis plus de trente ans. Cette preuve a été apportée par le demandeur, sans qu'il soit relevé que cette occupation paisible ait pu être contestée en vertu d'un titre régulier. Aussi, la Cour caractérise-t-elle les manœuvres dolosives des cousines qui savaient indéniablement que le terrain qu'elles prétendaient sans maître n'était autre que celui de leur cousin¹⁹⁹. Cette affaire révèle de manière générale, toute la difficulté à prouver, voire faire valoir sa propriété à Mayotte.

91. On relève ainsi que la volonté du législateur d'introduire le formalisme en droit local pour faciliter ainsi l'identification des personnes et des terres a été mise en branle par les pratiques sociales, marquant la pérennisation du système traditionnel. Les difficultés liées à l'identification des terres ont également eu des répercussions sur l'établissement d'un état civil de la propriété foncière lorsqu'il faut déterminer précisément le titulaire de ce droit à l'occasion la procédure d'immatriculation et les formalités qui en résultent. Ces incidences s'étendent nécessairement à la pratique judiciaire, puisque la justice cadiale n'est compétente qu'à l'égard des justiciables soumis aux particularismes locaux, identifiables par leur attachement à l'état civil de droit local.

§2/ Les problèmes inhérents à la pratique judiciaire

92. Du point de vue substantiel, le statut personnel mahorais repose sur deux sources formelles, le droit musulman et les coutumes locales. La loi ne donne aucune précision quant aux conditions de leur application. On peut donc légitimement s'interroger sur le

¹⁹⁹ Cass. 3^e civ, 15 mai 2008, *Bull. civ.* 2008, III, n° 86 ; J-B SEUBE, T. REVET, « Avril-octobre 2008 : en attendant la réforme... », *op. cit.* 134-139.

comportement du Cadi en présence d'une situation juridique faisant intervenir concurremment la loi islamique et une règle coutumière. Doit-il privilégier le droit musulman en tant que règle écrite, en référence à la primauté reconnue à ce type de règle en droit français ? Doit-il, au contraire, privilégier le droit coutumier en tant que *corps juris* d'essence populaire, ce qui légitime sa normativité ? C'est toute la question des conflits internes de lois qui se pose avec acuité en droit local.

93. Par ailleurs, la compétence exclusive reconnue à la justice cadiale dans les contestations s'élevant en droit local n'a pas fait obstacle à l'émergence de certaines difficultés relativement aux règles de répartition de compétence entre le Cadi et le juge de droit commun. Comme nous avons pu le voir précédemment, la gestion calamiteuse de l'état civil a eu des répercussions sur la pratique judiciaire. Nombreux sont en effet les habitants de Mayotte relevant du statut civil de droit commun vivant comme s'ils relevaient du droit local. Ce qui remet en cause les règles de répartition de compétence entre ces deux ordres juridictionnels.

Nous examinerons donc successivement les difficultés liées à la répartition des compétences (A) et les problèmes inhérents à la détermination et à la sanction de l'inobservation du droit local (B).

A) Les difficultés liées à la répartition des compétences entre les deux statuts civils

94. La répartition du domaine d'application du statut civil de droit commun et celui de droit local se fait sur une base personnelle, ce qui emporte une distinction entre les justiciables et conséquemment la juridiction compétente. Les juridictions civiles connaissent du droit commun, tandis que la justice musulmane connaît du droit local. Dans certaines circonstances, les rapports mixtes précisément, primauté est donnée au droit commun. La pratique ne reflète qu'imparfaitement la clarté de cette répartition. Les difficultés qui en résultent recouvrent fondamentalement deux aspects : les personnes et les matières.

Concernant les personnes, la compétence de la justice cadiale depuis l'indépendance des Comores se limite du point de vue personnel, aux seuls citoyens français musulmans originaires de Mayotte n'ayant pas renoncé à leur statut personnel²⁰⁰, conformément à

²⁰⁰ C. KHUN, C. POPINEAU, *op. cit.*

l'article 75 de la Constitution. La pratique révèle que certains justiciables relevant du droit commun s'en sont remis au Cadi. Alors que le droit local relève de la compétence exclusive de la justice cadiale, force est de constater que la frontière est poreuse. Deux exemples permettent clairement d'illustrer les difficultés liées à la répartition des compétences, le mariage et les contestations de nature successorale portant sur un immeuble immatriculé.

1) Une difficulté récurrente dans la répartition personnelle des compétences : le mariage

95. Les personnes de statut civil de droit commun sont régies pour l'étendue des actes de la vie civile les concernant par le Code civil. Ce principe s'applique également dans leurs rapports avec les personnes de statut civil de droit local. Les rapports mixtes entre une personne de statut civil particulier et une personne originaire des Comores sont pareillement régis par le droit commun.

96. En matière matrimoniale, les dispositions du Code civil fixant les conditions de forme du mariage demeurent impératives pour les personnes soumises au droit commun, qui ne peuvent valablement contracter mariage qu'en ces formes. Leur mariage, sous peine d'être frappé de nullité, doit nécessairement être célébré par l'officier de l'état civil. Le mariage ainsi célébré reste pareillement régi dans ses effets par les règles du Code civil. D'où il découle que le mariage entre une personne de droit commun et une personne de droit local doit en tout état de cause, pour sa validité, être célébré devant l'officier de l'état civil. La solution vaut également pour les unions entre Comoriens et Mahorais de droit local. Force est de reconnaître que ce principe n'a pas toujours été respecté en pratique. Il en a été ainsi dans l'affaire ayant donné lieu à la décision de la Cour de cassation du 5 avril 2005²⁰¹.

En l'espèce, un Français originaire de Mayotte et une Comorienne se marient en 1990. Sur jugement supplétif d'un Cadi en date du 16 juillet 1991, le mariage est enregistré à la Mairie de Mamoudzou quinze jours plus tard. Le divorce sera prononcé par le Cadi en 1995. Soucieuse d'obtenir la nationalité française, l'épouse comorienne en fait la demande en 1997, déclaration acquisitive de nationalité française à laquelle fera opposition le Procureur de la République en 1999 au motif que le couple n'était plus marié au moment de la demande.

²⁰¹Cass . 1^e civ., 5 avril 2005, *Bull. civ.*, 2005, I, n°170, p. 144.

L'épouse entend contester cette opposition devant les tribunaux. Elle se fonde sur les articles 3 et 310 du Code civil, faisant valoir que la domiciliation du couple sur le territoire de la République, en l'espèce à Mayotte, ainsi que sa qualité de citoyenne étrangère, justifient l'application de la loi française au divorce. Il suit de là que le Cadi était incompétent pour mettre fin à leur mariage.

Dans un arrêt en date du 15 février 2002, la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion rejette la demande de l'épouse, et confirme l'opposition du Procureur de la République, la souscription de déclaration acquisitive de nationalité française étant postérieure au divorce. L'épouse forme un pourvoi en cassation. La Cour devait se prononcer sur la compétence du Cadi en matière de divorce, sur un mariage conclu entre un Mahorais de droit local et une Comorienne. Dans un arrêt du 5 avril 2005, la première chambre civile rend une décision sans équivoque et dont l'attendu mérite d'être reproduit. Il ressort ainsi des énonciations de la Cour que « l'acte de mariage dressé en 1990 faisait foi des énonciations qui y étaient contenues, y compris du divorce de 1995 mentionné en marge ; que dès lors qu'à Mayotte, les Cadis sont demeurés compétents pour les actes de mariage et de divorce ainsi que des jugements supplétifs d'actes de naissance des personnes de statut coranique, qu'il n'est pas contesté que Mme Z...était de droit local et qu'il n'est pas justifié d'un domicile hors de Mayotte à la date du divorce, la décision de la Cour d'appel se trouve légalement justifiée ».

97. Cette solution appelle quelques précisions. Ce qui nous intéresse n'est pas tant le volet de l'affaire portant sur la souscription de la déclaration acquisitive de nationalité française, mais précisément la compétence reconnue au Cadi par la Cour, pour prononcer le divorce des unions conclues entre Mahorais et Comorien. Pour parvenir à cette solution, la première chambre civile adopte un raisonnement d'une simplicité frappante.

Constatant le caractère coranique du statut personnel de l'épouse comorienne, la Cour relève des similitudes avec le droit local mahorais. Et cette ressemblance de *corpus juris* suffit selon elle à justifier la compétence cadiale. Pourtant, si l'on se réfère au texte fondant la compétence du Cadi, il apparaît clairement que celle-ci se limite aux seuls rapports mettant en cause le droit local, et nécessairement des personnes en relevant. Ce qui n'est pas le cas de l'épouse comorienne. En effet, comme l'attestent les énonciations de la loi du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores²⁰², les

²⁰² Loi n° 75-1337 du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, *JORF*, 3 janvier 1976 p.131

ressortissants des trois îles indépendantistes, soit qu'ils aient perdu leur nationalité française, soit qu'ils l'aient recouvrée par déclaration récognitive, ne relèvent plus du statut civil de droit local, et sont soumis au droit commun. S'agissant d'une union mixte, le Cadi n'était compétent ni pour célébrer le mariage, ni pour y mettre fin et encore moins pour édicter des actes sur la vie de ce couple.

98. La solution a d'ailleurs fait l'objet de vives critiques de la part de la doctrine qui s'est indignée puisque « ce n'est (...) pas la première fois que l'on peut constater que la résolution des conflits internes de lois est un exercice mal maîtrisé par nos juridictions »²⁰³. Le rapprochement peut d'ailleurs être fait avec la célébration de certaines unions en droit international privé, et précisément les mariages célébrés en la forme diplomatique ou consulaire. Pour leur validité, ces mariages sont soumis à des conditions strictes, notamment la compétence de l'agent diplomatique ou consulaire pour célébrer ces unions. Cette compétence est exclue en présence d'un mariage mixte, puisque le mariage célébré en la forme diplomatique ou consulaire implique que les époux soient de même nationalité. En ce sens, le principe présidant à la compétence des autorités diplomatiques et consulaires trouve à s'appliquer par analogie à la compétence cadiale. La Cour de cassation n'aurait donc pas dû adopter une telle solution.

2) Un exemple des difficultés liées à la répartition matérielle des compétences : la contestation de nature successorale portant sur un immeuble immatriculé

99. Pour comprendre la source du problème, un bref rappel s'impose. Conformément à l'article 9 de la délibération de 1964, les litiges de nature successorale font intervenir concurremment en premier ressort, et selon le montant du litige, les Tribunaux des Cadis et le Grand Cadi, dont la décision est susceptible d'appel devant le Tribunal supérieur d'appel statuant en la forme ordinaire et non en qualité de chambre d'annulation musulmane. Par ailleurs, et en vertu de l'article 118 du décret du 4 février 1911, toute contestation portant sur un immeuble immatriculé relève de la compétence des juridictions de droit commun. Qu'en est-il de la contestation successorale s'élevant dans le statut personnel et portant sur un

²⁰³ E. RALSER, « Conflits de familles et conflits internes de lois à Mayotte », in *Familles Liber Amicorum F. RINGEL*, PUAM 2007, p. 261-285.

immeuble immatriculé ? C'est à cette question que devait répondre la Cour de cassation le 20 mars 2001.

100. Il s'agissait de deux affaires portant sur un terrain d'une superficie de 4 ha 41a ayant fait l'objet d'une immatriculation en 1956, devenu ensuite bien indivis des héritiers au décès de son propriétaire. Par acte notarié en date du 27 octobre 1995, le Cadi de Dzaoudzi-Labattoir procède au partage du terrain entre quatre des ayants droit du défunt. L'un des héritiers a vendu la parcelle qui lui a été attribuée. Son acquéreur et un autre copartageant ont entendu procéder à l'immatriculation au nom de chacun, de leurs parcelles respectives. Se sont alors manifestés deux individus pour faire opposition à leurs demandes. Le premier prétend être l'héritier du de cujus, tandis que l'autre soutient que sa famille occupe le terrain en cause depuis 1956. Ils font valoir tous deux un jugement du 27 janvier 1998, par lequel le Grand Cadi tout en annulant l'acte de partage, a ordonné un nouveau partage incluant tous les héritiers du défunt, ainsi que la réduction de la vente conclue à concurrence de la part qui reviendra au vendeur une fois intervenu le nouveau partage.

Le tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou a rejeté leurs demandes concluant à l'incompétence de la justice musulmane pour statuer sur la validité d'une vente immobilière portant sur un bien immatriculé. Les requérants forment alors un pourvoi en cassation pour chacune des décisions les concernant. Se référant aux articles 1 et 21 de la délibération du 3 juin 1964 portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, la première chambre civile casse l'arrêt d'appel. La Cour de cassation rappelle ainsi la compétence exclusive de la justice cadiale pour connaître de toutes les contestations de nature successorale en droit local²⁰⁴, dont les bénéficiaires sont malencontreusement désignés « Comoriens musulmans ». Bien que fondée juridiquement, cette solution n'en demeure pas moins critiquable dans sa formulation, et précisément au regard de la désignation des bénéficiaires du statut civil dérogatoire du droit commun, retenue par la Cour.

101. Pour comprendre le raisonnement de la Cour, il faut revenir à la source du litige que fidélise parfaitement la chronologie de la procédure. Sa cause principale réside dans

²⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ. 20 mars 2001, *Seva Houmadi Moussa*, Bull. civ. I, n°78, p. 50 et Cass. 1^{ère} civ. 20 mars 2001 *Miradji M'colo*, Pourvoi n°99-11.249 et 99-13. 251, RJOI n°3, 2002/2003, p. 317-325, note E. CADOU ; J.-R. BINET, « Le croissant et la balance. De quelques spécificités du droit applicable à Mayotte au crépuscule de la justice cadiale », *op. cit.*, p. 787-809.

l'annulation par le Grand Cadi, statuant en premier ressort, de l'acte de partage. L'intervention du premier Cadi ne s'inscrit nullement dans le cadre d'une procédure judiciaire, puisqu'actant le partage du bien indivis, il s'est borné à l'exercice de ses fonctions de notaire. C'est donc l'annulation de l'acte de partage en premier ressort au regard de l'importance du litige, fondement de l'opposition à l'immatriculation faite par les deux requérants qui était principalement attaquée devant le Tribunal supérieur d'appel, non la validité de la vente immobilière d'un bien immatriculé comme cette juridiction l'a cru à tort. La compétence du Grand Cadi, juge en première instance sur une contestation successorale bien que portant sur un bien immatriculé est tout à fait justifiée comme le rappelle la Cour de cassation.

Par ailleurs on peut regretter avec Mme Cadou²⁰⁵ la formulation de l'attendu de principe des arrêts qui énoncent tous deux, la compétence cadiale dans « les litiges successoraux entre Comoriens musulmans », au lieu de « Mahorais n'ayant pas renoncé à leur statut personnel ». La première chambre aurait été plus inspirée de revoir la lettre de la délibération de 1964 pour la mettre en conformité avec la réalité, au regard des véritables bénéficiaires actuels du droit local, c'est-à-dire les citoyens français musulmans originaires de Mayotte.

102. Du reste, on ne peut s'empêcher de faire le rapprochement avec la décision précitée du 5 avril 2005, pour constater que la Cour de cassation attache finalement peu d'importance à la nationalité comorienne du requérant. Or, et en application des principes énoncés par la loi du 31 décembre 1975, les ressortissants comoriens ont perdu leur statut civil de droit local, pour devenir des justiciables soumis aux règles du Code civil, et dont les litiges ne peuvent être tranchés que par les juridictions civiles de droit commun. C'est donc à tort que la Cour de cassation les assimile à des justiciables de droit local, reprenant ainsi à la lettre la délibération de 1964, qui fait bien allusion aux « Comoriens musulmans », occultant ainsi l'esprit qui prévaut depuis l'accession à l'indépendance des Comores, et remédier ainsi à cet oubli législatif.

B) Les difficultés liées à l'articulation du droit musulman et des coutumes locales

103. Dans sa thèse consacrée à la recherche des principes d'une réalisation méthodique

²⁰⁵ E. CADOU, *note sous Civ I^{ère}, 20 mars 2001, RJOI n°3, 2002-2003*

du droit privé, M. Motulsky définit ce processus en ces termes : « réaliser le Droit, c'est (...) rechercher si le fait social à examiner donne lieu ou non à un droit subjectif, s'intègre ou non dans une règle de Droit »²⁰⁶. En d'autres termes, il s'agit de découvrir un droit subjectif contenu dans une règle juridique. À cet égard, il convient de rappeler que la doctrine s'est montrée particulièrement critique à l'endroit de la justice cadiale, lui imputant une connaissance et une maîtrise douteuses du droit musulman, lorsqu'elle ne stigmatise pas la délicate exécution de ses décisions²⁰⁷. Et ce qu'elle a coutume de désigner sous le terme de justice musulmane, apparaît comme une justice « animée par les *moquallids* c'est-à-dire des cadis non formés au droit musulman et qui improvisent dans le tas »²⁰⁸. Autant de griefs en somme, qui cristallisent les limites de la justice cadiale dans la détermination et la sanction de l'inobservation du droit local.

104. Néanmoins, plutôt que revenir sur le fonctionnement lacunaire de la justice cadiale largement dénoncé par les auteurs, nous préférons aborder d'autres aspects également inhérents à la pratique judiciaire, mais occultés par la doctrine, en l'occurrence les conflits internes de lois et le contrôle du respect de la norme musulmane. Consécutivement à la dualité des statuts civils à Mayotte, les questions relatives à la répartition des compétences entre les deux systèmes juridiques et les éventuels conflits internes de lois, au demeurant de type interpersonnel, ont retenu toute l'attention de la doctrine. Les études abordant la question, nombreuses en la matière, n'ont consacré aucune ligne aux éventuels conflits de lois susceptibles de s'élever en droit local, entre le droit musulman et la coutume²⁰⁹. Toutefois, tout en reconnaissant le caractère problématique de la dualité des sources substantielles du droit local, M. Sermet n'a pas estimé nécessaire que d'approfondir l'étude, convaincu de son

²⁰⁶ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodiques du droit privé- Théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002, p.45. L'auteur définit la réalisation du droit comme « la tentative de penser un cas particulier comme contenu dans une règle de Droit, et la constatation du résultat, positif ou négatif, de la recherche ».

²⁰⁷ L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane à Mayotte », *op. cit.*, p. 443.

²⁰⁸ D. ABDU, *Le droit comorien, entre tradition et modernité*, Édition du Baobab 2006, p. 16

²⁰⁹ Voir notamment E. CADOU, « Le statut de l'enfant mahorais », *op. cit.*, pp. 291-343 ; E. RALSER, *Conflits de familles et conflits internes de lois à Mayotte*, *op. cit.* ; V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.* ; E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : un fantôme de statut personnel coutumier », *op. cit.* ; V. PARISOT, « Le pluralisme juridique au sein de la République française. Invitation au voyage dans les outre-mer », *op. cit.*

intérêt purement théorique²¹⁰. C'est à cette carence que nous entendons remédier.

1) Les éventuels conflits internes de lois

105. La coexistence de deux ordres juridiques personnels à Mayotte soulève des interrogations sur la norme à appliquer dans les rapports juridiques se nouant entre personnes relevant de statuts différents, c'est-à-dire dans les rapports mixtes. S'agissant de conflits s'élevant entre des systèmes personnels au sein du même ordre juridique, il est communément admis de les désigner sous les termes de « conflits interpersonnels ». Cette désignation se justifie d'autant plus que « chaque système a pour ressort, non pas un espace délimité, mais un groupe de personnes déterminé ayant la même nationalité et établies dans un même pays »²¹¹. Les parties étant de même nationalité, les lois en question relevant du même ressort territorial, il ne peut être fait application des techniques propres au droit international privé pour les résoudre. Il est de solution ancienne qu'en pareille circonstance, primauté est donnée au statut civil de droit commun.

À côté de ces conflits interpersonnels de lois subsistent des contrariétés au sein même du droit local. Se trouve ainsi posée la question de la répartition des domaines d'application entre le droit musulman et la coutume. Quelle posture doit adopter le Cadi en présence de deux prétentions en évidente contradiction, dont l'une se fonde sur le droit musulman et l'autre sur une pratique coutumière ? Cette étude n'est nullement dénuée d'intérêt. Le droit local repose sur deux principes antinomiques, le patriarcat et le matriarcat. L'un donne primauté à l'homme, tandis que le second privilégie la femme. Aucune précision n'est donnée quant aux conditions des règles qui résultent²¹². En référence à la coutume, le droit local n'opère pas de renvoi à son application particulière, laissant supposer l'hypothèse d'une simple coutume *secundum legem*. Se trouve ainsi posée en droit local, la question de la délimitation des domaines assignés respectivement au droit musulman et à la coutume.

²¹⁰ L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane à Mayotte », *op. cit.*, p. 444

²¹¹ E. RALSER, « Conflits de familles et conflits internes de lois à Mayotte », *op. cit.*, p. 270.

²¹² En maintenant les particularismes locaux dans leur aspect substantiel, l'administration française n'a pu se douter qu'elle vient d'instaurer un système recelant des antinomies et donc des conflits de lois. Il lui a donc été impossible de prévoir des règles générales de résolutions de conflits naissant de l'application concurrente de deux sources normatives dans une situation donnée. Lorsque le cas se pose, la solution ne peut venir dans ces circonstances que des cadis.

106. Domaine de prédilection du droit international privé, les conflits de lois peuvent également se rencontrer en droit interne. Il y a conflit de lois toutes les fois où « une situation entre, à raison de la matière ou des personnes, dans le domaine matériel de deux règles simultanément en vigueur à l'intérieur d'un système donné »²¹³. On retrouve en droit local des exemples cadrant parfaitement avec cette définition. Notre démarche se limitera à l'analyse de quelques aspects coutumiers, et à la manière dont elle s'insère dans l'ordonnement juridique local, à côté de la norme religieuse dont la principale caractéristique est l'exclusivisme. Les exemples retenus portent sur le mariage et les successions.

107. Concernant le mariage, tout d'abord, il convient de rappeler qu'il reste essentiellement régi tant sur le fond que sur la forme par le droit musulman, à l'exception de la règle relative à la fixation de la résidence des époux. Si la tradition musulmane invite le couple fraîchement marié à élire domicile dans la résidence du mari, force est de constater que la règle coutumière prescrit l'inverse. La coutume mahoraise dite *matri-uxorilocale* veut que les époux s'installent chez l'épouse. Le mari peut-il contraindre par voie judiciaire son épouse qui s'y oppose au respect de la règle musulmane ?

Autre difficulté, la maison mise à la disposition de l'épouse lors de son mariage par ses parents conformément à la coutume. Cette pratique très observée dans l'île contrevient outrageusement au droit musulman, et doublement d'ailleurs. Elle contrarie aussi bien le régime des donations islamiques que la dévolution successorale. En effet, à Mayotte, « la plupart des transmissions de biens se font entre vifs »²¹⁴, et précisément au profit de la femme, en application du principe de la matrilinearité. Il en est ainsi de la maison que le père met à la disposition de la fille, qui devient son bien propre comme le veut la tradition.

108. De prime abord la règle coutumière peut être rapprochée de la donation musulmane. Sitôt affirmé, le principe se trouve fragilisé. En effet, si le droit musulman autorise tout fidèle à se dépouiller de l'intégralité de ses biens au profit d'un tiers, c'est à la condition notamment que le bénéficiaire ne soit pas l'un des héritiers. Or le patrimoine familial mahorais est demeuré longtemps constitué essentiellement par des biens fonciers. La difficulté vient de ce que le transfert se fait par transmission matrilineaire, et s'opère donc

²¹³ V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, op. cit., p. 142.

²¹⁴ S. BLANCHY, Y. MOATTY, op. cit., p. 126.

nécessairement au profit des femmes d'une fratrie, lesquelles sont des héritières potentielles. La contradiction avec la donation musulmane est éminente, comme elle est évidente à l'égard des règles successorales dominées par le privilège de masculinité.

En application de ce principe, l'homme recueille le double de la part dévolue à la femme. Aussi, les règles relatives à la dévolution successorale islamique sont-elles réputées d'ordre public²¹⁵. Dès lors, elles demeurent insusceptibles de toute modification. La coutume matrilinéaire permettant à la femme mahoraise de recueillir l'essentiel du patrimoine, ici des biens fonciers, viole nécessairement ces prescriptions. Les frères se trouvent ainsi lésés dans leurs droits. Ils sont également recevables à agir pour faire annuler l'acte de donation résultant de la pratique coutumière et gratifiant exclusivement leur cohéritière.

109. L'existence de ces contrariétés peut paraître gênante. Cette situation a été qualifiée d'« anormale dans un système où le principe de non-contradiction est essentiel et où la cohérence logique est une exigence fondamentale »²¹⁶. Il suit de là que tout système juridique constitue un cadre cohérent et harmonieux, et donc exclusif de toute contradiction. C'est le propre de l'activité judiciaire que d'œuvrer pour la recherche constante de solutions concordantes²¹⁷, objectif éminent en tant que constitutif d'un « besoin social »²¹⁸. La nécessité d'une jurisprudence uniforme implique pour le juge qu'il dissipe constamment les contradictions soulevées, en recourant notamment à des techniques d'interprétation.

Ces considérations servent d'ailleurs de postulat à la position de certains auteurs, qui invitent à faire une distinction au sein des conflits internes de lois, entre les « vrais » et les « faux ». Pour Mme. Parisot par exemple, la constatation de l'antinomie entre deux normes dans une situation juridique donnée ne suffit pas en soi à justifier la qualification de conflit

²¹⁵ L. MILLIOT, F.P. BLANC, Introduction à l'étude du droit musulman, *Dalloz* 2001, p. 481. Ces auteurs précisent ainsi que « ceux qui sont appelés par la loi à une succession ont donc une certaine part à cette succession ». En d'autres termes, le droit musulman ne tolère ni l'exhérédation, ni la mise à l'écart direct de ceux que la loi appelle à la succession, c'est-à-dire changer l'ordre successoral.

²¹⁶ P. FORIERS, « Les antinomies en droit » in *Les antinomies en droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN, Travaux du centre de recherches de logiques, 1965, p. 22.

²¹⁷ CH. HUBERLANT, « Antinomies et recours aux principes généraux », *Dialectica* vol. 18, n°1/4, p. 206-236. L'auteur soutient en effet « qu'il y a (...) entre les règles d'un même système de droit non seulement une cohérence excluant la contradiction, mais aussi une harmonie qui découle de l'esprit général qui anime le système et se manifeste par la concordance des solutions choisies », p. 212 (Ce n'est pas nous qui soulignons).

²¹⁸ N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », *Dialectica* vol. 18, n°1/4, p. 240

interne de lois. Encore faut-il que l'applicabilité des normes en concours laisse la possibilité d'« une réelle faculté de choix »²¹⁹. Plus précisément, le vrai conflit de lois suppose une contrariété normative assortie d'option à la disposition du justiciable. Ainsi donc, toutes les fois où le recours aux techniques d'interprétation conclut à l'application de l'une des deux normes en concours, nous sommes en présence d'un « faux » conflit de lois. Nous n'allons cependant pas nous engouffrer dans ce débat doctrinal, préférant centrer nos efforts sur le mode de résolution des antinomies apparaissant en droit local.

110. Il n'est pas établi en droit local une séparation étroite isolant les normes applicables. Il s'ensuit un chevauchement des normes, lequel est porteur d'insécurité juridique, voire de tension, puisque « deux lois différentes ne sauraient régir le même acte ou le même fait »²²⁰. La diversité des sources rend malaisé le travail d'interprétation des normes qui incombe aux Cadis. Des incidences sont à relever. On remarque ainsi que du point de vue des droits subjectifs, les règles sont d'essence différente, rendant incertaine la connaissance par les justiciables de la substance de leurs droits. Se trouve ainsi sacrifié un élément essentiel de la justice, la prévisibilité des solutions. Au regard des droits objectifs, le système judiciaire se trouve ébranlé. Il en résulte une délicate sanction de l'inobservation des règles, favorisant le risque d'arbitraire des juridictions traditionnelles. Il incombe dès lors au juge de déterminer le domaine d'application des normes en concours pour prévenir ces incidences.

111. S'agissant de conflits s'élevant dans le même système juridique, leur résolution empruntera nécessairement les méthodes propres au droit interne. Plus précisément lorsque « les deux règles sont de même nature (deux lois, par exemple), on aura recours (...) aux différentes maximes d'interprétation et aux solutions apportées en matière de conflits de lois dans le temps, tandis que si elles sont de nature différente (une loi, un traité international, un décret), on aura recours au principe de la hiérarchie des normes »²²¹. Dans notre cas, c'est cette seconde méthode qu'il faudra privilégier, en ce que la coutume et le droit musulman formalisé dans le *Minhadj* ne sont pas de même nature. Alors que la première source est de nature orale, l'autre est écrite.

²¹⁹ V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, op. cit, p. 289.

²²⁰ G. RIPERT, *Les forces créatrices du Droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955, p. 321

²²¹ E. RALSER, « Une manifestation du pluralisme juridique : le droit international privé », in L. SERMET, J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République : Actes du colloque de Mamoudzou*, Montchrestien, 2004, p. 571

En application de la méthode consistant à recourir au principe de la hiérarchie des normes, le Doyen Paul Roubier estime que « la sécurité des règles formelles devait être considérée comme ayant une valeur plus grande que l'élasticité du droit libre, bien que les qualités de souplesse et d'adaptation de ce dernier aient été souvent invoquées en sa faveur »²²². Le droit français privilégie en effet la norme écrite ne faisant de la coutume qu'une norme subsidiaire, puisqu'il ne lui reconnaît qu'une application résiduelle. Ce principe trouve à s'appliquer en droit local, partie intégrante du droit français. Ce raisonnement aboutit à l'admission de la préséance du droit musulman, en sa qualité de source écrite du statut personnel mahorais. Ainsi, confronté à deux prétentions contradictoires, le Cadi doit appliquer le *Minhadj* au détriment de la norme coutumière qui le contrarie.

Bien que fondé, cet argument se trouve fragilisé par les caractéristiques mêmes de la coutume. Celle-ci apparaît tout à la fois comme une règle « forgée instinctivement par ceux-là mêmes qui doivent la subir », s'inscrivant « en adéquation aux besoins des intéressés puisque c'est du droit fait par eux-mêmes », et constituant enfin et surtout « la mémoire d'un peuple »²²³. Elle constitue surtout « le droit originaire » que l'Islam n'a pas su supplanter ou avec lequel il s'est accommodé. Comment dès lors écarter une norme qui trouve toute sa légitimité et toute sa force dans la mémoire collective de tout un peuple qui la perpétue à travers la pratique ? La justice cadiale a eu résolument fort à faire face à cet écueil.

112. La question de la hiérarchie entre le droit musulman et les coutumes locales n'a jamais été tranchée, puisqu'elle ne s'est jamais posée en pratique. Il est difficile de trouver des solutions jurisprudentielles, à Mayotte en tout cas, portant résolution de conflits internormatifs. Cependant, la carence de documents en attestant n'exclut pas l'exploration d'autres pistes. La souplesse des règles procédurales et les pratiques sociales offrent en ce sens, d'utiles précisions. Le droit local prescrit au Cadi de tenter la conciliation entre les parties, avant de procéder à l'instruction du litige dans la perspective de sa résolution par la voie contentieuse. L'impérativité de la conciliation telle qu'énoncée à l'article 8 du décret de 1939 traduit la volonté du législateur colonial de poursuivre une justice de paix. Cet objectif apparaît d'ailleurs en parfaite conformité avec l'organisation sociale mahoraise davantage tournée vers la recherche de l'apaisement des tensions au sein de la famille ou du groupe, loin des préoccupations tendant à faire triompher la reconnaissance d'un droit subjectif, comme

²²² P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 324

²²³ J. LARRIEU, in J-P MARTRES, J. LARRIEU, *Coutumes et en droit en Guyane*, Economica, 1994, p. 37

cela arrive devant le juge civil.

La nécessité d'instaurer la paix sociale illustrée par l'inéluctable phase de conciliation dont l'échec seul justifie la résolution du litige sur le plan judiciaire a pu contribuer à la généralisation de cette pratique. Non pas que toutes les contestations nées en droit local se sont éteintes après conciliation, mais que l'intervention cadiale par la voie contentieuse a dû se limiter *a fortiori* aux causes nécessairement de nature pécuniaire, et aux affaires relatives à la transmission des biens, et donc sur la fixation de la pension alimentaire et les litiges successoraux.

113. Au demeurant, l'étude des conflits de lois en droit local ne revêt qu'un intérêt purement théorique. Cette perte d'intérêt est d'ailleurs confirmée par les pratiques sociales, preuve de la cohabitation harmonieuse du droit musulman et de la coutume. Un auteur rapporte à ce propos que l'absence de tension entre ces deux sources du droit local s'explique notamment par « la caractéristique importante de cette société consensuelle où l'on cherche avant tout à éviter les conflits »²²⁴. Reprenant les hypothèses constitutives d'antinomies précédemment examinées, nous pouvons aisément vérifier le propos.

Concernant la fixation de la résidence du couple marié chez la femme, l'ancrage de cette pratique à Mayotte laisse peu de place à toute contestation au profit du droit musulman. Ce raisonnement vaut également pour le mode coutumier de transmission des biens consistant pour le père à construire une maison pour la future mariée et devenant sa propriété. Le caractère matrilineaire contrarie le régime des donations musulmanes ainsi que la dévolution successorale. Difficile dans ces conditions, de voir le frère en sa qualité d'héritier faire annuler une donation le lésant dans ses droits, en ce qu'elle est consentie exclusivement au profit d'une héritière, en l'occurrence sa sœur à marier. Pareil agissement est de nature à semer le trouble au sein de la famille. La donation bien que nulle en droit musulman demeure inattaquable, car très sérieusement soutenue par la pratique.

114. L'antagonisme entre le droit musulman et la coutume reste donc purement formel. Il s'évapore dans les pratiques sociales avant même de pénétrer le prétoire cadial²²⁵. Subsiste

²²⁴ C. BARTHES, *op. cit.*, p. 89

²²⁵ Le propos se trouve atténué, si l'on tient compte d'une exception comorienne à l'époque même où Mayotte faisait partie intégrante du TOM des Comores. Le litige portait précisément sur une institution originale et propre à la Grande-Comores le *Magnahouli* (voir notamment, P. GUY, « Une coutume des Comores, le

en effet le risque de provoquer de vives tensions au sein de la famille. La donation consentie par le père à la fille à marier bien que frappée de nullité en ce que la bénéficiaire est une héritière, sera néanmoins maintenue. L'antagonisme apparaissant dans les hypothèses illustratives est tranché par les pratiques sociales, et non par voie judiciaire. Cet arbitrage se réalise au profit de la coutume. La hiérarchie des normes telle qu'elle ressort du droit local, s'éloigne résolument de la conception française. Le droit musulman pourtant formalisé dans le *Minhadj* et présentant l'avantage de la précision, cède devant le droit coutumier local frappé du sceau de l'oralité.

Le triomphe des règles coutumières en cas d'application concurrente avec le droit musulman interpelle par ailleurs sur la supériorité supposée du droit musulman en droit local. On peut pousser l'interrogation plus loin et se demander si en l'occurrence, cette législation est réellement respectée à Mayotte, en dehors des aspects liturgiques que sont l'observation de la prière quotidienne et le jeûne du ramadan.

2) La réalité de la pratique du droit musulman à Mayotte

115. La doctrine reconnaît de manière unanime l'ancrage de l'Islam dans la société mahoraise que l'on présente encore comme majoritairement musulmane. Partant, le droit musulman est réputé source principale, la coutume ayant vocation à le tempérer. Les auteurs sont également unanimes pour admettre que « la coutume a pour effet de nuancer la portée

“Magnahoulé” », *Penant* 1946, p3-8 ; J. MAS, « La loi des femmes et la loi de Dieu », *Annuaire des Pays de l'Océan indien*, Vol VI, 1979, p102-126 et L. SERMET, « Loi et coutumes en Grande-Comores », in *Mélanges offerts à Claude Wanquet*, p. 347-358). Il s'agit d'une « immobilisation foncière, composée d'un ou plusieurs immeubles constituant une *propriété collective* dont les membres sont exclusivement des femmes, celles précisément issues d'une même lignée, c'est-à-dire les descendantes et collatérales de la femme qui a reçu la propriété de son vivant. Ces femmes constituent les seules héritières conformément à la coutume, la dévolution s'opérant dans l'ordre mère, fille, grand-mère, sœur, tante et cousine » (A. ALI, « De quelques aspects du droit patrimonial de la famille aux Comores » in J.-P. AGRESTI, E. PUTMAN, C. SIFFREIN-BLANC (dir.), *Le droit patrimonial : Miroir des mutations familiales*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M. - Inter-normes, 2012, p. 127). Cette dévolution successorale des femmes par les femmes heurte fâcheusement la dévolution successorale islamique fondée sur le privilège de masculinité, cause de son rejet systématique par les cadis jusqu'en 1964, année d'intervention du pouvoir règlementaire local pour rappeler l'applicabilité de principe de la coutume en droit local. Le Grand Cadi en prendra la mesure dans sa décision du 28 mars 1974 (J. MAS, « La loi des femmes et la loi de Dieu », *Annuaire des Pays de l'Océan indien*, Vol VI, 1979, p. 102-126).

inégalitaire de la règle de droit musulman »²²⁶. Inspiré de l'ordre juridique théorique postulant la dualité des sources formelles du droit local, ce raisonnement est mis en branle par la réalité des pratiques. D'où il découle que dans les faits, le droit local est un système unifié de type coutumier empruntant au droit musulman certaines de ses institutions modifiées, et donc altérées.

Il ne s'agit nullement pour nous de discuter de l'ancrage de l'Islam à Mayotte, mais seulement de démontrer que le respect strict des règles islamiques se limite essentiellement à l'aspect liturgique, l'accomplissement quotidien de la prière, ou encore le jeûne du ramadan ; la soumission aux institutions juridiques restant quant à elle problématique²²⁷. Certaines prescriptions islamiques n'ont qu'une existence formelle dans le statut civil de droit local. Et lorsqu'elles sont mises en œuvre, elles le sont souvent sous une forme acculturée.

116. Il convient tout d'abord de rappeler que, amenée à trancher des conflits s'élevant entre une règle de droit local et une disposition du Code civil, notamment lorsque le droit commun est invoqué au détriment du droit local par une personne n'ayant pas renoncé à son statut personnel, la Cour de cassation veille fermement au respect du droit musulman. Il en est ainsi de la décision rendue le 25 février 1997²²⁸ et une autre datant du 23 mai 2006²²⁹. Dans cette affaire, brièvement, un homme avait refusé de prêter un serment décisive devant le Grand Cadi à propos de sa paternité. Se fondant sur le refus du requérant, le magistrat musulman conclut que celui-ci est bien le père de l'enfant, établissant ainsi filiation paternelle à son égard. La solution sera validée par la Cour de cassation, s'agissant d'une pratique admise en droit musulman, l'une des sources du droit local.

Au nombre des prescriptions restées purement contemplatives, la dévolution successorale musulmane et le principe de primauté de masculinité supplanté par la pratique coutumière. On relève en effet que « l'état des mœurs à Mayotte semble reconnaître aux filles les mêmes droits héréditaires que leurs frères, ce qui tend à la disparition du principe

²²⁶ L. SERMET, « Regard sur la justice musulmane à Mayotte », *op. cit.*, spéc. p. 187

²²⁷ Il est vrai que l'Islam ne distingue pas le droit de la religion. Si bien qu'une séparation entre le comportement social et la norme théorico-juridique est insignifiante, pour le fidèle de cette religion. Le droit local ne tient compte que de l'aspect théorico-religieux de l'Islam, mais strictement dans les matières qui en relèvent.

²²⁸ Cass. civ. 1^{er}, 25 février 1997 Consorts Abdallah c/ Ynoussa, Ahmed, Attoumani et Amina Abdallah (les consorts Ynoussa Abdallah, *op. cit.*

²²⁹ Cass. 1^{er} civ., 23 mai 2006, note P. Deumier, *RTD civ.* 2006, p. 516

traditionnel de la demi-part des filles dans les jugements des cadis »²³⁰. La spécificité en matière de transmission des biens, que ce soit entre vifs (mise à la disposition de la future épouse d'une maison) ou pour cause de mort (la maison familiale revenant à l'ainée), est dans les faits fondamentalement matrilineaire. Elle se réalise donc au détriment de l'homme. En matière matrimoniale, la fonction de *Wali*, institution musulmane permettant de représenter la fille au moment de sa conclusion, est reconnue en priorité au père, et à défaut sa lignée. Dans les faits, elle est tantôt assumée par les oncles utérins ou bien par une personne par eux désignée, conformément à la conception matrilineaire de la société²³¹. On peut d'ailleurs douter de la validité des telles unions, dont la conclusion est peu respectueuse des textes islamiques. En ce qui concerne le sort des biens pendant le mariage, le droit musulman prescrit la stricte séparation des biens, rendant chaque époux propriétaire de ses biens. Force est de constater que le principe d'une communauté des biens existe bien en droit local, et trouve sa source dans une coutume d'inspiration malgache, et a vocation à s'appliquer précisément aux biens constitutifs « de l'habitation des époux »²³².

117. Le droit musulman semble être modifié dans son application en ce qui concerne la polygamie et la répudiation. La polygamie apparaît dans les données scripturaires de la sourate 4 dite *Les Femmes*, et précisément aux versets 3 et 129. Si le premier verset se montre permissif envers la pratique qu'il limite à quatre épouses, il met néanmoins en garde le fidèle contre toute forme d'injustice²³³. La nécessité d'être juste pour postuler au statut de polygame est clairement formulée par l'autre verset lorsqu'il dit : « *vous ne pouvez jamais être juste envers vos femmes, même si vous le désirez ardemment* ». Forts de ces considérations, l'on peut conclure que la pratique de la polygamie devrait être rare. En ce sens, elle ne constitue pas la règle, mais plutôt l'exception. Ce caractère exceptionnel atteste de la rigueur des conditions qui la fondent.

Le Coran exige des époux polygames qu'ils fassent montre de justice. L'interprétation de la notion de justice se révèle ici problématique. Faut-il l'entendre du point de vue

²³⁰ F. BONNELLE, *op. cit.*, p. 74

²³¹ S. MANCUSO, *op. cit.*

²³² L. SERMET, « Regard sur la justice musulmane à Mayotte », *op. cit.*, p. 199

²³³ Coran S. 4, V. 3 : « *Si vous craignez d'être injustes pour les orphelins, épousez des femmes qui vous plaisent. Ayez-en deux, trois ou quatre, mais si vous craignez d'être injustes, une seule ou bien des esclaves de peur d'être injustes.* »

sentimental, ou au contraire, du point de vue de la situation économique de l'époux polygame ? On peut très sérieusement douter que les prescriptions scripturaires visent une conception de la justice basée sur les sentiments. Une telle approche fortement teintée de psychologie, rend vain tout contrôle objectif. Dès lors, il serait *a fortiori* plus opportun d'appréhender la justice à la lumière de la situation financière de l'époux candidat à la polygamie, et précisément son aptitude à subvenir équitablement au besoin de chaque épouse. Cette solution s'explique notamment par l'obligation d'entretien de la famille qui incombe exclusivement au mari. La justice à laquelle invitent les données scripturaires fait implicitement allusion à la situation économique du postulant à la polygamie. En d'autres termes, si sa situation financière ne lui permet pas, le musulman ne peut prendre plus d'une épouse, ou deux, voire davantage. Cette acception de la justice est d'ailleurs celle soutenue par la doctrine²³⁴.

118. Si la polygamie reste liée à la situation financière du fidèle, qu'en est-il du contrôle objectif de cette situation ? Aucune précision ne filtre du Coran ni des spécialistes en droit musulman. On peut remarquer à juste titre que dans certains pays musulmans, cette institution fait l'objet d'une réglementation rigoureuse²³⁵, ce qui permet d'une certaine façon de la contrôler. Il eut été intéressant de reconnaître ce pouvoir aux Cadis, et garantir le strict respect des conditions nécessaires à la conclusion d'une union polygamique. La doctrine révèle la carence cadiale dans la sanction de l'inobservation des prescriptions islamiques, tant en ce qui concerne la polygamie, la répudiation que la responsabilité du père envers les enfants, notamment en cas de séparation²³⁶, qui vise précisément l'exercice de l'autorité parentale.

La répudiation est une prérogative exclusivement maritale et discrétionnaire lui permettant de mettre fin de manière unilatérale au mariage. Dénuée de tout contrôle, elle recèle donc une part d'arbitraire. Sa mise en œuvre ne la met pas à l'abri de certaines dérives, et ne manque pas de soulever des questions de preuve. En ce sens, le Cadi a eu la charge de rapporter en marge de l'état civil des intéressés la rupture du lien matrimonial, et donc de

²³⁴ O. GUILLAUMONT, « De quelques remarques au sujet de l'article 75 de la Constitution et des règles religieuses et coutumières existant en matière de mariage à Mayotte », *Annuaire Droit et Religions*, Vol. 2, 2006-2007, p. 131-144, précisément p. 136

²³⁵ Une loi turque du 30 avril 1917 consacrait déjà le principe monogamique, déclarant nul de plein droit l'un des mariages contractés par l'époux.

²³⁶ F. BONNELLE (dir.), *op. cit.*, p. 73

procéder à l'enregistrement des répudiations. Le contrôle de la mise en œuvre de la répudiation échappe à la vigilance cadiale, et précisément les conditions de forme posées par la loi islamique, ainsi que les effets qu'elle lui attache. On distingue la répudiation révocable de la répudiation irrévocable²³⁷. Seule cette dernière nous intéresse, car elle met fin définitivement au mariage.

119. Pour emporter rupture définitive du lien matrimonial, la répudiation doit être prononcée trois fois sans révocation par le mari. Si les épouses désirent se remarier, il faut qu'il soit intervenu un mariage intermédiaire, lui-même dissous ; ce qui suppose un mariage dénué de toute complaisance²³⁸. Le droit musulman reconnaît à la femme répudiée certaines garanties pécuniaires, ou plus précisément le don de consolation ou *Mout'a*, dont l'acquittement par le mari peut intervenir sous la forme d'une pension²³⁹. Force est de reconnaître que ces prescriptions ne sont que modérément respectées à Mayotte, où l'épouse irrévocablement répudiée reprend parfois la communauté de vie avec son ex-mari, au mépris des prescriptions islamiques. Quant au don de consolation, le mari ne s'en acquitte pas nécessairement, laissant la femme sans ressource, l'obligeant ainsi à s'en remettre à sa famille.

Intervenant exclusivement pour enregistrer la répudiation, le Cadi ne peut pas statuer sur ses conséquences, ce qui laisse tout entière la question du respect des droits de la femme. D'ailleurs, face à certaines dérives relevées dans la pratique de la répudiation, certains pays musulmans ont adopté des mesures pour l'encadrer. Le juge peut ainsi intervenir pour en apprécier les motifs, mais également pour fixer l'indemnité consécutive à la répudiation²⁴⁰. D'autres pays n'ont pas hésité à restreindre sa pratique, allant jusqu'à reconnaître à la femme un véritable droit au divorce²⁴¹. Il aurait été opportun d'adopter de telles mesures à Mayotte,

²³⁷ Pour une approche détaillée de cette distinction, voir notamment I. FADLALLAH, *op. cit.*

²³⁸ La complaisance peut résulter de la concertation entre deux personnes pour que l'une d'elle épouse son ancienne femme pour la répudier immédiatement et permettre ainsi à l'autre de la récupérer pour être en conformité avec les prescriptions islamiques.

²³⁹ I. FADLALLAH, « Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ? », *RCDIP*, 1981, p. 17-29

²⁴⁰ P. GANNAGE, *op. cit.*, p. 438.

²⁴¹ La répudiation a littéralement été abolie en Tunisie. Le décret-loi égyptien de 1939 en a seulement restreint la pratique, et reconnaissant à la femme le droit de divorcer. Plus récemment, les législations algérienne (Ordonnance n°05-02 du 27 février 2005 a introduit certaines dispositions en ce sens dans le Code de la famille

pour encadrer cette institution, et humaniser sa pratique. En outre, dans ses effets en tant que mode de dissolution du mariage, la répudiation interroge plus largement sur le sort des enfants, ainsi que l'exercice de l'autorité parentale.

120. L'article 371-1 du Code civil tel qu'issu de la loi du 4 mars 2002²⁴² dispose que « l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ». Dans sa mise en œuvre, elle fait intervenir les deux parents jusqu'à la majorité de l'enfant. Il en est tout autrement en droit musulman où « l'autorité parentale est exclusivement l'autorité paternelle, le centre de la famille musulmane étant la lignée paternelle ou agnatique »²⁴³. L'assimilation de l'autorité parentale à l'autorité paternelle serait donc inhérente à la conception patriarcale de la famille musulmane et trouve son fondement dans les droits et obligations incombant au père. Celui-ci dispose d'un droit de tutelle ou *wilâya*, lui permettant de gérer seul les biens de l'enfant, tout en étant tenu de l'obligation d'entretien et d'éducation de sa progéniture. La mère musulmane n'a que la responsabilité de la garde et de la surveillance des enfants en bas âge ou *hadanah*²⁴⁴.

L'exercice de l'autorité parentale reconnue exclusivement au père ne cesse pas en cas de séparation. Cette apparente clarté du droit musulman marquée par une division des rôles dévolus aux parents sur la personne de leur enfant, est fortement contrariée à Mayotte, où l'enfant se voit entouré de figures paternelles et maternelles, en somme toute la famille, jusqu'à sa majorité, sans oublier l'influence du maître d'école coranique qui participe activement à son éducation. La situation devient difficile en cas de séparation des parents. La mère se retrouve à élever seul son enfant, sans possibilité pour elle de contraindre le père au respect de ses obligations²⁴⁵. Que la mère ait la garde et la surveillance de l'enfant, reste tout à fait conforme à la tradition musulmane. Dans une décision rendue le 29 décembre 1989, le Cadi de Dombéni a même précisé que c'est une obligation lui incombant jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de 7 ans. Le non-respect de cette prescription expose la mère à des

algérien) et marocaine (art. 71 du Code de la famille-La *Moudawana*) ont supprimé la répudiation pour n'admettre que des modes de rupture du lien matrimonial inspirés des règles françaises.

²⁴² Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JO* 5 mars 2002 p. 4161

²⁴³ A. MOURKAZEL-HECHAIM, « Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban », *Droit et Culture*, 59 2010/1, p. 149

²⁴⁴ D. C. FELLER, *La garde (Hadanah) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, p. 47

²⁴⁵ E. CADOU, *op. cit.*, *spéc.* p. 334.

sanctions, notamment à une peine d'emprisonnement lorsqu'elle persiste dans ses agissements²⁴⁶. Pourquoi aucune mesure similaire n'est pas prévue à l'encontre du père qui ne se conforme pas à l'obligation d'entretien de l'enfant ?

121. Le degré d'adhésion des réalités sociologiques au droit musulman semble relatif. Si la législation islamique est suivie à Mayotte, c'est souvent sous une forme acculturée ; ce qui en réduit singulièrement la portée pratique. En dépit d'une contrariété évidente entre les principes qui fondent les deux sources substantielles de droit local, la justice cadiale n'a jamais été confrontée à la nécessité de choisir entre le droit musulman et la coutume. La suprématie souvent imputée à la loi islamique par la doctrine mérite ainsi d'être nuancée, car difficilement vérifiable dans les faits. C'est d'ailleurs le constat dressé par M. Hory, qui reconnaît que le statut civil de droit local s'apparente à une « longue cohabitation entre deux systèmes juridiques, l'un musulman et l'autre coutumier avec « une clientèle » beaucoup plus importante pour la coutume que pour le droit coranique »²⁴⁷.

Par ailleurs, la perpétuation des pratiques coutumières a permis de contourner les principes du droit musulman sans pour autant que l'on puisse y voir un quelconque comportement hérétique. Si le droit local a présenté des limites au regard de son application, les choses se complexifient avec l'évolution de la société mahoraise.

Section 2 : L'inadéquation du droit local avec les évolutions sociales

122. Le statut civil de droit local dans ses différents aspects constitue un élément de l'identité mahoraise²⁴⁸. L'esprit ayant présidé à son élaboration procède d'une impossibilité d'étendre aux autochtones, à l'époque coloniale, les dispositions du Code civil régissant les rapports familiaux. Aussi, ce système juridique apparaît-il comme une réponse à l'ordre juridique local de l'époque caractérisé par l'absence de sécurité dans les rapports juridiques. Il semblerait que les conditions sociales ayant inspiré la mise en place du statut personnel mahorais aient depuis évolué.

²⁴⁶ Cette décision a été citée par L. SERMET, « Regard sur la justice musulmane à Mayotte », *op. cit.*, spé. p. 190, (note 14). Le Cadi s'était fondé sur une énonciation du Fath-ul-Qarib, l'un des commentaires du Minhadj.

²⁴⁷ J.-F. HORY, « Statuts personnels et conflits de lois ou conflits de droits à Mayotte », in *Mayotte à la croisée des chemins*, p. 43-47

²⁴⁸ S. BLANCHY, *op. cit.*

En effet, depuis 1976, et bien que majoritairement soumises au statut civil particulier, la société mahoraise est en constante et profonde mutation. Les changements affectant le milieu social rendent incertains les rapports privés, provoquant un décalage entre l'ordre juridique formel et l'ordre juridique réel.

Ce sont ces comportements nouveaux et leurs conséquences sur le statut personnel mahorais que nous nous proposons d'examiner (§1). Leur prise en compte paraît néanmoins difficilement envisageable compte tenu de la rigidité de la réglementation du droit local (§2).

§1/ L'évolution du milieu social mahorais

123. M. Kouassigan a écrit que « même une société « en tête à tête » avec soi comporte ses propres facteurs d'évolution. C'est le principe de la causalité interne de la transformation des sociétés et de leurs institutions »²⁴⁹. Les causes primaires à l'origine d'une évolution législative sont donc à rechercher dans le milieu social. À cet égard, il convient de rappeler que la société mahoraise connaît une profonde mutation dont la teneur influe considérablement sur le droit applicable. Au-delà donc des difficultés relatives à l'application du droit local, qu'il s'agisse de la défectuosité de l'identification des personnes et des terres, ou des problèmes inhérents à la pratique judiciaire, c'est surtout le milieu social qui a subi de sérieuses transformations.

Les bouleversements affectant l'ordre social s'expliqueraient par l'émergence de comportements nouveaux (A). Aussi, et progressivement les Mahorais ont-ils commencé à émigrer vers la métropole et la Réunion, sans jamais renoncer à leur statut personnel ; ce qui n'est pas sans difficulté (B).

A) L'émergence de comportements nouveaux

124. Comme l'a relevé Mme Saada, « les interactions économiques et affectives impliquent également des communications et des emprunts entre systèmes juridiques, même s'il est certain que les échanges se font davantage du droit français vers les coutumes que l'inverse »²⁵⁰. Le contact de la société mahoraise avec le monde occidental depuis la colonisation de l'île a nécessairement contribué à son évolution, influençant le mode de vie. Les facteurs sont nombreux : développement de la scolarisation, apparition de nouvelles

²⁴⁹ G. A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre*, op. cit., p. 262-263

²⁵⁰ E. SAADA, op. cit., p. 4-24.

formes d'activités économiques, changement des conditions de travail. Ce nouveau mode de vie aurait donc favorisé l'émergence de l'individualisme et de l'égalité. La conception traditionnelle se trouve ainsi considérablement remise en cause, voyant voler en éclat le communautarisme et son corollaire, les solidarités. Une nouvelle idéologie se veut protectrice et promotrice de la situation de la femme.

125. La société mahoraise repose originellement sur une organisation dont le fonctionnement fait ressortir la primauté de la collectivité sur l'individu, qu'il s'agisse de la famille ou du village. Ainsi, l'identification de l'individu se fait d'abord en référence à son origine villageoise, puis relativement à son lien de parenté. L'individu n'a pas à proprement parler d'identification propre. Sa place dans la société se fait en référence au groupe, preuve des origines africaines de l'île, et de l'esprit communautaire qui gouverne les structures sociales. Le droit local porte en lui toute la marque de cette organisation. La volonté du législateur colonial de puiser dans le fond juridique traditionnel, les sources substantielles du statut personnel mahorais ainsi que la décision de limiter le domaine d'application matériel de ces règles au seul cadre familial trouvent là toute leur justification.

Progressivement, la société mahoraise va connaître des bouleversements. Apparaissent des comportements nouveaux qui affaiblissent les liens traditionnels d'appartenance au groupe, entraînant la désagrégation des solidarités et l'affirmation de l'individu. Les conceptions sociales ayant présidé au maintien des particularismes locaux se consumant à petit feu, l'ordre juridique se trouve ainsi sérieusement menacé, affectant la stabilité des rapports sociaux.

126. L'évolution du milieu social s'explique tout d'abord par la démocratisation de la scolarisation, qui connaît son essor depuis une vingtaine d'années. L'instruction publique était faiblement développée à Mayotte. Ce n'est qu'au début des années 1990 que l'école a commencé à connaître son essor. Et cela se fait ressentir aujourd'hui encore. La recherche d'une formation professionnelle et la réussite au baccalauréat ont contraint la jeunesse mahoraise à l'émigration vers la métropole ou à la Réunion. Le développement de l'école profite surtout aux femmes. Celles-ci jouissent déjà de longue date d'une place primordiale dans la société traditionnelle mahoraise, à telle enseigne que leur mobilisation collective « est

indispensable à la réussite de tout événement politique local »²⁵¹. Aussi, l'organisation administrative telle qu'issue de la loi du 24 décembre 1976 a-t-elle considérablement influencé l'évolution des mentalités.

M. Blanchy²⁵² consacre d'ailleurs de longs développements sur les bouleversements affectant la société mahoraise. Elle révèle en effet que les entités locales que sont les communes, le Conseil général et la préfecture ont supplanté les anciens, les familles et chefs de village, devenant désormais les dépositaires de l'autorité. Les bouleversements de la société mahoraise se traduisent également par la désagrégation du lien à la terre. Il s'ensuit un net recul de l'agriculture vivrière qui favorise la disparition des solidarités qui cimentaient le lien avec le groupe, et l'affirmation de plus en plus de l'individu qui dispose désormais de revenus et s'arrachant du cocon villageois pour aller s'installer ailleurs. En somme, ce sont les rapports sociaux traditionnels qui sont littéralement mis en branle, et donc tout l'édifice de l'organisation familiale qui se trouve menacé.

L'illustration la plus significative reste sans doute l'institution du mariage, à la base de toute société. Jadis, pour se marier, le prétendant s'intéressait principalement à « l'éducation islamique avancée » de sa future, aujourd'hui supplantée par « son pouvoir d'achat c'est-à-dire son niveau d'instruction, et son emploi, le plus souvent la fonction publique »²⁵³. La femme mahoraise n'épouse plus d'ailleurs nécessairement un musulman. Or dans l'Islam, la disparité de culte constitue un empêchement au mariage, mais exclusivement à l'égard de la femme. Alors que l'homme peut épouser une femme dite des Gens du Livre ou *Ahl-al kitâb*, c'est-à-dire une juive ou une chrétienne, comme le prévoit le Coran²⁵⁴, la femme ne peut épouser qu'un musulman. En dépit de cet empêchement au mariage dû à la disparité de culte, « à Mayotte, dans la vie quotidienne, le mariage d'une Mahoraise avec un « M'zoungou » n'est en rien infamant »²⁵⁵.

²⁵¹ S. BLANCHY, *op. cit.*, p. 679.

²⁵² *Ibid.*, spéc. p. 681 et s.

²⁵³ *Ibid.*, p. 679.

²⁵⁴ Coran Sourate 5 La table servie (Al-Maidah), verset 5 :

« Vous sont permises, aujourd'hui, les bonnes nourritures. Vous est permise la nourriture des gens du Livre, et votre propre nourriture leur est permise. **(Vous sont permises) les femmes vertueuses d'entre les croyantes, et les femmes vertueuses d'entre les gens qui ont reçu le Livre avant vous, si vous leur donnez leur mahr, avec contrat de mariage, non en débauchés ni en preneurs d'amantes** (c'est nous qui soulignons). Et quiconque abjure la foi, alors vaine devient son action, et il sera dans l'au-delà, du nombre des perdants. »

²⁵⁵ F. BONNELLE (dir.), *op. cit.*, p. 64. Un M'zoungou est un français originaire de la métropole.

127. Toutes ces évolutions ont nécessairement des répercussions sur le droit local, lequel n'est plus en mesure de satisfaire aux exigences nouvelles de la société. L'édifice traditionnel tombe en ruine. La religion est de moins en moins pratiquée, même si nombreux sont les fidèles qui s'en proclament²⁵⁶. Mayotte est entrée dans l'ère de la société de consommation, provoquant un choc de culture entre l'ancienne et la nouvelle génération. Il en résulte une redéfinition de la place de l'individu dans la sphère familiale, et précisément son affirmation. Les femmes de plus en plus tournées vers le monde professionnel. Une diminution des solidarités se fait très sérieusement ressentir.

Si l'évolution du milieu social implique une prise en compte des nouveaux comportements, force est de reconnaître que certaines situations interrogent sur le droit à appliquer. En ce sens, le cas de l'enfant mahorais suscite des interrogations. La doctrine a gardé un œil très avisé sur cette question²⁵⁷, notamment en ce qui concerne les mesures à prendre lorsque l'enfant est exposé à un danger. Il s'agit de l'assistance éducative. Méconnue du droit local, elle ressort des articles 375 et suivants du Code civil. Elle permet au juge des enfants de prendre des mesures lorsqu'un mineur se trouve dans une situation de danger. Ces mesures ne pouvant être adoptées que par un juge civil, des difficultés peuvent se poser en présence d'un enfant relevant du statut civil particulier.

En droit local, le Cadi bien que tuteur de mineur n'est pas compétent pour prendre des mesures tendant à la protection des mineurs en danger. Quant au juge civil, il ne peut statuer en la matière sans violer l'article 9 de la délibération de 1964 qui consacre la compétence exclusive au profit des Cadis dans les rapports de droit local. Face à ce vide juridique, certains cadis n'ont pas hésité à demander aux familles de s'en remettre au juge de droit commun²⁵⁸.

128. Les situations ainsi décrites révèlent l'inadéquation de la législation de droit local face à la réalité de la société. L'évolution du milieu social commande des mesures en harmonie avec la vie économique, et le triomphe de l'individualisme qui en résulte. Ce mode de vie est très propice à la vivacité des tensions que ne peuvent malheureusement pas apaiser

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 55.

²⁵⁷ Voir 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 (dir.), *Mayotte dans la République : Actes du colloque de Mamoudzou*, Montchrestien, 2004, p. 488 et s. ; E. CADOU, *op. cit.*

²⁵⁸ Y. MOATTY, *op. cit.*, p. 488.

le Cadi et la famille. Il faut une réglementation plus conforme à la reconnaissance des droits subjectifs, ce que ne semble pas satisfaire le droit local. L'évolution de ce dispositif devient en ce sens inéluctable²⁵⁹.

B) L'émigration vers la Réunion et la métropole

129. On dénombre à la Réunion et en métropole une forte communauté mahoraise, installée ou y poursuivant des études. En 2002, on comptait pas moins de 50 000 Mahorais résidant en France métropolitaine²⁶⁰. Les plus jeunes quittent l'île après l'obtention du baccalauréat ou pour suivre une formation professionnelle. Certaines familles partent pour la recherche de meilleures conditions de vie qu'elles pensent trouver en métropole ou à la Réunion. L'installation hors de Mayotte emporte nécessairement des conséquences du point de vue culturel, et a indéniablement des répercussions sur la prise en compte des particularismes locaux. C'est la question du domaine d'application territorial du statut civil mahorais qui se pose avec acuité.

130. Les réponses doctrinales sont divergentes. Adoptant une approche extensive, M. Luchaire a affirmé que le statut personnel a vocation à s'appliquer en dehors du cadre territorial où il a ordinairement cours²⁶¹, soutenu en cela par M. Guillaumont pour qui « le caractère normatif inconditionné des statuts personnels empêche de leur conférer une vocation exclusivement territoriale »²⁶². M. Schultz ne partage pas cette position. Son interprétation est plus restrictive puisqu'elle réduit l'application du statut personnel au cadre strictement local,

²⁵⁹ Le propos de M. Moatty est saisissant de sens. Tirant les conséquences du développement de la scolarité en marge de l'école coranique, ce magistrat en fonction dans l'île, conclut que « la juxtaposition de ces deux systèmes d'enseignement provoque un véritable choc des mentalités, du moins à partir de l'enseignement secondaire dispensé presque exclusivement par enseignants métropolitains alors qu'à l'inverse l'enseignement primaire est dispensé presque exclusivement par des enseignants mahorais. 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, fondées sur l'âge, le savoir et le spirituel. Les deux systèmes d'éducation qui leur ont été inculqués ne sont pas toujours compatibles entre eux. Un conflit de génération, voire un choc de culture se prépare » (*ibid.*, p. 481).

²⁶⁰ S. BLANCHY, *op. cit.*, p. 681.

²⁶¹ F. LUCHAIRE, note sous Trib. Civil de la Seine, 26 mars 1956, Fatima Kaci c/ Hmamache, Dalloz, 1956.654

²⁶² O. GUILLAUMONT, *op. cit.*, p. 1560.

en dehors duquel, le bénéficiaire se trouve soumis au droit commun²⁶³. M. Sermet s'est montré particulièrement critique à l'égard de cette conception, puisqu'elle tend selon lui à la remise en cause pure et simple des droits acquis. Il propose en ce sens une solution médiane, inspirée de la théorie américaine des droits acquis ou *vested right*. Celle-ci « permet au sujet de droit de conserver les droits qu'il a acquis, conduisant ainsi à ce que la loi, sous l'empire de laquelle ils ont été constitués, soit applicable en tant que telle à l'extérieur »²⁶⁴. Au demeurant, une telle approche n'est pas éloignée de celle de M. Luchaire. En effet, dans sa concrétisation, elle aboutit indubitablement à faire appliquer le statut personnel en dehors du cadre strictement local.

C'est d'ailleurs la solution retenue par la jurisprudence, et précisément la Cour d'appel de Besançon. Sollicitée à propos d'un litige opposant des citoyens français de statut personnel indien, elle a retenu dans un arrêt en date du 13 juin 1995 que « le décret du 21 septembre 1881 permet d'ailleurs aux citoyens de statut personnel particulier de renoncer au bénéfice de ce statut au moyen d'un acte explicite et non équivoque ;

Que ces coutumes d'origine religieuse dont la loi française a garanti le libre exercice ne sont pas des coutumes locales dont le domaine aurait été circonscrit à la région dont étaient originaires leurs bénéficiaires, mais constituaient et constituent encore un statut particulier attaché à la personne, pouvant donc être invoqué par son titulaire sur toute l'étendue du territoire français ;

(...) Qu'en outre et surtout, ce droit des citoyens français de garder leur statut personnel d'origine tout en restant maintenu dans l'ordre juridique français est consacré par l'article 75 de la Constitution de la Vème République (...) »²⁶⁵.

Cet arrêt pose donc le principe en application duquel le statut personnel suit la personne partout où elle se déplace sur le territoire de la République. Pour les juges du fond, la perte du statut personnel doit, en tout état de cause, procéder d'une manifestation de volonté sans équivoque. En d'autres termes, le renonçant doit agir conformément aux formes prescrites par

²⁶³ P. SCHULTZ, », *op. cit.*, p. 103.

²⁶⁴ L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane » *op. cit.*, p. 451

²⁶⁵ Cour d'appel de Besançon, arrêt n° 476 du 13 juin 1995, *Mlle Narmada et Radjeswari c/ Ministère public*, *RRJ* 1997-1, p. 347, note A. BOYER. La décision est également citée par M. Lafargue dans *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 18, note 38 ; A. CHATEAUNEUF in L. SERMET, J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République : Actes du colloque de Mamoudzou*, Montchrestien, 2004, p. 370.

l'avis du Conseil d'État du 22 novembre 1955. Le droit local constitue donc une loi personnelle. Il ne saurait être assimilé à un système juridique d'application purement territoriale. D'où il suit que tout citoyen français n'ayant pas renoncé à son statut personnel est en principe recevable à s'en prévaloir sur l'ensemble du territoire de la République. Il en est ainsi de la communauté mahoraise installée à La Réunion et en métropole.

131. Dans les faits, cette règle profite surtout aux citoyens français n'ayant pas renoncé à leur statut personnel, mais ressortissants d'anciennes colonies ayant accédé à l'indépendance. Pour l'exercice de leur statut personnel, il n'existe pas de tribunaux spécifiques. Il est donc logique qu'il y ait une juridiction de la République, notamment civile, qui connaisse des litiges qui les concernent. Le principe posé par la Cour d'appel de Besançon est en ce sens de portée résolument limitée en pratique pour les citoyens français dont le statut personnel relève de la compétence d'une juridiction d'attribution. Il en est ainsi du statut personnel mahorais.

En effet, le décret de 1939 ainsi que la délibération de 1964 consacrent la compétence exclusive de la justice cadiale dans les contestations s'élevant en droit local. Toute intervention d'une juridiction civile à Mayotte, à l'exception des hypothèses expressément prévues par les textes, se trouve *de jure* écartée, et par extension, les autres juridictions civiles de la République. Le Mahorais de droit local installé à La Réunion ou en France métropolitaine, ne peut valablement saisir les tribunaux civils sans se voir opposer par l'autre partie une exception d'incompétence. La spécificité de la législation de droit local en limite donc considérablement sa portée, pour lui assigner le seul cadre local, c'est-à-dire le territoire de Mayotte, nonobstant la position jurisprudentielle reconnaissant son caractère personnel et non territorial.

C'est seulement en ce sens que peut se comprendre la position défendue par M. Schultz lorsqu'il dit que « le bénéfice du statut personnel est attaché à la territorialité et il n'existe pas de juridiction cadiale ailleurs qu'à Mayotte »²⁶⁶. Cette limite doit néanmoins tempérer concernant certains aspects de l'état civil, notamment la déclaration des naissances. Nombreuses sont les mères mahoraises qui préfèrent aller accoucher à la Réunion ou en métropole, faisant enregistrer les nouveau-nés dans le registre d'état civil de la municipalité dans le ressort duquel a lieu l'accouchement.

²⁶⁶ P. SCHULTZ, *op. cit.*, p. 103.

132. Le statut personnel mahorais repose donc sur deux principes contradictoires. Réputée loi personnelle, elle a en principe vocation à suivre son bénéficiaire partout où il se déplace sur le territoire de la République. Sitôt affirmé, ce principe se trouve neutralisé par le caractère exceptionnel de ce système juridique, et l'application *ratione loci* de la législation qui en découle. Si le statut civil particulier suit son bénéficiaire dans ses déplacements sur le territoire de la République, force est de constater qu'il se heurte à de sérieux obstacles pratiques, lui assignant le seul cadre territorial où il est reconnu.

§2/ Une évolution contrariée par la rigidité du droit local

133. Nous venons de voir que la société mahoraise a connu une profonde mutation. À cela s'ajoute l'émigration des bénéficiaires du statut civil particulier vers La Réunion et la France métropolitaine, sans possibilité pour eux de se prévaloir effectivement de leur statut personnel, nonobstant la position jurisprudentielle. Or comme l'a remarqué M. Kouassigan, « chaque norme juridique répond à un ordre social déterminé et chaque fois que cet ordre évolue, le droit doit évoluer. Il doit y avoir une constante adaptation de la règle de droit aux données de la vie en communauté »²⁶⁷. De nombreux auteurs défendent d'ailleurs cette vision. Il en est ainsi de M. Mezghani, qui affirme que « si le système normatif ne change pas, la société est toujours en mouvement »²⁶⁸. M. Motulsky soutient quant à lui que « la loi, comme l'institution, est un véritable être. Elle meurt d'asphyxie si elle perd le contact avec la mouvante réalité »²⁶⁹. L'on voit donc que le constat est sans appel : toute modification de l'ordre social appelle évolution du droit applicable.

Les bouleversements affectant l'ordre social mahorais commanderaient donc la réformation du droit local pour le mettre en conformité avec cette évolution. Ce qui signifie en d'autres termes que l'intervention législative était devenue inéluctable (B). Néanmoins, cette évolution aurait pu être amorcée en amont par la justice cadiale, comme cela advient souvent en droit interne, lorsque le juge use de son pouvoir prétorien. Pareille perspective n'aurait pu prospérer en droit local, eu égard à la rigidité de cette réglementation (A).

²⁶⁷ G. A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre*, *op. cit.*, p. 29

²⁶⁸ A. MEZGHANI : « Le juge français et les institutions du droit musulman », *Journal de droit international*, 2003, p.730-765

²⁶⁹ H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 20

A) La difficile prise en compte des comportements nouveaux

134. MM. Malaurie et Morvan opposent le juge « réformateur du droit » au juge « serviteur de la loi »²⁷⁰. L'un se permet d'adapter le droit aux évolutions de la société, tandis que l'autre se contente de révéler la règle juridique. La tendance française, comme le rappellent ces auteurs, reflète la première attitude. Il arrive donc, lorsque le droit est en décalage avec l'ordre social qu'il est supposé régir, que le juge use de son pouvoir prétorien pour le rendre conforme à ces nouvelles exigences. Qu'en est-il du Cadi en droit local face à l'évolution de la société mahoraise ?

1) La possibilité d'une évolution du droit local en dehors de toute intervention législative

135. Le principe de la soumission au statut personnel n'a jamais été exclusif de tout bénéfice du droit commun. Ainsi le juge peut parfaitement en certaines circonstances l'appliquer à titre supplétif, lorsque ce ne sont pas les intéressés eux-mêmes qui optent en sa faveur. Il existe donc des solutions permettant la prise en compte des comportements nouveaux sans nécessairement bouleverser l'ordre juridique existant.

Ces mécanismes déjà connus à l'époque coloniale sont l'option de législation et l'application supplétive du droit commun pour pallier les éventuelles carences et silences du droit local. L'option de législation permet aux justiciables de statut civil particulier, à l'occasion d'une situation juridique donnée, de soumettre celle-ci au droit commun²⁷¹. En ce sens, l'initiative du bénéficiaire du droit local a une portée limitée. Celle-ci n'emporte pas renonciation au statut personnel. Elle a seulement vocation à soustraire un acte ou une opération juridiques de l'empire du droit local. Ce mécanisme ressort d'ailleurs de nombreux dispositifs relatifs à l'organisation de la justice indigène²⁷². L'application supplétive du droit commun a vocation à combler les lacunes et les carences du droit coutumier. L'initiative ne

²⁷⁰ Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, 5^e éd., Defrénois, 2014, p. 310

²⁷¹ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?*, *op. cit.*, p. 66.

²⁷² A titre d'exemple on peut citer l'art. 7 du décret du 3 décembre 1931 réorganisant la justice indigène en Afrique occidentale française ainsi que l'art. 14 du décret du 27 juillet 1939 relatif à l'organisation de la justice française en Afrique occidentale française, textes d'ailleurs étendus au Togo. On rencontre des dispositions similaires dans la réglementation applicable en Afrique équatoriale française et au Cameroun (art. 23 du décret du 27 novembre 1947).

procède plus de la volonté comme dans le précédent cas, mais constitue précisément une démarche judiciaire. À la différence de l'option de législation, l'application supplétive du droit commun n'était pas expressément prévue par les textes. Elle ressort néanmoins de certains textes de pays africains accédant fraîchement à la souveraineté²⁷³. Ce mécanisme constitue donc originairement une création prétorienne.

136. Par le passé, les juridictions de droit local ont souvent eu recours aux règles du Code civil face au silence de la coutume dans une espèce donnée²⁷⁴, lorsqu'elles n'interprétaient pas le droit local à la lumière du droit commun²⁷⁵, passant d'une application supplétive à une application substitutive²⁷⁶. La méthode du recours au Code civil n'a donc pas seulement permis d'élargir son domaine dans des situations laissées sans réglementation par le droit local, elle a surtout constitué un prétexte de réécrire celui-ci lorsqu'il était clairement formulé. Les bénéficiaires du statut personnel et les juridictions de droit coutumier auraient pu contribuer à l'évolution de ce dispositif en usant de ces possibilités.

Ces techniques présentent un avantage indéniable, puisque leur mise en œuvre n'emporte pas bouleversement brutal de l'ordre juridique, à la différence d'une réforme législative. L'extension du droit commun se ferait donc en douceur en attendant sa généralisation lorsque les mentalités seront enfin prêtes. Et comme le disait un auteur, le progrès du droit « ne réside pas dans l'élaboration d'un droit abstrait, mais dans la réglementation des améliorations que réclame la réalité »²⁷⁷. Or nous avons relevé précédemment que la société mahoraise est en profonde mutation, adoptant ici et là des comportements inspirés du modèle occidental, sous l'influence de l'école de la République, mais également à travers l'émigration vers la métropole ou la Réunion. Ces bouleversements affectant l'ordre social sont de nature à favoriser une extension progressive du droit commun,

²⁷³ C'est notamment le cas de l'article 17 de l'ordonnance sénégalaise du 14 novembre 1960, abrogé par le Code de 1972, ou encore l'article 53 de la loi nigériane du 16 mars 1962, et enfin l'article 71 de l'ordonnance tchadienne du 21 mars 1967.

²⁷⁴ J. MAYABA, « Le juge béninois à l'heure du déclin (officiel) du dualisme juridique » in G. OTIS (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Karthala, 2013, p. 138

²⁷⁵ Nous renvoyons à l'étude de Jean-Paul Charnay sur l'exemple algérien et précisément les coutumes kabyles. J.-P. CHARNEY, « Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien », *RIDC* Vol. 15 n°4, Octobre-décembre 1963, p. 705-721

²⁷⁶ X. BLANC-JOUVAN, *op. cit.*, p. 134

²⁷⁷ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? op. cit.*, p. 293

même si certains auteurs pensent qu'il faudrait s'interroger sur « l'intérêt qu'y peuvent trouver les populations concernées »²⁷⁸. Force est de reconnaître que ni le décret de 1939 ni la délibération de 1964 ne font allusion à l'option de législation et encore moins à l'application supplétive du droit commun en cas de carence ou de silence du droit local. Peut-on néanmoins faire application de ces mécanismes dans le silence de texte ?

2) Une éventualité écartée par la rigidité de la réglementation du droit local

137. De l'aveu même de la doctrine, bien que n'étant pas expressément reconnue en droit local, l'option de législation a connu un franc succès²⁷⁹. Il s'est agi, à l'évidence, d'un recours tacite. À l'occasion d'un litige de droit local, il est fait application du droit commun. On recense en effet, quelques cadiales décisions audacieuses statuant en matière de droit local en référence au Code civil. Certains cadis se sont particulièrement illustrés, en rendant des décisions sur la délégation de l'autorité parentale²⁸⁰. Il s'est agi résolument de combler les lacunes du droit local, cette notion lui étant au demeurant inconnue. L'application du droit commun s'est donc faite à titre supplétif. Mais c'est sans compter sur l'intransigeance de la Cour de cassation, comme en atteste sa décision du 25 février 1997²⁸¹.

Un enfant de statut personnel mahorais né hors mariage veut établir sa filiation paternelle et venir à la succession de son père. À l'appui de ses prétentions, il fait valoir devant le Tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou la possession d'état, et donc l'application du Code civil. Les juges du fond accueillent sa demande. Un pourvoi en cassation est formé. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel. Se fondant sur l'absence de renonciation au statut personnel du requérant, elle conclut à l'impossibilité pour lui de se prévaloir des règles de droit commun pour faire constater judiciairement sa possession d'état. D'où il suit que sa filiation paternelle ne peut être établie, ce qui lui enlève toute vocation successorale à l'égard de son père.

Aucune indication n'est fournie quant aux raisons qui ont incité les juges du fond à admettre l'application du droit commun. On peut légitimement expliquer leur attitude par la

²⁷⁸ J.-L. GILLET, *op. cit.*, p. 39

²⁷⁹ L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane » *op. cit.*, p. 462.

²⁸⁰ Voir en ce sens, le jugement n°10/03 rendu par le Cadi de Koungou à propos d'une requête conjointe aux fins d'une délégation de l'autorité parentale en application des articles 377, al. 1 et 2 du Code civil (décision cadiale citée par Y. MOATTY, *op. cit.*, p. 495).

²⁸¹ Cass. civ. 1^e, 25 février 1997, *op. cit.*

considération tirée du fait que le droit local s'inscrit dans un cadre juridique pénétré par le droit moderne. Partant et au regard des pratiques antérieures, il pouvait être fait application supplétive du droit commun. La difficulté vient de ce que l'extension du domaine du droit commun n'était pas justifiée par la volonté de combler un vide juridique, mais avait vocation à se substituer au droit local. Certes, celui-ci ne connaît pas la possession d'état. Il n'en demeure pas moins que le recours au droit commun était seulement destiné à contourner la rigueur du droit musulman qui prohibe la filiation naturelle à l'égard du père. Il semblerait donc que la Cour de cassation ait voulu censurer une fraude à la loi. On ne badine pas avec son statut personnel, doit-on comprendre en substance. L'option de législation n'étant pas prévue en droit local, il ne peut donc fait application du droit commun, même tacitement. La seule solution reste la renonciation au statut personnel.

138. L'on voit donc, et pour reprendre une expression de M. Gény que les méthodes d'interprétation du droit local font état d'un « système d'interprétation, qui attribue une prépondérance, aussi exclusive, au contenu formel (...) de la législation »²⁸². Les solutions juridiques à dégager ne peuvent intervenir, conformément aux prévisions des articles 6 du décret de 1939 et de la délibération de 1964, qu'en référence au droit musulman et à la coutume. La résolution des contestations s'élevant en droit local, en application d'une autre source, même le Code civil, expose la décision ainsi rendue à la censure à la Chambre d'annulation musulmane, voire de la Cour de cassation. L'article 21 de la délibération de 1964 confie d'ailleurs à la première citée la tâche d'assurer le contrôle et l'interprétation du droit local. Ce qui lui permet, à la demande des parties ou du Procureur de la République (art. 27 de la délibération de 1964) de censurer toute décision cadiale rendue en violation de la loi islamique et de la coutume. Le cas échéant, la cassation sera encourue devant la Haute juridiction. Le cadre juridique de l'action de la juridiction coutumière lui dénie toute vocation réformatrice. Elle se doit de statuer conformément à ses attributions.

139. L'inflexibilité de la Cour de cassation s'éloigne résolument de la mise en garde faite à l'endroit de l'interprète par M. Motulsky. Celui-ci, dit-il, n'est nullement tenu d'extraire de loi machinalement des solutions toutes faites. Plus précisément « il doit constamment s'efforcer de concilier la formule rigide avec les exigences de la réalité

²⁸² F. GENY, *op. cit.*, p. 33

vivante»²⁸³. Pourquoi une telle recommandation n'a pas trouvé écho auprès de la Haute juridiction ? De prime abord, la fermeté de la Cour semble être justifiée par la nécessité de faire respecter le caractère constitutionnel de la faculté de renonciation au statut personnel. Aussi, peut-on expliquer cela par la crainte de favoriser le *forum shopping*²⁸⁴, en laissant les justiciables de statut civil particulier passer selon leur bon vouloir d'un statut à l'autre. Il existe cependant des raisons qui auraient pu pousser la Cour de cassation à adopter une autre position, du moins se montrer plus flexible. On en veut pour preuve, les intentions conjuguées du législateur colonial et du constituant.

140. Il n'est pas inintéressant de rappeler les circonstances qui ont dû suggérer au législateur colonial l'élaboration du droit local mahorais, notamment l'influence assimilationniste manifeste qui le préside. Ce dispositif ne peut pas être dissocié de sa finalité originelle. La généalogie du statut civil de droit local applicable à Mayotte révèle les causes et les modalités du maintien des particularismes locaux. Il s'agit d'un dispositif par défaut, une sorte de compromis. Il traduit l'insertion dans l'ordre juridique français des seules institutions juridiques locales que le législateur colonial n'a pas pu assimiler. L'organisation juridictionnelle elle-même est en parfaite rupture avec la justice rendue sur place jusqu'alors, puisqu'elle obéit au modèle occidental, sans lui être tout à fait fidèle dans le fonctionnement. Ce dispositif reste donc fort éloigné des stipulations du traité de 1841 maintenant tout le droit privé local.

Confection de l'administration française coloniale, le statut personnel mahorais a été réduit substantiellement aux seuls rapports familiaux, comprenant cependant le statut réel,

²⁸³ H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 15. L'on voit également que l'analogie est évidente avec la pensée de l'École de l'exégèse, tant au niveau de l'interprétation de la loi que des effets néfastes d'une telle rigueur, laquelle « conçoit l'étude du droit comme le strict commentaire du Code civil, réputé contenir la réponse à tout problème et fournir tous les concepts opératoires. Une telle doctrine installait évidemment auteurs et juges dans le confort intellectuel du droit et de son statisme, au détriment de son adaptation à l'évolution de la société » (B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz 1999, p. 59).

²⁸⁴ La Cour de cassation fait montre de la même intransigeance en présence du statut coutumier kanak, rappelant que la compétence exclusive de la coutume, écartant toute éventuelle application supplétive du Code civil pour combler le silence de la coutume dans ce domaine. V. en ce sens, Cass. 16 décembre 2005, Avis N° 005 0011 P, note P. FREZET, « Justice française en Nouvelle-Calédonie la fin du rêve tropical », *Droit et Cultures*, 2006/1, p. 229-232 ; R. LAFARGUE, « Avant propos sur le statut coutumier Kanak », *Droit et Cultures*, 2003-1, p. 227-228.

devant l'impossibilité de dissocier le régime des biens au statut personnel, les deux étant localement fortement liés. Même ainsi réduites, les institutions juridiques mahoraises doivent leur maintien à l'impossibilité pour le législateur colonial de leur substituer le droit commun, face au risque de rejet du Code civil, en évidente contradiction avec la foi musulmane, fortement ancrée sur ce territoire. Quant à la confirmation des Cadis dans leur attribution juridictionnelle, elle s'explique par l'impossibilité de confier la résolution des contestations s'élevant en droit local à des magistrats professionnels, eu égard aux moyens humains et matériels fortement limités à l'époque. À défaut d'une assimilation aboutie, le législateur colonial s'est contenté d'en poser les bases, sans en exclure la perspective.

L'idée ressort d'ailleurs de l'article 75 de la Constitution qui garantit le statut personnel. Irrévocable, la renonciation s'opère exclusivement au bénéfice du droit commun²⁸⁵. Ce qui fait dire à M. Lafargue que cette disposition « invite, surtout à renoncer (au statut personnel) »²⁸⁶. C'est donc par défaut, poursuit-il, que le statut civil dérogatoire du droit commun a été reconnu par le constituant. M. Boyer affirme clairement que la reconnaissance des statuts personnels par l'article 75 de la Constitution répond à une finalité bien précise, qui est « l'assimilation juridique des nationaux français » qui en bénéficient²⁸⁷. Cette position est également celle défendue par M. Guillaumont²⁸⁸.

141. On ne peut que difficilement contester ces analyses. La volonté d'assimiler les institutions juridiques locales est une réalité très ancienne. La reconnaissance constitutionnelle du statut personnel ne semble pas écarter cette éventualité. Elle semble seulement la repousser à plus tard. Les travaux préparatoires révèlent surtout qu'il s'agit d'un compromis. Il est de principe que les citoyens d'une même cité soient soumis aux mêmes lois. L'extension de la citoyenneté aux habitants d'outre-mer aurait dû aboutir, en application de ce

²⁸⁵ Ce principe reste néanmoins tempéré dans le statut coutumier kanak, qui consacre la faculté de renonciation au statut civil de droit commun, sous certaines conditions (article 13 de la loi organique du 19 mars 1999).

²⁸⁶ R. LAFARGUE, *op. cit.*, p. 30. L'auteur déclare d'ailleurs que « le projet assimilationniste était la raison du dispositif d'abandon de ce statut » (p. 33).

²⁸⁷ A. BOYER, *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'état unitaire : contribution à l'étude des articles 74, 75, 76 de la constitution du 4 octobre 1958*, Economica, 1998, p. 82

²⁸⁸ O. GUILLAUMONT, « De quelques remarques au sujet de l'article 75 de la Constitution et des règles religieuses et coutumières existant en matière de mariage à Mayotte », *Annuaire Droit et Religions*, Vol. 2, 2006-2007, p. 131-144. Dans la continuité de la thèse défendue par M. Boyer, cet auteur confirme que « le but « ultime » (de la garantie constitutionnelle des statuts personnels) rest(e) l'assimilation », p. 141.

principe, à leur soumission au Code civil. Le constituant a adopté une voie médiane. Généralisant la citoyenneté, il a maintenu le statut personnel, sans pourtant écarter sa disparition progressive. Ce sont donc les bénéficiaires des particularismes locaux qui devront œuvrer à leur anéantissement. Le recours à l'option de législation apparaît en ce sens comme une solution sérieuse. La jurisprudence aurait pu donc reconnaître son admission tacite. Ce raisonnement ne manque pas d'ailleurs de justesse. Il est remarquable de constater qu'avant même de supprimer définitivement la justice cadiale, le législateur avait admis en droit local, aussi bien l'option de législation que l'application supplétive du droit commun²⁸⁹.

Par ailleurs, le recours tacite à l'option de législation n'aurait pas suffi à épuiser toutes les difficultés soulevées par la législation de droit local. L'on songe ici notamment à la problématique liée à l'identification des personnes et des terres. Le mal qui ronge ces institutions est tellement profond qu'il apparaît peu probable que l'on puisse y remédier autrement que par une réforme législative d'envergure. L'état civil et la propriété foncière trainent derrière eux plus de trente ans d'incertitude et d'insécurité juridique. D'ailleurs et de manière générale, la résolution des problèmes posés par l'application du droit local implique indéniablement une réforme d'ensemble.

En outre, l'admission de l'option de législation induit nécessairement la reconnaissance de l'option de juridiction. Les Cadis ne parvenant que difficilement à faire respecter le droit musulman, on peut sérieusement douter de leur aptitude à maîtriser la technicité du Code civil. Ces fonctionnaires de la collectivité n'ont pas de formation juridique. Admettre l'invocation du droit commun au prétoire cadial serait une farce²⁹⁰. L'option de législation devrait être accompagnée d'une option de juridiction permettant de saisir les magistrats professionnels.

142. Si la concrétisation de ces mesures peut laisser présager l'assimilation du statut personnel mahorais, c'est pour seulement à ce prix-là que peuvent être prises en compte les

²⁸⁹ Voir l'article 52-1 de la loi relative à Mayotte du 11 juillet 2001, dans sa rédaction issue de l'article 68 de la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003, *JORF* n°167 du 22 juillet 2003 p. 12320 :

« (...) En cas de silence ou d'insuffisance du statut civil de droit local, il est fait application, à titre supplétif, du droit civil 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. »

²⁹⁰ La loi de programme pour l'outremer du 21 juillet 2003, l'avait pourtant envisagé. Voir la note précédente.

évolutions sociétales. Conséquence forcée, seule une solution législative est de nature à résoudre l'étendue des difficultés soulevées en pratique par l'application du droit local.

B) La nécessité d'une intervention législative

143. Si les limites intrinsèques du droit local commandent l'intervention urgente du législateur, force est de reconnaître que cette perspective ne peut prospérer sans la résolution préalable de la question afférente à l'organe légiférant.

1) Le droit local : un système juridique sans organe légiférant

144. La question relative à l'autorité compétente pour établir les règles du statut personnel a été discutée par la doctrine. Celle-ci semble majoritairement pencher en faveur du pouvoir réglementaire et plus précisément les assemblées territoriales. Il en est ainsi de MM. Luchaire²⁹¹, Boyer²⁹², Retterer²⁹³, ou encore Guillaumont²⁹⁴. On ne peut leur donner tort, car historiquement, la thèse se vérifie.

En effet, jusqu'en 1946, la détermination des règles du statut civil local reposait généralement sur la volonté du gouverneur local. L'adoption de la Constitution du 27 octobre 1946 coïncide avec la disparition de la période coloniale. Certains territoires ultramarins ont accédé au statut de département et relèvent depuis du principe de l'identité législative. Les autres se sont vus attribuer le statut de territoires d'outre-mer, et ont continué à être soumis au principe de spécialité législative. Accédant à plus d'autonomie, ils disposent de compétences d'attribution exercées par leur assemblée territoriale, notamment dans le domaine du statut personnel.

Depuis l'adoption de la Constitution de 1958, il s'agit d'une compétence d'attribution déléguée par le législateur en vertu de son article 74, mais qui ne s'inscrit pas moins dans la continuité de la pratique antérieure²⁹⁵. C'est dans ces circonstances que l'assemblée

²⁹¹ F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTD civ.*, 1982, p. 257.

²⁹² A. BOYER, *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'état unitaire...*, *op. cit.*, p. 80 et s.

²⁹³ S. RETTERER, « Les incidents privés de la départementalisation de Mayotte », *RRJ* 1997-3, p. 1080.

²⁹⁴ O. GUILLAUMONT, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : l'apport de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte », *RRJ*, 2001-3, p. 213-230.

²⁹⁵ Comme le dit si bien M. Boyer, « L'attribution aux autorités locales d'une compétence normative est issue de la pratique de la IV^{ème} République. En effet, la Constitution du 27 octobre 1946 apporte peu de modification au régime antérieur. Elle maintient l'ancien système de répartition matérielle entre le législatif et l'exécutif et

territoriale, puis la chambre des députés des Comores ont pu édicter des mesures en droit local. Aujourd'hui encore, la réglementation du statut personnel ressort des attributions du pouvoir réglementaire local, dans les deux autres territoires français connaissant un statut civil particulier. Il en est ainsi à Wallis-et-Futuna depuis la loi du 29 juillet 1961²⁹⁶, ou plus récemment la Nouvelle-Calédonie où le Congrès s'est vu confier la réglementation du statut coutumier kanak²⁹⁷.

145. Jusqu'à l'avènement de l'indépendance des Comores, la détermination du statut civil de droit local relevait de la compétence de l'assemblée territoriale des Comores. Cependant, la loi du 24 décembre 1976 relative à l'organisation de Mayotte²⁹⁸ n'a pas transféré cette compétence au Conseil général. Une telle consécration aurait sans doute permis d'améliorer quelque peu ce système juridique en déclin.

Bien qu'elle ne soit pas officiellement investie du pouvoir de légiférer en droit local, l'assemblée territoriale mahoraise n'est pas restée insensible à cette préoccupation, soutenue en cela par d'autres autorités administratives et juridictionnelles. À titre d'exemple, en matière d'état civil, les autorités locales n'ont pas manqué de manifester leur agacement face à l'absence de nom patronymique. Des demandes ont ainsi été adressées au parquet de Mamoudzou devant le manque de précision quant aux nom et prénom des justiciables de droit local, et sont toutes restées infructueuses²⁹⁹. Le Conseil général de Mayotte a également émis

l'amende en instituant un domaine législatif obligatoire et en organisant la participation des territoires d'outre-mer au processus législatif. L'échec de ce modèle conduit le législateur ordinaire à mettre en place un nouveau système dans lequel la répartition matérielle ne se fera plus entre le législatif et l'exécutif mais entre le législatif et les différentes assemblées des territoires d'outre-mer », (A. BOYER, « L'article 75 de la constitution de 1958 : Une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ? », *RRJ* 1994-2, p. 391 à 392).

²⁹⁶ Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer, *JORF* du 30 juillet 1961 p. 7019

²⁹⁷ Article 99, 5° de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* n°68 du 21 mars 1999 p. 4197

²⁹⁸ Loi n°76-1212 du 24 décembre 1976 relative à l'organisation de Mayotte, *JORF* du 28 décembre 1976, p. 7493

²⁹⁹ P. BROSSIER, *op. cit.*. Il s'agissait précisément de la Délibération 755 CGD du 14 août 1989, la Délibération 004/90 du 1^{er} mai 1990 du Conseil municipal de Pamandzi et la Lettre circulaire du 18 avril 1989 adressée aux maires par la Représentation du Gouvernement (p. 293).

le souhait de voir les Cadis dessaisis de leur attribution juridictionnel pour les cantonner exclusivement aux fonctions de médiation sociale³⁰⁰.

La volonté d'apporter quelques modifications en droit local était bien réelle, mais leur concrétisation était rendue inefficace par l'absence d'habilitation expressément reconnue à l'assemblée territoriale. La question relative à l'autorité compétente est donc restée ouverte, et s'analyserait en une possibilité reconnue au législateur national.

2) Une carence susceptible d'être comblée par le pouvoir législatif

146. La reconnaissance de la compétence parlementaire n'est pas si évidente si l'on tient compte des précédents développements. Néanmoins l'organisation administrative de Mayotte depuis l'accession des Comores à l'indépendance permet de soutenir à cette éventualité.

147. La difficulté de reconnaître la compétence du parlement national pour légiférer en droit local s'explique par la rédaction de l'article 75 de la Constitution, qui distingue le statut civil coutumier et le statut civil de droit commun. La compétence parlementaire pour fixer les règles du droit commun est clairement formulée, ce que confirme d'ailleurs l'article 34 de la Constitution, en vertu duquel « la loi fixe les règles concernant (...) l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités » ; en somme, les matières traditionnelles du statut personnel.

Par ailleurs, rien ne filtre sur l'autorité habilitée à déterminer les règles de droit local. La lecture combinée des articles 75 et 34 de la Constitution laisse supposer l'exclusion de la compétence législative en matière de statut personnel. Pour certains auteurs, la fixation des règles du statut particulier relèverait de la « compétence exclusive des territoires d'outre-mer »³⁰¹. Cette affirmation mérite néanmoins d'être nuancée en ce qui concerne Mayotte.

148. Nos précédents développements ont révélé qu'à la différence des autres territoires ultramarins, l'assemblée territoriale, en l'occurrence le Conseil général, ne dispose pas de pouvoir lui permettant de fixer les règles du statut personnel mahorais depuis l'accès des

³⁰⁰ L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme : Les chemins de l'océan Indien*, Archives contemporaines, 2009, note 389 p. 84. L'auteur cite la délibération 166/95 du 24 novembre 1995, la délibération 150/96 du 6 septembre 1996, ainsi qu'un vœu exprimé le 27 janvier 1997.

³⁰¹ A. BOYER, *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'état...*, *op. cit.*, p. 80.

Comores à l'indépendance. Cette carence n'induirait-elle pas la compétence législative en la matière ? La thèse a trouvé écho dans la doctrine et semble se justifier par l'organisation administrative de Mayotte à partir de 1976.

Bien que nantie d'un statut *sui generis* par la loi du 24 décembre 1976, Mayotte se voit doter de structures politiques et administratives proches de ceux des départements d'outre-mer avant 1981. Elle reste néanmoins juridiquement soumise au principe de spécialité législative. Les nouveaux textes adoptés par le Parlement n'y sont applicables qu'en vertu d'une mention expresse. La compétence parlementaire se trouve généralisée devant l'absence d'un pouvoir réglementaire local reconnu au Conseil général. Tout au plus, il peut émettre des propositions, qui ne lient aucunement le législateur. Si le Gouvernement a adopté des textes applicables à Mayotte, c'est seulement par ordonnances³⁰². Cette intervention n'a été rendue possible que par une habilitation parlementaire préalable, en vertu de l'article 38 de la Constitution. Autrement, ces textes auraient été adoptés par le Parlement lui-même³⁰³. Il est intéressant de constater que pour édicter des mesures en droit local, le Gouvernement a dû recourir à la pratique des ordonnances.

À Mayotte, le pouvoir législatif dispose donc d'une compétence générale en matière de statut civil, ce qui lui permet de fixer le contenu du droit local. Cette compétence a d'ailleurs été confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision rendue le 17 juillet 2003, à l'occasion de la très remarquée loi de programme pour l'outremer du 21 juillet 2003, sur laquelle nous reviendrons.

149. Conclusion du chapitre 2. L'analyse des limites de l'ordre juridique local rationalisé nous a permis de constater que ce dispositif n'était que modérément suivi par les

³⁰² Voir notamment P. SCHULTZ, « L'actualisation du droit mahorais par voie d'ordonnances », *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, 1990 – 1991, p. 147-167.

³⁰³ On peut citer les ordonnances du 8 mars 2000 sur l'état civil, et l'ordonnance du 30 juin 2010 supprimant les attributions juridictionnelles des Cadis. La nécessité pour le Gouvernement de recourir à la pratique des ordonnances pour fixer les règles du statut personnel mahorais n'a pas manqué de choquer certains auteurs. Il en est ainsi de M. Guillaumont, qui reste convaincu que « l'utilisation de la procédure de l'article 38 de la Constitution peut sembler superflue, puisqu'elle autorise le Gouvernement à prendre « pendant un délai limité des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». Or, celui-ci est déjà compétent en ces matières » (O. GUILLAUMONT, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte... », *op. cit.*, p. 217).

pratiques sociales. Il en est ainsi des innovations apportées par le législateur colonial et le pouvoir réglementaire, à savoir l'état civil et le régime de l'immatriculation. La persistante défectuosité de l'identification des personnes et des terres ne pouvait que sérieusement compliquer une pratique judiciaire dont la connaissance des normes à appliquer s'avérait douteuse. Les choses se sont aggravées avec l'évolution du milieu social. Dépourvue de pouvoir créateur, la jurisprudence ne pouvait faire adapter le droit à ces nouvelles exigences. L'absence d'organe légiférant depuis l'indépendance des Comores a condamné le droit local au statisme. L'intervention du législateur national, discutable au regard des énonciations conjuguées des articles 75 et 34 de la Constitution, était devenue indispensable.

150. Conclusion du titre premier. Élaboré par le législateur colonial et le pouvoir réglementaire local, le statut civil de droit local est un dispositif poursuivant une logique assimilationniste. Substantiellement, il reflète le fond juridique local réduit aux seuls rapports familiaux, complété de quelques innovations, comme l'état civil et le régime de l'immatriculation bien que facultatif. Du point de vue de la sanction du droit, la justice de droit local dans son organisation et son fonctionnement s'inspire du modèle occidental dont elle s'éloigne cependant, par la souplesse de sa procédure. Privilégiant la conciliation, elle poursuit une justice de paix, loin des tensions qui animent le prétoire du juge civil, et tendant à la reconnaissance d'un droit subjectif.

Ce système a connu des limites qui s'expliquent d'une part par une application inefficace des règles mises en places, et d'autre part par les profondes mutations que connaît l'ordre social. La gestion de l'état civil a été calamiteuse, rendant malaisée l'identification des personnes, ce qui ne facilite guère la pratique judiciaire. Les juges musulmans n'ont pu contrôler qu'imparfaitement l'identité des plaideurs. Ils ont souvent débordé le cadre personnel de leur intervention. L'immatriculation des terres, facultative pour les justiciables de droit local, de par la lourdeur et le coût de la procédure, a vu se généraliser le régime foncier coutumier, non sans quelques incidents. Les Cadis dont la maîtrise du droit local est douteuse n'ont pas été capables d'assurer la mise en œuvre effective du droit musulman. Supplanté par les pratiques coutumières, il a cohabité harmonieusement avec celles-ci, ce qui remet en cause sa suprématie supposée. Le statut de droit local a été qualifié donc à tort à dominance musulmane tempérée par des coutumes locales, puisque celles-ci ont précisément résisté à la pénétration du droit musulman, dont l'altération donne naissance à ce que l'on pourrait appeler des « coutumes islamisées ».

L'unicité substantielle du système ressort de la réalité des pratiques locales, remettant

ainsi en cause la pluralité énoncée par les textes. Substantiellement, le statut personnel mahorais n'est pas d'essence musulmane, mais coutumière, recelant néanmoins des « coutumes islamisées », et s'inscrit globalement dans une perspective assimilationniste. C'est donc à tort que la doctrine s'est évertuée à désigner ce dispositif sous l'appellation de statut personnel coranique, tempéré par les coutumes. Une telle approche occulte les pratiques sociales, pour se focaliser essentiellement sur l'aspect purement formel des textes. Contrairement à ce qu'a affirmé M. Sermet, la coutume ne constitue pas « un infra-droit, utilisé à des fins stratégiques »³⁰⁴. Elle est la règle de droit par excellence dans la logique de ceux qui la rendent vivante par la pratique, soutenue en cela par la réglementation du droit local qui n'en a pas fait une coutume *secundum legem*, ayant vocation à une application subsidiaire. Il s'agit d'une règle de droit autonome. Résistant à l'assaut du droit musulman depuis l'implantation de l'Islam dans l'île, elle l'a absorbé par phagocytose, ne le laissant apparaître finalement que sous une forme acculturée.

151. Le droit local s'est érodé avec les mutations sociales, sans que les Cadis n'aient pu intervenir pour faire évoluer le droit. L'atonie jurisprudentielle s'explique par l'intransigeance de la Cour de cassation qui ne tolère pas que les justiciables de droit local puissent badiner avec leur statut personnel auquel ils n'ont pas renoncé, au profit ponctuel du droit commun. La fermeté de la Haute juridiction aurait pu être relativisée par le truchement de l'ambition assimilationniste qui préside à l'élaboration du statut personnel, ainsi que sa garantie constitutionnelle.

Face à l'impossibilité de la jurisprudence d'user de son pouvoir prétorien pour faire évoluer le droit local, l'intervention du législateur s'est avérée inéluctable. La question de l'organe légiférant devait préalablement être résolue. Depuis la loi-cadre Defferre, le statut civil de droit local a relevé des attributions du pouvoir réglementaire local, en l'occurrence l'assemblée territoriale des Comores. Néanmoins, la loi du 24 décembre 1976 relative à l'organisation de Mayotte, tirant les conséquences de l'accès à la souveraineté des îles indépendantistes, n'a pas transféré au Conseil général, la compétence initialement dévolue au pouvoir réglementaire local dans la fixation des règles du droit local. Nous avons vu que l'organisation administrative de Mayotte suite à cette loi est conforme à celle des territoires d'outre-mer départementalisés, avant 1981. Le Conseil général de Mayotte a néanmoins

³⁰⁴ L. SERMET, « Regard sur la justice musulmane à Mayotte », *op. cit.*, spé. p. 187

essayé vainement de pallier l'incurie législative. Le Conseil général n'étant pas officiellement investi du pouvoir de légiférer en droit local, toutes ses velléités sont restées au stade de simples propositions. Disposant d'une compétence législative dans l'île, le Parlement finira par intervenir, non sans heurts.

Le premier titre nous a permis de faire ressortir les bases assimilationnistes du droit local, l'assimilation complète de ce dispositif constituera l'objet de ce deuxième titre.

Titre II : La suppression des règles du statut personnel au profit du droit commun

152. Les précédents développements ont démontré que l'application du statut civil de droit local a soulevé des difficultés dans la pratique. Le système s'est par ailleurs révélé intrinsèquement défaillant. Afin de ne pas favoriser le statisme du droit local, une réforme s'imposait. En effet, « le droit doit s'adapter constamment à une société multiforme et mouvante, à des demandes sociales aussi insistantes que diverses et contradictoires »³⁰⁵. Force est de reconnaître que ce n'est pas sur ce fondement qu'est intervenue la réforme du statut civil de droit applicable à Mayotte.

En effet, les évolutions affectant les particularismes locaux ont été indéniablement destinées à préparer la départementalisation de l'île aujourd'hui acquise. La question a été longtemps discutée en doctrine pour qu'il soit encore besoin de lui consacrer d'inutiles développements. Tout autre est notre démarche. Il serait en effet aberrant de contester ce qui relève de l'évidence : la départementalisation emporte généralisation du droit métropolitain au nom de l'identité législative prévue à l'article 73 de la Constitution. Le problème provient de ce que tous les territoires ultramarins n'ont pas nécessairement vocation à être départementalisés. Les Mahorais eux-mêmes ont dû batailler avec opiniâtreté et persévérance longtemps durant, pour y parvenir³⁰⁶. Un tel constat nous oblige à rechercher un autre fondement que celui fort circonstancié de l'évolution statutaire, et précisément un fondement qui s'applique en tout temps. La soumission aux droits fondamentaux, dont l'influence sur l'évolution du droit commun n'est plus à démontrer, reste une alternative sérieuse.

À l'évidence, la réforme du statut personnel mahorais était devenue nécessaire pour le rendre conforme aux droits fondamentaux, en raison des évidentes contradictions qu'il renfermait (Chapitre I). Fondé sur des règles discriminant tantôt l'homme, tantôt la femme, il ne pouvait survivre à l'épreuve de ces normes, créant un vide juridique qui contraignait le législateur à adopter des normes de substitution. Dans cette perspective, l'avènement des règles du Code civil était devenu inéluctable, mais n'en reste pas moins fortement discuté (Chapitre II).

³⁰⁵ J.-E. SCHOETTL, « Simplification du droit et Constitution », *AJDA* 2003, p. 1391-1403

³⁰⁶ Voir O. GOHIN, *op. cit.*, p. 5-18.

Chapitre I : Une disparition favorisée par la fondamentalisation du droit local

153. L'incidence de la départementalisation de Mayotte sur le droit local a longuement été débattue en doctrine³⁰⁷. Il appert que la suppression des spécificités mahoraises avait pour ambition de préparer la future départementalisation de l'île³⁰⁸. L'article 73 de la Constitution qui détermine le régime législatif applicable aux départements est sans équivoque lorsqu'il énonce que « dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit ». Autant dire, comme l'a fort bien relevé Mme Parisot³⁰⁹, que la départementalisation de l'île au parfum vouait très sérieusement le statut civil particulier à la disparition, et au même titre d'ailleurs que le principe de spécialité législative longtemps applicable à Mayotte, y laissant subsister un droit figé. Le constat est le même lorsque la question est abordée sous l'angle des droits fondamentaux, comme cela va être démontré.

154. Constitutionnellement et conventionnellement garantis, ces droits présentent la particularité d'être possédés par « tout homme tout simplement parce qu'il est homme »³¹⁰. Lorsqu'ils sont constitutionnellement garantis, ils se définissent par rapport à la société³¹¹, si bien que leur respect peut être légitimement attendu par tout citoyen de la part de l'État

³⁰⁷ A. BOYER, « Les autochtones françaises : populations, peuples ? », *op. cit.*, p. 125-127 ; O. GUILLAUMONT, « Statut personnels et Constitution. Contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *op. cit.*, p. 1585-1587 ; R. LAFARGUE, « Les contraintes posées par l'article 75 de la Constitution : entre clause coloniale et facteur d'émancipation », *op. cit.*, p. 45-50 ; S. RETTERER, « Les incidents privés de la départementalisation de Mayotte », *op. cit.* ; J.-B. SEUBE, « L'avenir du statut civil de droit local à Mayotte », *op. cit.*, n° 19-21, p. 258-260.

³⁰⁸ O. GUILLAUMONT, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : l'apport de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte », *op. cit.*, p. 215.

³⁰⁹ V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*, p. 535.

³¹⁰ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 6^e éd. LGDJ, 2015, p. 13. Les droits fondamentaux sont consacrés en droit interne comme en droit international. Dans l'ordre juridique interne, l'essentiel de ces droits fondamentaux ressort du bloc de constitutionnalité, révélé par le Conseil constitutionnel à l'occasion de la célèbre décision Liberté d'association du 16 juillet 1971 (Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Recueil*, p. 29), constitué par les articles de la Constitution, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Préambule de la Constitution de 1946 et récemment, la Charte de l'environnement (depuis 2005). Il s'agit de l'ensemble des principes et dispositions qui s'imposent à la loi, et au respect desquels veille le Conseil constitutionnel. Concernant la protection internationale, la référence reste incontestablement la Convention européenne des droits de l'homme.

³¹¹ F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTD civ.*, 1982, p. 245-328

français, qui est ainsi tenu d'en garantir l'effectivité. Une telle conception place l'individu au centre de toutes les préoccupations et le « pose clairement comme fin »³¹².

S'imposant au législateur qui doit les mettre en œuvre, les droits fondamentaux se placent en amont de toutes les disciplines juridiques, qu'ils irriguent. Leur vocation à la permanence évince nécessairement l'argument fort occasionnel tiré de l'évolution statutaire, laquelle reste soumise aux aléas politiques et à d'autres facteurs. Aussi, et comme l'a bien constaté M. Retterer, à Mayotte, « le droit évolue depuis 1979 dans un but de modernisation indépendamment de la départementalisation, même si celle-ci plane sur l'île »³¹³. Enfin, et surtout, le droit civil en vigueur en métropole a lui-même de longue date subi l'influence des droits fondamentaux pour connaître une impressionnante évolution. On a pu dire à propos du droit des personnes et de la famille, branche qui intéresse le statut personnel mahorais, qu'il constitue « le terrain privilégié de l'invocation des droits fondamentaux »³¹⁴. De manière générale, c'est tout l'ordre juridique qui demeure « sous l'emprise croissante » de ces droits³¹⁵. Autant d'arguments qui fragilisent l'influence de l'évolution statutaire sur la disparition de statut personnel mahorais.

Et comme l'affirme M. Seube³¹⁶, son maintien était fortement menacé par les droits fondamentaux qui sont à l'origine même de l'évolution des spécificités mahoraises. En effet, la pénétration des droits fondamentaux dans le domaine du statut personnel a trouvé un appui solide auprès du Conseil constitutionnel, tandis que la Cour de cassation continue à se montrer frileuse. S'il n'est pas contesté que le statut civil de droit local applicable à Mayotte a longtemps enfermé des prescriptions en évidente contradiction avec les droits fondamentaux

³¹² B. MATHIEU, « Réflexion en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°11, déc. 2001.

³¹³ S. RETTERER, *op. cit.*, p. 1074.

³¹⁴ M. PICHARD, « Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 181-196, et précisément p.182. Sur l'influence des droits fondamentaux sur l'évolution du droit de la famille, voir notamment J.-P. PIERRON, « La famille, entre tradition et modernité : comment les droits fondamentaux font-ils évoluer le droit de la famille ? », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 197 et s.

³¹⁵ S. GUINCHARD, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 8^e éd., Dalloz, 2015, p. 8.

³¹⁶ M. SEUBE affirme en effet qu'« en dépit de la protection constitutionnelle duquel bénéficie le statut civil de droit local, de nombreuses lois sont venues le limiter ou l'encadrer au motif qu'il contrarierait certains droits civils fondamentaux » (J.-B. SEUBE, *op. cit.*, p. 254).

(Section 1), force est de reconnaître que leur suppression a été de concrétisation malaisée (Section 2).

Section 1 : Des règles locales en contradiction avec les droits fondamentaux

155. Des études faites sur le statut personnel mahorais, l'accent est souvent mis sur son incompatibilité avec les droits fondamentaux. Sont décriées et vouées aux gémonies, les contrariétés substantielles comme procédurales. Il est seulement fait mention de la complexité du système rendant malaisé l'accès aux règles qui le composent. Or, de telles difficultés sont résolument de nature à compromettre la réalisation de l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, pourtant perçu « comme une exigence première qui conditionne l'accès au droit »³¹⁷, étant précisé que de manière générale, tout objectif de valeur constitutionnelle concourt à l'effectivité des droits fondamentaux³¹⁸.

Si l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi participe de la réalisation effective des droits fondamentaux, il importe au préalable de s'assurer de sa concrétisation par le statut personnel mahorais (§1) avant de s'intéresser aux contrariétés des règles qui le composent à l'égard de ceux-ci (§2).

§1/ Le cas spécifique de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

156. Le droit local mahorais tel que mis en place par l'administration coloniale et l'assemblée territoriale des Comores repose sur des règles multiples, et sans aucune précision quant à leur modalité d'application. Pareille situation est loin de concrétiser l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi découvert en 1999 par le Conseil constitutionnel.

Avant d'en prendre la mesure (B), il importe de rappeler en quelques mots la notion d'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (A).

A) La notion d'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

³¹⁷ L. MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP* n° 3-2006, p. 637-671.

³¹⁸ J.-M. LARRALDE, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA*, 19 nov. 2002, n° 231, p. 11-21.

157. C'est à l'occasion de sa décision du 16 décembre 1999³¹⁹ que le Conseil constitutionnel a érigé l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi au rang d'objectif à valeur constitutionnelle. Il importe de revenir sur la consécration de cet objectif constitutionnel (1) pour en analyser ensuite son contenu (2).

1) La reconnaissance de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

158. La notion d'objectif à valeur constitutionnelle ressort expressément et pour la première fois de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1982³²⁰ portant examen de la constitutionnalité de la loi relative à la communication de l'audiovisuel. Ont été dégagés à cette occasion, les objectifs constitutionnels de la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants³²¹. Présenté comme un « but à atteindre » pour le législateur³²², l'objectif constitutionnel permet de « justifier l'atteinte que la loi fait à un principe constitutionnel »³²³. Ce qui permet d'une certaine manière de le limiter.

Cette limitation n'en constitue pas moins une façon de garantir leur concrétisation et conséquemment leur effectivité³²⁴. Les objectifs de valeur constitutionnelle ont donc cette vocation paradoxale d'être à la fois des normes de limitation des droits et libertés, mais également des normes de protection de ceux-ci³²⁵. Leur rattachement régulier aux normes

³¹⁹ Cons. const. n°99-421 DC, 16 déc. 1999, *JO* 22 déc. 1999, p. 19041

³²⁰ B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnels : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC*, 21, 1995, p. 47-77

³²¹ Le Conseil constitutionnel a retenu qu'« il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte » (Cons. const. n° 82-141 DC, 27 juil. 1982, *JO* 29 juil. 1982 p. 2422).

³²² F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, 2005, n°64, p. 682.

³²³ M-A FRISON-ROCHE. M-A, W. BARANES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, n°23, p. 361-368

³²⁴ Voir L. MILANO, *op. cit.*

³²⁵ P. de MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°20, juin 2006.

constituant le bloc de constitutionnalité les imprègne ainsi d'une coloration constitutionnelle³²⁶. S'adressant au législateur, ils ne constituent pas des droits subjectifs susceptibles d'être invoqués à l'occasion d'un litige par les justiciables³²⁷.

159. L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi relève de la catégorie des objectifs dits de valeur constitutionnelle³²⁸, mais constitue cependant un cas résolument à part³²⁹. Dans sa décision du 16 décembre 1999, le juge constitutionnel a retenu que « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et " la garantie des droits " requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel " tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas »³³⁰.

C'est donc à l'issue d'une interprétation conjuguée des 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que le Conseil constitutionnel a dégagé l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. La garantie des droits résultant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme ne peut être effective que pour autant que les sujets de droit ont une connaissance suffisante des règles qui régissent leurs rapports. Cette connaissance constitue une condition indispensable à l'exercice des droits fondamentaux, conformément aux articles 4 et 5 du même texte. La loi doit donc être suffisamment connue des justiciables, parce que c'est à cette seule condition que l'exercice des droits et libertés

³²⁶ P. JAN, « Les objectifs de valeur constitutionnelle et le contentieux administratif : de beaux principes seulement », *LPA*, 26 sept. 2002, n°193, p. 15

³²⁷ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnels droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 275 ; P. de MONTALIVET, « La « juridicisation » de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 99-136.

³²⁸ Sur les objectifs de valeur constitutionnelle, voir B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnels : une nouvelle catégorie juridique ? », *op. cit.* ; ou en encore l'excellente thèse de Pierre de Montalivet, *Objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006.

³²⁹ J.-F. KERLEO, *La rénovation parlementaire à travers l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi*, Publication de l'Université Lyon 3, coll. des mémoires de l'Equipe de droit public, n°5, 2007, p. 33.

³³⁰ Cons. const. n°99-421 DC, 16 déc. 1999, *JO* 22 déc. 1999, p. 19041

constitutionnellement garantis peut être effectif. Pour ce faire, il est demandé au législateur de faire en sorte de proposer aux citoyens des normes accessibles et intelligibles³³¹.

160. À première vue, la qualification de l'accessibilité et de l'intelligibilité en un objectif constitutionnel unique aurait pu laisser penser à la consécration d'une norme de limitation des droits fondamentaux. Il n'en est rien. L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité a une tout autre fonction. Certes, il fixe un but à atteindre pour le législateur, à l'instar de tout objectif de valeur constitutionnelle. Mais il se démarque de cette catégorie, en ce qu'il impose une conduite devant adopter le législateur dans la production normative, lui enjoignant de prendre des mesures aux fins de sa réalisation³³². D'une certaine manière l'objectif d'accessibilité constitue une « fin de l'exercice du pouvoir législatif »³³³. Il commande au législateur d'adopter des normes de qualité, ce qui en fait précisément un instrument de contrôle de cette qualité³³⁴.

La constitutionnalisation de l'accessibilité et de l'intelligibilité traduit donc l'engagement du Conseil constitutionnel « dans une politique jurisprudentielle résolue visant à combattre les dérives qui affectent la qualité de la loi »³³⁵. Elle participe pareillement d'un mouvement de « transposition d'exigences issues de la légistique dans le domaine

³³¹ La consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité était indispensable, et apparaît dès lors comme salubre. L'on songe ici au rapport très critique du Conseil d'Etat rapport faisant état d'un « loi bavarde », d'un « droit à l'état gazeux » (Rapport du Conseil d'Etat de 1991, *EDCE* 1992, n°43, p. 15 et s.). Au cœur des débats, la qualité de la loi, toujours décriée en raison de « l'instabilité des textes et le caractère éphémère, voire de la règle de médiocre qualité » (L.-V. FERNANDEZ-MAUBLANC, « Accessibilité et intelligibilité de la loi ou la réhabilitation de la loi par le Conseil constitutionnel » in *La Constitution et les valeurs Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges LAVROFF*, Dalloz, 2005, p. 161). Ces critiques continuent aujourd'hui encore puisqu'on continue encore à stigmatiser les « lourdes défaillances du processus normatif français » (H. MOYSAN, « La consolidation des codes, lois, décrets : positions doctrinales d'éditeurs ou devoir de l'Etat ? », *op. cit.*), comme pour montrer qu'il reste encore du chemin à faire pour améliorer la qualité de la loi. Devant l'incurie du législateur qualifié d'« impuissant » (L. MILANO, *op. cit.*), le Conseil constitutionnel a décidé de prendre les devants. Il a consacré tour à tour le principe de clarté de loi dans une décision du 10 juin 1998 (Cons. const. n°98-401 DC, 10 juin 1998, *JO* 14 juin 1998, p. 9033), puis l'objectif constitutionnel d'accessibilité d'intelligibilité de la loi en 1999.

³³² *Ibid.*.

³³³ M-A FRISON-ROCHE. M-A, W. BARANES, *op. cit.*

³³⁴ L. MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *op. cit.*

³³⁵ B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel renforce les exigences relatives à la qualité du travail législatif et à la sécurité juridique », *JCP G*, 2007, n°1, p. 3-5

juridique »³³⁶, c'est-à-dire « l'art de faire les lois »³³⁷, cette science, dont l'objet consiste à « exposer les connaissances et les méthodes qui peuvent être mises au service de la formation de la législation »³³⁸. Le législateur est tenu de proposer des normes de qualité, sous peine de s'exposer à la censure.

Cependant, dans la réalisation des exigences résultant de l'objectif constitutionnel, le législateur est libre quant aux choix des moyens. Dès lors, lorsqu'il est amené à contrôler la qualité de la loi, le Conseil constitutionnel opère précisément une sorte d'évaluation³³⁹ sur l'efficacité des moyens mis en œuvre par le législateur pour atteindre l'objectif³⁴⁰. Ce qui signifie que l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité ne fait peser sur le législateur qu'une obligation de moyen³⁴¹. Une obligation de cette nature contribue résolument à affaiblir le caractère contraignant de cette norme, relativisant ainsi sa portée³⁴². Cela est d'autant plus vrai, que s'adressant au législateur en tant que but à atteindre, l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité n'est pas un droit subjectif susceptible d'être invoqué par le justiciable à l'occasion d'un litige. Comme si cela était encore nécessaire, le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans une décision du 28 septembre 2006 à propos d'un titre de propriété, le brevet³⁴³.

³³⁶ P. de MONTALIVET, *op. cit.*, p. 100.

³³⁷ D. REMY, *Légistique. L'art de faire les lois*, Paris, Romillat, 1994.

³³⁸ C.-A. MORAND (dir.) *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 33.

³³⁹ L. MILANO, *op. cit.* L'attitude du juge constitutionnel voulant recadrer le législateur dans la production normative ne fait pas que des émules. Quelques voix se sont élevées pour agiter le spectre « du gouvernement des juges ». Il en est ainsi de Mme Fernandez-Maublanc qui n'a pas ménagé ses efforts, se montrant très critique envers le Conseil constitutionnel auquel elle reproche d'avoir « usurpé le rôle dévolu au peuple souverain et au représentant désignés par lui dans la définition des règles et valeurs suprêmes de la société » (L.-V. FERNANDEZ-MAUBLANC, *op. cit.*, p. 162). On peut citer également J.-F. KERLEO, *op. cit.*

³⁴⁰ P. de MONTALIVET, *op. cit.*, p. 112

³⁴¹ J.-M. LARRALDE, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *Les Petites Affiches*, 19 nov. 2002, n° 231, p. 11-21

³⁴² H. MOYSAN, « La consolidation des codes, lois, décrets : positions doctrinales d'éditeurs ou devoir de l'Etat ? », *LPA*, 29 septembre 2005 n°194, p. 11

³⁴³ Cons. const. n°2006-541 DC, 28 sept. 2006, *JO* 3 oct. 2006, p. 14635. Pierre de Montalivet reste par ailleurs convaincu que cette position pourrait évoluer à terme. Il n'exclut pas en effet qu'un citoyen puisse obtenir la censure d'une loi qui viole l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité, en invoquant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui consacre des exigences similaires, puisque selon elle, la loi doit être accessible et précise (P. de MONTALIVET, *op. cit.*, p. 114).

161. À l'évidence, la censure d'une disposition méconnaissant l'objectif constitutionnel n'intervient qu'en de rares circonstances³⁴⁴. Cette rareté ne doit cependant pas laisser croire que la qualité de la loi se soit améliorée. Les raisons sont ailleurs. Elles se trouvent précisément dans l'attitude du juge constitutionnel. Les analyses de Mme Milano nous éclairent sur la question. Elle a en effet constaté que lorsqu'il veut s'assurer de la réalisation de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité par le législateur, le Conseil adopte davantage un « mode incitatif plutôt que coercitif »³⁴⁵. Au lieu qu'il sanctionne le législateur lorsqu'il ne se conforme pas à l'objectif constitutionnel, et notamment l'un de ses aspects, l'intelligibilité, il supprime autant que faire se peut les imperfections entachant les dispositions à lui déférées, en ayant recourt à la technique des réserves d'interprétation, comme cela a été le cas dans la décision du 12 janvier 2002³⁴⁶.

162. La constitutionnalisation de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi est perçue par certains auteurs comme la consécration de la sécurité juridique³⁴⁷, que le Conseil constitutionnel se refuse à reconnaître. La tentation est forte, mais mérite d'être tempérée

³⁴⁴ On compte à ce jour une seule décision. Voir Cons. const. n°2003-475 DC, 24 juil. 2003, *JO*, 31 juil. 2003, p. 13038.

³⁴⁵ L. MILANO, *op. cit.*

³⁴⁶ Cons. const. n°2001-455 DC, 12 janvier 2002, *JO*, 18 janv. 2002, p. 1053. Pour rendre intelligible un texte qui ne l'est pas en apparence, le Conseil constitutionnel use de la technique des réserves d'interprétation, et puise pour ce faire, dans les travaux préparatoires, comme dans la décision précitée. M. Mathieu explique bien le processus du contrôle. Schématiquement, et lorsqu'une loi lui est déférée, « les requérants arguent du fait que la loi ne répond pas aux exigences de clarté et d'intelligibilité car elle laisse irrésolues un certain nombre de questions. Dans son mémoire en réponse, le gouvernement se livre à une explication relative au droit applicable en combinant le droit existant et les nouvelles dispositions législatives, et en référant, le cas échéant, aux travaux préparatoires de la loi. Le Conseil valide (le plus souvent cette interprétation et la reprend à son compte de manière qu'elle s'impose aux autorités administratives et juridictionnelles. Ainsi, la loi ne peut être lue et appliquée qu'accompagnée des analyses qu'en fait le Conseil » (B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnel », *LPA* 24 septembre 2002, n°191, p. 15).

³⁴⁷ Voir notamment D. RIBES, « Codification par ordonnances », *D.* 2000, p. 425 ; B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un produit d'importation dorénavant « made in France » (à propos des décisions 99-421 DC et 99-422 DC du Conseil constitutionnel) », *D.* 2000, n°4, Point de vue, p. VIII ; O. D. de LAMOTHE, « La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel », in *Rapport public du Conseil d'Etat 2006*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 369-375 ; L. MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *op. cit.* ; A.-L. VALEMBOIS, « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *LPA*, 13 juin 2006, n°117, p. 7.

comme le suggère M. de Montalivet. Il constate en effet que la sécurité juridique couvre un domaine bien plus large que l'objectif constitutionnel, en ce qu'elle repose sur une double exigence, à savoir la prévisibilité et la qualité de la loi. Or, l'objectif constitutionnel de par sa fonction d'instrument de contrôle de la qualité de la loi, ne peut couvrir que le second aspect de la notion³⁴⁸. Il constitue dès lors et seulement l'un des « principes dérivés »³⁴⁹, l'un des « composants »³⁵⁰ de la sécurité juridique.

163. À ce stade de l'analyse, l'on songe aux propos de M. Malaurie, qui invite le juriste à faire preuve d'humilité devant des exigences comme l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, dont la réalisation est constamment fugitive. En ce sens, dit-il, « sans cesse, la question se pose, sans cesse elle se résout, et sans cesse elle réapparaît : un cycle sans fin, un signe de l'imperfection congénitale imprégnant toute loi et l'effort continu et impuissant pour y mettre un terme »³⁵¹. Ce constat désolant, aussi vrai soit-il, ne saurait en aucune façon nous dispenser de l'examen du contenu et des moyens de concrétisation de l'objectif.

1) Le contenu de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

164. L'accessibilité et l'intelligibilité sont des exigences s'imposant au législateur, mais dont la réalisation profite aux citoyens. Le Conseil constitutionnel est intervenu lui-même pour en expliciter la teneur. Le respect de ces exigences implique que les justiciables aient une « connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables »³⁵². L'idée est de « prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire ». Ainsi et afin d'éviter cet écueil, le législateur doit nécessairement adopter des « dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »³⁵³. Analysant les précisions ainsi apportées par le Conseil constitutionnel, la doctrine affirme clairement que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi s'entendent respectivement de la connaissance et de la compréhensibilité de la loi.

³⁴⁸ P. de MONTALIVET, *op. cit.*, p. 128.

³⁴⁹ B. MATHIEU, « Les lois de finances au crible de la sécurité juridique », *LPA*, 13 janvier 2006, n°10, p. 4

³⁵⁰ J.-F. KERLEO, *op. cit.*, p. 29 et s.

³⁵¹ P. MALAURIE, « L'intelligibilité de la loi », *Le Seuil/Pouvoir* 2005/3, p. 131-137.

³⁵² Cons. const. n°99-421 DC, 16 déc. 1999, *JO* 22 déc. 1999, p. 19041

³⁵³ Cons. const. n°2001-455 DC, 12 jan. 2002, *JO* 18 jan. 2002, p. 1053.

165. L'accessibilité est définie comme « la possibilité de trouver physiquement le droit applicable »³⁵⁴, et donc « d'en prendre connaissance »³⁵⁵. Pour être connues, les normes doivent être publiées, de manière à ce que ceux auxquels elles s'adressent puissent être informés de leur existence³⁵⁶. Il s'agit là d'une attente légitime dans un État de droit, où l'opposabilité de la règle juridique, quel que soit son rang hiérarchique, nécessite son accessibilité par tous³⁵⁷. C'est le propre d'un Etat démocratique que de permettre à tout justiciable de savoir à quelle norme se référer pour régler sa conduite. « Nul n'est censé ignorer la loi », nous dit l'adage. Encore faut-il que la loi soit publiée et diffusée pour être connue de tous. Point n'est besoin de rappeler que la publication des nouvelles normes édictées se fait traditionnellement au Journal officiel, perçu comme la source faisant foi³⁵⁸. L'article 3 de l'ordonnance du 20 février 2004 a créé sa version électronique authentifiée³⁵⁹, semblable à l'initiative déjà existante et permettant la diffusion des textes en vigueur sur le site legifrance.gouv.fr, voire davantage³⁶⁰. L'accessibilité du droit peut notamment être réalisée par le recours à la codification. Il s'agit là d'ailleurs d'une initiative fortement encouragée par le Conseil constitutionnel, puisqu'il considère qu'une telle entreprise est parfaitement adaptée à la satisfaction des exigences qualitatives de la loi³⁶¹.

166. L'exigence d'intelligibilité se présente comme un « impératif formel » commandant une loi exempte de toute confusion et de toute contradiction³⁶². Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel est saisi pour apprécier la qualité de la loi, notamment son

³⁵⁴ P. de MONTALIVET, *op. cit.*, p. 118.

³⁵⁵ B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnel », *op. cit.*

³⁵⁶ L. MILANO, *op. cit.*

³⁵⁷ J.-M. LARRALDE, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA*, 19 nov. 2002, n° 231, p. 11-21

³⁵⁸ H. MOYSAN, *op. cit.*, p. 11.

³⁵⁹ Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, *JO* 21 février 2004, p. 3514. Le site est accessible sur <http://www.journal-officiel.gouv.fr/>.

³⁶⁰ Bien qu'appréciable cette initiative n'en appelle pas moins des améliorations, permettant notamment « la mise en ligne à la fois des textes publiés avant 1900 et de la jurisprudence » (P. de MONTALIVET, *op. cit.*, p. 119). Concernant la jurisprudence l'auteur songe précisément à celle ne faisant pas l'objet d'une publication.

³⁶¹ Cons. const. n°2003-473 DC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, *JO* 3 juillet 2003, p. 11205. Cela ressortait déjà dans la décision à l'origine de la reconnaissance de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité du 16 décembre 1999, Codifications par ordonnances, *Rec.*, p. 136.

³⁶² D. RIBES, *op. cit.*

intelligibilité, les auteurs de la requête entendent précisément de lui qu'il sanctionne « le défaut substantiel » de celle-ci³⁶³. Pour échapper à la censure, la loi doit présenter une formulation claire, dénuée de toute ambiguïté, facilitant ainsi sa compréhension par le citoyen³⁶⁴. En ce sens, l'intelligibilité peut être définie comme la perception du sens d'un texte par son destinataire³⁶⁵. Par ailleurs, est compréhensible « ce qui s'énonce clairement »³⁶⁶. De la sorte, toute loi souffrant d'imprécision et d'obscurité sera réputée incompréhensible. Cela peut s'avérer très dangereux.

En effet, une loi d'une qualité piètre est indubitablement de nature à favoriser son application arbitraire³⁶⁷. Les imprécisions rédactionnelles de la loi « laissent alors aux autorités d'application une marge de manœuvre qui met en péril le respect des droits et libertés »³⁶⁸. Les fondements mêmes d'un État démocratique seraient ainsi mis en branle, et la garantie des droits serait inefficace. Ce qui est inacceptable. En tout état de cause, les citoyens doivent pouvoir (et il s'agit là d'une exigence légitime) accéder matériellement aux normes qui leur sont applicables. Matériellement accessible, la loi doit en outre être exclusive de toute imprécision, de toute ambiguïté faisant obstacle à sa compréhension. Il en va de l'effectivité de la garantie des droits, pour permettre ainsi à chacun de pouvoir faire valoir les siens devant les tribunaux. Cependant, les lois en vigueur dans un pays n'ont pas toutes pour destinataires les justiciables. Ce constat nous amène à nous interroger sur le critère d'appréciation de la notion de compréhensibilité.

167. Devant appréhender et régir de nombreuses situations d'ailleurs très variables, le droit est devenu complexe³⁶⁹. Cette complexité peut s'expliquer par la diversité des situations, contraignant le droit à des adaptations, notamment avec l'industrialisation et le développement des techniques qui rendent inéluctable l'« utilisation du vocabulaire scientifique dans la norme juridique »³⁷⁰. Le sens des normes qui en résultent peut échapper à

³⁶³ M-A FRISON-ROCHE. M-A, W. BARANES, *op. cit.*

³⁶⁴ B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnel », *op. cit.*

³⁶⁵ M-A FRISON-ROCHE. M-A, W. BARANES, *op. cit.*

³⁶⁶ L. MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *op. cit.*

³⁶⁷ B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnel », *op. cit.*

³⁶⁸ V. MARINESE, « Légistique et effectivité », in V. CHAMPEILS-DESPLATS, D. LOCHACK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2006, p. 89-117.

³⁶⁹ J.-M. LARRALDE, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *op. cit.*

³⁷⁰ P. de MONTALIVET, *op. cit.*, p. 121.

un citoyen qui n'est pas rompu à la technicité du langage juridique. L'erreur serait de déduire de la difficulté d'accès intellectuel à ces normes, leur incompréhensibilité. Cela laisserait entendre que toute loi complexe est inintelligible. Une telle approche serait très simpliste, voire caricaturale. Tant il est vrai qu'une loi complexe n'est pas exclusive de toute énonciation en des termes clairs, la rendant accessible à ceux à qui elle s'adresse³⁷¹.

La loi peut être complexe sans pour autant pâtir d'inintelligibilité. Le Conseil constitutionnel lui-même se refuse à qualifier un texte d'inintelligible sur le seul constat tiré de sa complexité. Cela ressort clairement de sa décision du 18 juillet 2001 précisant que « la complexité introduite par la loi déferée, pour réelle qu'elle soit, n'est pas à elle seule de nature à rendre celle-ci contraire à la Constitution »³⁷². Il importe seulement que la loi soit formulée avec cohérence³⁷³ et précision³⁷⁴, de manière à être bien comprise par ses principaux destinataires. Ainsi, « en raison de la technicité de la matière et de la spécialisation du public visé, la loi, sous réserve d'être précise, peut être complexe sans porter atteinte à l'objectif d'intelligibilité »³⁷⁵. Il est seulement défendu au législateur de rendre la loi complexe inutilement³⁷⁶. Ainsi donc, si les besoins de la matière à régler le commandent, et que les destinataires de la loi ont la maîtrise de sa technicité pour en saisir le sens et la portée, la complexité d'une loi ne rend pas inintelligible. Il en résulte que l'appréciation des critères qualitatifs de la loi, notamment son intelligibilité dépend aussi bien de la matière objet de la réglementation litigieuse, que des destinataires des normes ainsi édictées³⁷⁷.

168. Une dernière difficulté reste cependant à résoudre. Que faut-il entendre par la loi ? Est-ce la loi au sens matériel ou la loi dans son acception formelle ?

Si l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité exige une connaissance par les justiciables de la loi qui leur est applicable, force est de reconnaître que dans ces décisions, le législateur utilise invariablement les termes « normes » et « règles »³⁷⁸, comme pour laisser entendre

³⁷¹ J.-M. LARRALDE, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA*, 19 nov. 2002, n° 231, p. 11-21.

³⁷² Cons. constit. n°2001-437 DC, 19 novembre 2000, Loi de financement de la sécurité de la Sécurité sociale pour 2001, *Rec.*, p. 190.

³⁷³ B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnel », *op. cit.*.

³⁷⁴ P. de MONTALIVET, *op. cit.*, p. 121.

³⁷⁵ L. MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *op. cit.*.

³⁷⁶ B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnel », *op. cit.*.

³⁷⁷ J.-M. LARRALDE, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *op. cit.*.

³⁷⁸ Voir notamment les décisions n°99-421 DC du 16 décembre (*Codification par ordonnances*, *Rec.*, p. 136) et

qu'il a une acception large de la notion de loi, comme le soutiennent notamment MM. de Montalivet et Mathieu³⁷⁹. D'où il suit que la loi supposée accessible et intelligible n'est pas la norme d'essence parlementaire, mais le droit en général, communément entendu comme l'ensemble de règles de conduite régissant la vie en société.

Cette approche est d'ailleurs celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme qui ne fait pas de distinction selon l'auteur de la norme. La loi doit s'entendre selon elle dans son acception matérielle. Elle rappelle en ce sens qu'« on ne peut considérer comme une « loi » qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite »³⁸⁰. L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité vise donc toute règle juridique prescrivant aux justiciables une conduite. En ce sens, le statut personnel mahorais, en tant que système juridique applicable à des citoyens français n'y ayant pas renoncé, est tenu de réaliser autant que faire se peut, cet objectif. L'analyse nous permettra de constater qu'en droit local, cet objectif se révèle hors d'atteinte.

B) Un objectif demeuré imparfaitement réalisé en droit local

169. On peut difficilement soutenir que le statut personnel mahorais issu de l'époque coloniale honore l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Ce système juridique a été marqué par des incertitudes quant à son accès, appelant une intervention législative. Il importe dès lors d'analyser la teneur du problème (1) avant de s'intéresser aux solutions qui auraient pu être envisagées (2)

1) La teneur du problème

170. Depuis sa décision du 16 décembre 1999, date à laquelle a été consacré l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, le Conseil constitutionnel n'a eu

n°2003-473 DC du 26 juin 2003 (*Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, JO, 3 juillet 2003, p. 11205). A propos de la connaissance suffisante par les citoyens de la loi applicable, l'une parle de « normes », et l'autre emploie le terme « règles ».

³⁷⁹ M. de Montalivet affirme ainsi que « le destinataire de la norme (l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi) n'est pas le citoyen mais le législateur et, dans une moindre mesure, l'autorité réglementaire » (P. de MONTALIVET, *op. cit.*, p. 113). Il rejoint ainsi M. Mathieu qui a soutenu que cet objectif « traduit un impératif auquel le législateur, mais aussi probablement toute autorité normative, est soumis et dont le juge doit veiller au respect dans le cadre d'un contentieux objectif » (B. MATHIEU, « La sécurité juridique ... », *op. cit.*).

³⁸⁰ CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, §49.

cesse de rappeler que la réalisation de cet objectif suppose une connaissance suffisante par les citoyens des normes qui leur sont applicables. Pour ce faire, il faut en premier lieu que la loi applicable soit connue, c'est-à-dire qu'elle soit publiée et diffusée. Il importe ensuite qu'elle soit compréhensible. En ce sens, elle doit être formulée de manière claire et précise pour que ses destinataires en saisissent le sens, pour pouvoir ainsi s'y référer pour régler leur conduite.

Dans sa décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel rappelle que l'égalité des droits et la garantie des droits prévues respectivement aux articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen seraient dénuées d'effectivité si les sujets de droit ne disposent pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentent une complexité inutile³⁸¹. Non seulement les citoyens doivent avoir une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables, mais ces normes doivent être intelligibles, en ce sens qu'elles doivent être épurées de toute complexité inutile. De telles exigences proviennent de ce qu'« ignorance des règles et complexité inutile du droit valent restriction des droits et libertés »³⁸². C'est toute la difficulté des règles du statut personnel mahorais qui a souffert de tous ces maux.

171. La législation civile applicable à Mayotte est demeurée de longue date déconcertante de complexité, en raison notamment de la soumission de l'île au principe de spécialité législative et de l'existence de deux statuts civils, le statut civil de droit commun et le statut civil particulier³⁸³. Façonné à partir de 1934 par le législateur colonial, puis l'assemblée territoriale des Comores, le statut personnel mahorais repose sur des textes épars, disparates, qui se succèdent dans le temps et s'enchevêtrent parfois ; en somme un fatras de règles rendant malaisée leur application. Publiées dans de vieux supports de l'époque coloniale pour la plupart, elles ne sont accessibles qu'aux seuls chercheurs soucieux de connaître l'étendue des normes applicables. Cette dispersion des textes est révélatrice de

³⁸¹ Cons. const. n°2003-473 DC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, JO 3 juillet 2003, p. 11205.

³⁸² G. DU PUY-MONTBRUN, R. LEONETTI, « Droit accessible et droit acceptable », *Juridoxia* n°1, 2008, p. 77-89.

³⁸³ R. CABRILLAC, « La spécificité du droit civil applicable à Mayotte et ses conséquences sur le code civil », *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, vol. 18, 2003-2005, p. 93-99. Le principe de spécialité législative a été fortement préjudiciable au statut civil de droit commun. Voir également J.-B. SEUBE, « La lisibilité du droit civil à Mayotte. A propos des articles 2284 à 2302 du Code civil », in L. SERMET, J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République : Actes du colloque de Mamoudzou*, Montchrestien, 2004, p. 225, et s.

désordre. Elle rend imparfaite leur accessibilité et favorise l'ineffectivité du droit local. Ces difficultés sont liées à la politique d'ensemble de la législation de ce système juridique, lequel « en raison de son flou, est autant une source de frustration, voire d'interrogation »³⁸⁴.

Codifié dans le Minhadj, le droit musulman laisse suggérer qu'il présente des garanties quant à son accessibilité et à son intelligibilité. À l'évidence il n'en est rien. Les Cadis, qui ont pour mission de régler les litiges s'élevant en droit local, n'ont qu'une maîtrise douteuse du droit musulman, auquel ils ne peuvent d'ailleurs que difficilement accéder, faute de documentation³⁸⁵. À quoi aurait servi d'ailleurs cette documentation, lorsqu'on sait que « la référence au Minhadj a obnubilé la vision européenne du droit local qui méconnaissait à la fois son application pratique et celles des coutumes, et ce jusqu'à nos jours »³⁸⁶ ? Le constat est sans appel : la pratique révèle que les coutumes locales ont littéralement absorbé le droit musulman jusqu'à se confondre avec lui, dissimulant une unicité qui cadre mal avec la dualité normative officielle.

172. Le législateur colonial a élevé les coutumes au rang de source du droit local (art. 6 du décret du 1^{er} juin 1939), sans jamais les préciser³⁸⁷. Il se contente d'un simple renvoi explicite, par la consécration du principe de leur invocabilité au prétoire cadial. À la différence du droit musulman, droit écrit, les règles coutumières rendent très difficile leur connaissance en raison de leur caractère oral. Or, l'oralité n'est pas une qualité permettant de trouver physiquement, matériellement la loi applicable. Et il n'existe pas à Mayotte de documents écrits qui les révèlent, semblables aux « coutumiers juridiques de l'Afrique occidentale française »³⁸⁸. En outre, l'assemblée territoriale qui s'est vue confier la mission de les codifier n'a jamais pris d'initiative en ce sens. Or, pour pouvoir invoquer une norme

³⁸⁴ L. SERMET, « Pour une réforme... », *op. cit.*, p.447-448.

³⁸⁵ F. BONNELLE (dir.), *op. cit.*, p. 25.

³⁸⁶ S. BLANCHY, Y. MOATTY, *op. cit.*, p. 120.

³⁸⁷ On nous objectera qu'en Nouvelle-Calédonie non plus les règles coutumières ne font pas l'objet d'une codification, ce qui pose la question de leur accessibilité. Cependant, et pour faciliter le travail du juge étatique qui doit résoudre les litiges de statut coutumier kanak, l'ordonnance n°82-877 du 15 octobre 1982 lui adjoint la présence d'assesseurs coutumiers. Ils n'ont véritablement commencé à siéger qu'à partir de 1990, après l'adoption de la loi du 13 juin 1989 créant les sections détachées du Tribunal de première instance de Nouméa.

³⁸⁸ Les « coutumiers juridiques de l'A.O.F » ont été publiés en 1939 aux éditions Larose, recensement entrepris sous l'impulsion du Gouverneur général Roume et poursuivi par le Gouverneur général Brévié.

coutumière devant le Cadi, le plaideur doit nécessairement établir son existence et préciser son contenu. Ce qui pose la question de leur preuve.

Nous devons la connaissance des coutumes locales aux études consacrées au statut personnel mahorais, qui les ont révélées progressivement, en les présentant comme étant des coutumes d'essence matriarcale. Difficile cependant de trouver trace d'une décision de la justice cadiale tranchant un litige en référence à la coutume locale³⁸⁹. Il semblerait que la connaissance des coutumes mahoraises s'induit de l'observation de la vie, des pratiques sociales. Leur qualité de droit ancestral en fait l'objet d'une transmission « de longue date »³⁹⁰. C'est un système fait de « prescriptions ancestrales non écrites, des croyances, des règles contraignantes ainsi que des pratiques formelles érigées en référence pour guider les actions, mais également les comportements des hommes qui doivent s'y conformer pour s'identifier au temps des origines et aux ancêtres fondateurs de la cité »³⁹¹. Les coutumes se perpétuent ainsi, de génération en génération par la pratique qui les matérialise, sans jamais tomber en désuétude. Cette pérennisation matérielle assure leur accessibilité, révélant concomitamment leur compréhension par ses principaux destinataires, lesquels les mettent quotidiennement en œuvre.

173. Le législateur a eu une mauvaise appréhension de la réalité des coutumes ayant cours dans l'île. Affabulé par la présence de l'Islam, il a cru à tort que le droit musulman y est fortement suivi, l'érigéant même comme source principale à travers l'institution du Minhadj comme code officiel. À l'évidence, à Mayotte comme partout en Afrique noire, l'introduction du dogme islamique n'a jamais été préjudiciable aux coutumes ayant cours sur place et qui lui

³⁸⁹ La tendance semble être fort différente chez les voisins comoriens, où un mode de transmission matrilineaire des biens, le Magnahouli, tient en lisière les principes successoraux musulmans jusqu'à triompher au prétoire cadial. Sur le Magnahouli voir A. CARBONEILL, « Spécificité du droit successoral en Grande-Comore : droit musulman chaféite et succession coutumière Magnahoulé », *Revue juridique de l'Océan Indien* N°2, 2001-2002, pp. 73-88 ; F. LE GUENNEC-COPPENS, « Le Magnahouli grand-comorien : un système de transmission des biens peu orthodoxe en pays musulman », in M. GAST (dir.) *Hériter en droit musulman*, 1987, éditions du CNRS, pp. 257-267 ; J. MAS, « La loi des femmes et la loi de Dieu », *Annuaire des Pays de l'Océan Indien*, Vol VI, 1979, pp. 102-126. Sur le triomphe de l'institution devant le Cadi, voir Voir L. SERMET, « Loi et coutumes en Grande-Comores », in *Mélanges offerts à Claude Wanquet*, L'Harmattan, 2001, p. 347-358.

³⁹⁰ S. BLANCHY, Y. MOATTY, *op. cit.*, spéc. p. 119.

³⁹¹ A. DJABIR, *op. cit.*, p. 37

sont antérieures. Bien au contraire, les deux systèmes ont cohabité tous deux jusqu'à se confondre, dissimulant une unicité que ne pouvait percevoir le législateur colonial.

À l'opposé, les bénéficiaires du statut civil de droit local ignorent la réalité et l'étendue de la législation qui le sous-tend. La seule certitude réside dans la connaissance du fait qu'ils relèvent de leurs particularismes locaux. Ils continuent ainsi à vivre selon l'idée qu'ils s'en font, sans doute habités par la crainte « de quitter quelque chose qu'ils connaissent bien »³⁹². La renonciation étant une initiative très rare, la tentation est forte pour déduire de cette attache profonde et massive au statut civil particulier, la connaissance parfaite par ses bénéficiaires, des normes qui le composent. Et pourtant, et de manière générale, on assiste véritablement à un divorce entre le droit officiel, tel que consacré par le législateur colonial et la réalité des pratiques sociales³⁹³.

174. Intéressons-nous un instant à l'état civil de droit local. Jusqu'à l'aube du XXI^e siècle, les règles applicables sont celles issues de la délibération du 17 mai 1961, un texte se voulant simple et adapté au contexte local, pourtant inutilement complexe dans sa mise en œuvre. Il fait intervenir différentes autorités : les maires représentés parfois par leurs adjoints ainsi que les Cadis ; chaque institution tenant ses registres propres, conformément aux attributions qui lui sont reconnues. Une telle organisation reste source d'inutiles tracasseries³⁹⁴, un marasme inextricable. C'est tout l'inverse concernant l'état civil de droit commun. Il est resté longtemps centralisé à la mairie de Dzaoudzi-Labattoir, qui a fait intervenir les mêmes autorités, tenant un seul registre.

La réception dans l'ordre juridique réel d'une institution aussi importante, ne peut s'accommoder d'une telle complexité. Les citoyens n'ont pas à pâtir d'une législation aussi pathologique. Il en va de l'intérêt de la garantie de leurs droits, au regard notamment de l'utilité et de l'importance de l'état civil dans la vie sociale en général. C'est une institution qui profite tout aussi bien à l'État qu'aux administrés. Elle permet à l'État d'identifier et de

³⁹² F. BONNELLE (dir.), *op. cit.*, p. 62

³⁹³ On peut d'ailleurs faire le rapprochement avec les analyses de M. Gonidec sur la situation en Afrique, qui a en effet relevé « un divorce entre le droit voulu par les dirigeants africains, notamment le droit légiféré et le droit vécu par une fraction de la population » (P. F. GONIDEC, « Réflexions sur l'Etat et le Droit en Afrique », *Penant*, 1984, n°783, p. 22).

³⁹⁴ Voir P. BROSSIER, *op. cit.* ; C. MOURIAPREGASSIN, « La révision de l'état civil à Mayotte », *RJOI* n° spécial Mayotte 2009, p. 99 ; K. SZKLARZ, « La nécessaire réforme de l'état civil ou le progrès de l'état civil », in *Mayotte à la croisée des chemins*, p. 53

connaître ses nationaux, et à ces derniers, de jouir de leur personnalité juridique en exerçant effectivement les droits qui s'y rattachent, mais également de participer activement à la vie de la cité³⁹⁵.

Par ailleurs, et en termes d'accessibilité et d'intelligibilité, il ne s'agit pas là du seul reproche que l'on peut formuler à l'endroit de la délibération de 1961 portant réglementation de l'état civil de droit local. Il ressort de ses énonciations que ce texte s'applique « aux Comoriens musulmans ». Or la loi de 1975 tirant les conséquences de l'indépendance des Comores précisait que ceux des ressortissants gardant leur nationalité française soit automatiquement, soit par déclaration récognitive de nationalité relèvent du droit commun. Pourtant ils ont continué à vivre en application du droit local sous la complicité excusable des municipalités et des cadis, sans doute trompés par la formulation de la législation qui n'a fait l'objet d'aucune modification pour la mettre en conformité avec les dispositions de la loi de 1975. Le législateur aurait dû donc intervenir pour modifier la réglementation en cette matière. Cette rectification matérielle n'aurait cependant pas épuisé les difficultés inhérentes à l'état civil de droit local qui appelait une refonte générale.

175. Le régime foncier a reposé sur une double réglementation, le droit coutumier et le régime de l'immatriculation, en l'occurrence le décret du 4 février 1911 portant réorganisation du régime de la propriété foncière, étendu à Mayotte en 1931. Son article 17 rappelle le principe du maintien du droit foncier coutumier, sans exclure la possibilité du recours au régime de l'immatriculation. L'identification des différentes parcelles est devenue malaisée, favorisant l'insécurité juridique, privant ainsi les propriétés de la jouissance paisible de leurs biens.

La dualité de régimes fonciers est source en effet de conflits et tensions interminables. La même parcelle peut être disputée par deux personnes prétendant en être le propriétaire. La difficulté provient de ce que le régime foncier coutumier est un système précaire, au regard notamment de mode d'acquisition basé sur la vivification des terres mortes. Le propriétaire ne pourra que difficilement prouver les droits fonciers grevant son bien, en présence d'une personne nantie d'un titre. À ce propos, la formulation de l'article 17 du décret du 4 février 1911 n'est pas tellement d'un grand secours. Se bornant à poser le principe du respect de la possession immobilière et des droits réels, lorsque le bien est soumis au régime foncier

³⁹⁵ S. PARICARD, *op. cit.*, p. 87 et s.

traditionnel, il ne préconise aucune solution en présence d'un litige entre un propriétaire qui peut établir que le bien immobilier lui appartient et un adversaire nanti d'un titre de propriété. Une autre difficulté doit être envisagée, et concerne cette situation particulière des biens immobiliers en indivision. Ces biens restent souvent la propriété d'une famille. L'un des membres peut parfaitement vendre le bien sans jamais consulter les coïndivisaires. Cette pratique a été très courante durant les années 1990³⁹⁶. Cette situation ne pouvait perdurer. Des mesures devaient être prises pour assurer de manière effective la protection de ce droit fondamental.

2) Les solutions rétrospectivement envisageables

176. Il est question de solutions rétrospectivement envisageables, car le statut personnel mahorais est aujourd'hui vidé de sa substance, si bien qu'il serait inapproprié de laisser supposer que cela reste encore possible. Néanmoins, si les difficultés précédemment exposées se rencontraient encore aujourd'hui, voilà les solutions qu'on aurait pu préconiser.

177. La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relation avec les administrations³⁹⁷ contient un passage assez saisissant de sens, puisqu'il est clairement formulé que « les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller ». Il ressort de nos précédentes analyses que les règles du statut personnel mahorais sont éparses et ne font l'objet d'aucune publication facilitant leur accessibilité. À cela s'ajoute la complexité de la réglementation dans certains aspects. De telles imperfections sont résolument de nature à compromettre la garantie des droits. Il importe donc de réfléchir aux solutions qu'aurait pu adopter le législateur pour se mettre en conformité, du moins essayer de satisfaire aux exigences d'accessibilité et d'intelligibilité.

³⁹⁶ De nombreuses parcelles indivises ont ainsi été cédées à des acheteurs métropolitains à des tarifs très abordables, laissant la famille sans héritage en terme de biens immobiliers. Jean-Raymond Cudza, un chanteur originaire de Mayotte, a d'ailleurs composé une chanson pour dénoncer ces pratiques. Elle est intitulée « Balahé Mlimba », qui signifie « tant pis pour lui », c'est-à-dire pour quiconque a vendu une immense parcelle à « un étranger » oubliant ses héritiers, voire à leur détriment.

³⁹⁷ Loi n°2000-231 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, D. 2000, Lég. p. 221.

Cependant, les difficultés posées par les règles substantielles (le droit musulman et la coutume) n'étant pas de même ordre que celles inhérentes aux règles de forme que sont l'état civil, le régime foncier et la dévolution de la justice, les solutions à apporter varieront selon la nature du problème rencontré.

178. En pratique, le droit substantiel fait intervenir les coutumes mahoraises ainsi que certaines institutions musulmanes, mais sous une forme acculturée. Le droit musulman ne s'appliquant pas tel qu'il résulte du Minhadj, son maintien en tant que source du statut civil particulier s'avère dénué de tout intérêt. De ce droit, on ne pourra retenir que les seules institutions ayant véritablement cours dans l'île et conformément à la manière dont les façonne la pratique. Quant aux normes coutumières, étant déjà connues, il ne resterait plus qu'à les répertorier pour les rendre accessibles, et faciliter ainsi leur invocation par les plaideurs à l'occasion d'un litige. Avec les règles musulmanes acculturées, elles seraient rassemblées dans un recueil unique, une sorte de Code, appelé « le Code du statut personnel mahorais ». À travers cette initiative, outre l'avantage de l'accessibilité résultant de la codification, apparaît en filigrane la perspective unificatrice des règles substantielles mélangeant indistinctement les données coutumières et les données islamiques façonnées localement. On serait ainsi parvenu à mettre de l'ordre dans le contenu substantiel du statut civil de droit local applicable à Mayotte.

179. La codification offre un droit écrit, qui « existe pour éviter l'arbitraire, limiter les hypothèses, où les règles d'organisation de la vie sociale ne présentent pas assez de prévisibilité pour les individus »³⁹⁸. Elle poursuit plusieurs objectifs à la fois que sont « la popularisation de la loi, la simplification du droit, une meilleure assise de l'autorité du codificateur voire la confirmation de la puissance de l'écrit destiné à favoriser l'action de l'administration et somme toute du progrès »³⁹⁹. Les avantages sont donc indéniables. Le droit local mahorais aurait pu en tirer profit.

On aurait pu suggérer de codifier le droit traditionnel en vigueur, et permettre ainsi sa fixation définitive. Pareille initiative présente l'avantage de proposer une plus large diffusion de ces règles. L'expérience avait été tentée par des pays africains accédant fraîchement à

³⁹⁸ J.-M. LARRALDE, *op. cit.*, p. 13

³⁹⁹ B. DURAND (dir.), *La justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale* vol. I, UMR 5815 "Dynamiques du droit, Montpellier, 2001, p. 351.

l'indépendance. Certains d'entre eux avaient même songé à désigner des commissions chargées de faire des propositions sur l'éventualité de la rédaction des coutumes. L'idée fut cependant abandonnée au profit des textes inspirés du droit français⁴⁰⁰. Le Kenya, le Malawi ou encore le Botswana ont d'ailleurs essayé de codifier le droit traditionnel, sans véritable succès⁴⁰¹. La solution aurait dû être envisagée à Mayotte.

Le droit ainsi codifié aurait été celui voulu par les justiciables de droit local, qui le mettraient en œuvre dans leurs rapports, lui conférant ainsi une certaine légitimité. Déjà populaire, il aurait nécessairement suscité l'adhésion. Cette codification n'aurait d'ailleurs pas soulevé les mêmes difficultés que celles rencontrées dans certains pays de l'Afrique où différentes coutumes ont cours dans un même territoire, révélant une diversité coutumière rendant malaisée l'unification du droit. On ne peut pas dire que Mayotte ait été confrontée à la persistance de groupes ethniques disposant et vivant selon un mode de vie et des coutumes qui leur sont propres. De plus les pratiques étaient connues puisqu'elles ressortent d'une immense littérature juridique sur le statut personnel mahorais. D'une certaine manière, une partie du travail était déjà fait, il aurait juste fallu s'en inspirer pour mettre en place une législation plus en harmonie avec la réalité des pratiques, et unifier ainsi le droit local substantiel. Une difficulté resterait néanmoins à résoudre.

180. Il subsisterait en effet un inconvénient, et pas des moindres. Assez préoccupant cependant pour calmer les ardeurs d'une codification pure et simple de l'ensemble des coutumes mahoraises encore en vigueur. La limite ainsi portée à l'entreprise de codification a cela de gênant, car elle aboutirait à terme, à proposer perfidement « une relique de droit pratiqué par les anciens, un reflet d'une société régie par des principes de vie obsolètes »⁴⁰². Le droit serait ainsi figé, et foncièrement tourné vers le passé. Une telle approche aurait occulté les bouleversements affectant en profondeur la société mahoraise. Or, le droit doit évoluer pour répondre aux exigences nouvelles, pour ne pas être simplement un système en contemplation. Il aurait été donc préférable de proposer une législation en harmonie avec l'évolution sociale, que seule peut satisfaire une démarche constructive ; une

⁴⁰⁰ P.-F. GONIDEC, *Les droits africains. Evolution et sources*, 2^e éd., LGDJ, Paris 1976, p. 243.

⁴⁰¹ C. NTAMPAKA, « Introduction aux systèmes juridiques africains », *Presses Universitaires de Namur*, n°26, 2005, p. 83 à 88.

⁴⁰² P. DE DECKKER, L. KUNTZ, *La bataille de la coutume et ses enjeux pour le pacifique sud*, L'Harmattan, p. 88.

sorte de mariage entre les règles traditionnelles et des institutions modernes. Semblable à la solution choisie par le législateur voisin lorsqu'il a adopté le 3 juin 2005 le Code de la famille régissant le statut personnel comorien, un savant mélange des droits coutumier, musulman et français. En somme, des sources reflétant « l'expression de mentalités et logiques qui s'entrecroisent logique égalitaire et inégalitaire, sans pour autant se rejoindre »⁴⁰³. Cela permettrait tout à la fois de préserver les spécificités mahoraises qui en font son identité, tout en se préoccupant de l'avenir, précisément parce que l'identité d'une société est fluctuante⁴⁰⁴.

La société mahoraise étant en constante évolution, elle façonne ainsi son identité par les nouvelles habitudes qui en résultent, et qui méritent d'être prises en compte. Ce qui se traduit du point de vue juridique, par l'adoption d'une législation nouvelle en adéquation avec ces nouveaux comportements, une sorte de « synthèse harmonieuse de ce qu'il y a de valable dans le vieux droit traditionnel et de règles issues des systèmes juridiques modernes »⁴⁰⁵.

181. À l'évidence, quelle que soit la solution retenue, toute entreprise de codification aurait été partiellement vaine. Les coutumes mahoraises d'origine africaine sont d'essence matriarcale. Quant aux institutions musulmanes acculturées, elles sont de type patriarcal. Les uns discriminent l'homme, les autres discriminent la femme. Dès lors, si la codification de l'ensemble des règles réellement suivies par la pratique à Mayotte, complétées par des règles tenant compte des comportements nouveaux, aurait permis de réaliser l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité, force est de reconnaître que les dispositions ainsi codifiées contrarieraient manifestement les droits fondamentaux, car foncièrement discriminatoires. Or l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité concourt précisément à l'effectivité des droits fondamentaux. Accessibles, les règles coutumières codifiées ne résisteront pas à l'épreuve de ces normes supérieures, comme nous le verrons plus tard.

⁴⁰³ L. SERMET, « Droits de la femme et pluralisme aux Comores », *Revue Aspects* n° 1-2008, p. 88.

⁴⁰⁴ Et comme le dit si bien Norbert Roulant, à propos de l'identité, elle « ne nous est pas donnée clés en main par l'histoire : il y a toujours réinterprétation en fonction des besoins des acteurs dans le présent. Autrement, elle est dynamique et le passé à sa façon » (N. ROULAND, in P. DE DECKKER, L. KUNTZ, *La bataille de la coutume et ses enjeux pour le pacifique sud*, L'Harmattan, p. 9).

⁴⁰⁵ P.-F. GONIDEC, *op. cit.*, p. 278.

182. Des mesures devraient également être adoptées pour clarifier et épurer de leur complexité inutile les règles de forme, en l'occurrence l'état civil, le régime foncier et la dévolution de la justice. Si le principe de l'évolution de la réglementation de l'état civil et de la propriété foncière était unanimement admis, il en était tout autrement de la détermination des nouvelles règles ainsi que la technique à adopter. Au centre de ces préoccupations subsistait la volonté d'éviter les erreurs passées tout en apportant des solutions nouvelles. Celles-ci doivent être en adéquation avec la réalité de la société mahoraise. Il faut également songer à sensibiliser les autorités locales et l'ensemble de la population de l'intérêt de leur respect.

L'état civil et la propriété foncière présentaient les mêmes difficultés lorsque se posait la question de la nature de la réglementation à mettre en place. Ces deux institutions appelaient des réformes d'envergure.

183. L'état civil intéresse aussi bien l'État que les administrés. Ce double intérêt révèle l'importance de cette institution, rouage « essentiel à la sécurité juridique des personnes et relève de la compétence exclusive de l'État souverain »⁴⁰⁶. En tout état de cause, « une société moderne se doit d'avoir un état civil fiable. Il est dans l'intérêt des Mahorais d'avoir une identité claire (un prénom et un nom de famille, un lieu et une date de naissance précise) et une nationalité incontestable, les conséquences de l'état civil touchant tous les domaines ».⁴⁰⁷ Cela est d'autant plus important que l'état civil intéresse également d'autres services, comme « la police, la justice, la levée des impôts, l'élaboration des listes électorales (...) ».⁴⁰⁸ Cette institution aurait dû donc, de longue date, être détachée du statut personnel et être assimilé au droit commun.

La solution de l'unification de l'état civil à Mayotte a d'ailleurs été préconisée par la doctrine. Cependant, la réalisation d'une telle entreprise nécessitait la résolution préalable d'un certain nombre de difficultés. La fiabilisation de l'état civil s'impose avant toute tentative d'unification sous l'égide du droit commun. Il doit d'abord être procédé à la reconstitution de l'état civil de chaque mahorais, notamment l'établissement des actes de naissance, de mariage ou de décès comme cela aurait dû être fait. C'est un « véritable forçage

⁴⁰⁶ S. PARICARD, *op. cit.*, p. 90

⁴⁰⁷ F. BONNELLE (dir.), *op. cit.*, p.71

⁴⁰⁸ E. CADOU, *op. cit.*, p. 314.

des mentalités »⁴⁰⁹ au respect des règles relatives à la tenue des registres et celles portant sur l'enregistrement des actes qui doit être opéré. Fiabilisé, l'état civil pourra enfin être unifié et définitivement soustrait du champ d'application du statut civil particulier. En perspective, la centralisation des deux états civils dont la gestion devrait résolument être confiée aux maires, et toute contestation portée devant les juridictions de droit commun.

184. Le double régime foncier est longtemps resté une source d'insécurité juridique. Devant les limites du droit foncier coutumier, sa suppression était devenue inéluctable, pour laisser place au régime de l'immatriculation, qui devrait être généralisé et rendu obligatoire. Une telle perspective n'aurait été envisageable sans une résolution préalable de la problématique du cadastre, comme il était indispensable de procéder à la régularisation de l'occupation coutumière, sur les propriétés non titrées et présumées appartenir au domaine privé de la Collectivité. Il fallait également procéder à la catégorisation des parcelles selon le droit positif et l'identité des propriétaires reconnus par l'administration et s'assurer de l'occupation effective des parcelles et l'identité des propriétaires reconnus par la communauté.

L'initiative de réformer la propriété foncière apparaît en 1996. Elle tendait précisément à « la constitution d'une propriété foncière transparente, enregistrée et régulée »⁴¹⁰. Le régime foncier coutumier fondé sur la vivification des terres mortes a connu un franc succès à Mayotte. La carence de l'administration a également favorisé l'investissement de nombreux terrains domaniaux par des particuliers. Inversement, l'impossibilité pour les particuliers de prouver efficacement leur propriété a permis à l'administration de s'approprier d'innombrables propriétés privées réputées sans maître. Pour les autorités locales, la réforme foncière était indispensable pour le développement de l'île ; ce qui présupposait la généralisation de l'immatriculation et l'enregistrement régulier des mutations affectant les immeubles.

En définitive, il fallait éradiquer le système foncier coutumier jugé impropre au développement économique de l'île. Cet objectif précisé, restait à déterminer la nature de la législation à mettre en place.

⁴⁰⁹ S. PARICARD, *op. cit.*, p. 99

⁴¹⁰ C. BARTHES, « Effets de la régularisation foncière à Mayotte. Pluralisme, incertitudes, jeux d'acteurs et métissages », *Économie rurale*, 2009/5, p. 99-114

§2/ Les contrariétés substantielles et procédurales

185. Le statut civil de droit local applicable à Mayotte a longtemps renfermé des dispositions en évidente contradiction avec les droits fondamentaux, tant du point de vue substantiel (A) que procédural (B).

A) Les incompatibilités substantielles

186. Certains aspects substantiels du droit local mahorais portent manifestement atteinte aux droits et libertés fondamentaux, et notamment les principes de liberté et d'égalité.

1) Les atteintes à la liberté

187. Les atteintes portées à la liberté se rencontrent essentiellement dans le domaine du mariage. Figurant à l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴¹¹, la liberté du mariage n'est pas expressément prévue par la Constitution. C'est le Conseil constitutionnel qui va l'ériger en principe de valeur constitutionnelle dans sa décision du 13 août 1993⁴¹². Elle est aujourd'hui rattachée aux articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789⁴¹³, et apparaît comme « une composante de la liberté personnelle » protégée par ces deux articles de la Déclaration⁴¹⁴. La liberté du mariage est donc une liberté personnelle emportant protection constitutionnelle du consentement, révélant conséquemment la protection de l'aspect consensuel du mariage. Les personnes projetant de se marier doivent donc chacune et individuellement, exprimer leur volonté libre et éclairée de se prendre pour époux. C'est toute la difficulté du mariage en droit local.

L'élévation de la liberté matrimoniale au rang des principes à valeur constitutionnelle a nécessairement eu des incidences sur certaines règles musulmanes qui dominent la formation du mariage local. Elle remet en cause principalement la contrainte matrimoniale ou le droit de

⁴¹¹ On peut citer également l'article 16 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948, ainsi que l'article 23 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

⁴¹² Cons. const. n°93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 224

⁴¹³ Cons. const. n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Rec. p. 116

⁴¹⁴ Cons. const. n° 2003-484, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, Rec. p. 438

djabr, permettant au père de marier sa fille mineure, même si celle-ci s'y oppose⁴¹⁵. La même remarque peut être formulée à l'endroit de la représentation de la femme pubère par le tuteur matrimonial ou Wali.

188. Les différentes écoles juridiques musulmanes consacrent la tutelle matrimoniale en vertu de laquelle la femme ne peut se marier sans intermédiaire, en l'occurrence le *Wali*⁴¹⁶. Cependant et contrairement à certaines idées reçues, en droit musulman « toute personne ayant atteint la puberté est appelée à donner son consentement au mariage ; et ce consentement n'a pas besoin d'être complété par le consentement de personnes déterminées (père, tuteur testamentaire, ascendants) »⁴¹⁷. D'où il suit que le tuteur matrimonial qui représente la femme au moment de la célébration du mariage, est simplement investi de la mission de faire part à la volonté de celle-ci d'y consentir.

La tentation est forte de voir dans cette pratique une sorte de mandat, semblable à l'institution connue du droit français. Dans son article 1984, le Code civil le définit comme étant l'« acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom », étant précisé « le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ». Ainsi, dans la conception musulmane de la représentation, la femme tiendrait le rôle du mandant, tandis que le tuteur matrimonial assumerait celui du mandataire. À la différence du droit français, ce n'est pas la femme, de sa propre initiative, qui charge le Wali de la représenter en transmettant son consentement au mariage sur le point d'être célébré. Le Wali tient précisément sa fonction des prescriptions islamiques auxquelles la femme ne peut que se conformer. Encore faut-il que le représentant ait vraiment eu l'aval de la représentée. C'est dans son régime juridique que le mandat français prend résolument ses distances avec le mécanisme de la tutelle matrimoniale islamique.

En droit français, la personne prétendument représentée peut demander l'annulation du contrat pour défaut de pouvoir de mandat⁴¹⁸. Aussi, et s'agissant d'un contrat, le mandataire

⁴¹⁵ La règle n'est cependant pas uniformément appliquée par les Musulmans. Certaines doctrines comme le hanafisme et le chiisme semblent en effet respectueuses de l'avis de la fille mineure.

⁴¹⁶ H. BLEUCHOT, « Le mariage en droit musulman », *Annuaire Droit et Religions*-Vol. 2, 2006-2007, p. 187-198.

⁴¹⁷ PERE CHARLES SAAD, *Les mariages islamo-chrétiens*, L'Harmattan, 2005, p. 552.

⁴¹⁸ Sur la possibilité d'obtenir l'annulation du contrat de mandat pour défaut de pouvoir du mandat, voir notamment Civ. 1^{re}, 2 nov. 2005, *Bull. civ. I*, n° 395 ; *RTD civ.* 2006, p. 138, note P.-Y Gauthier.

s'expose-t-il à d'éventuelles sanctions en cas d'exécution défectueuse de la mission à lui confiée⁴¹⁹. Pareilles sanctions sont tout à fait ignorées de la tutelle matrimoniale, ce qui révèle sa dangerosité. Rien ne permet en effet de vérifier que le Wali a effectivement recueilli le consentement libre et éclairé de la future mariée. La femme peut donc se trouver mariée à son insu. L'on nous objectera que la pratique mahoraise révèle l'existence d'un échange de consentement, puisqu'au jour du mariage la femme se trouve dans une chambre voisine, et la personne qui célèbre l'union la consulte pour recueillir son consentement⁴²⁰. La difficulté vient de ce que cette apparence peut dissimuler une contrainte ou une simulation notamment pour ne pas froisser la famille, que la femme ne peut combattre en se prévalant d'un vice de consentement ou d'un défaut de consentement et obtenir ainsi l'annulation d'un mariage qu'elle n'a jamais voulu.

189. À l'analyse, la tutelle matrimoniale ne semble pas exclusivement poser un problème de liberté. Il arrive très souvent que l'envie de la femme de se marier soit réelle, sans qu'elle puisse pour autant s'affranchir du mécanisme de la représentation. Or, une telle obligation ne s'impose jamais à l'homme, laissant ainsi apparaître une discrimination résultant de l'exclusivité de la tutelle matrimoniale, qui ne joue que contre la femme. Il est difficile au regard de ce qui précède, de conclure au défaut de liberté matrimoniale de l'épouse. On se rapprocherait davantage d'une situation inégalitaire. La femme ne peut se présenter d'elle-même devant l'autorité célébrant le mariage pour donner son consentement. Le sien est donné puis transmis par-devant témoins, au lieu qu'il y ait échange successif et direct. Ce procédé inégalitaire combiné à l'absence de possibilité de faire annuler le mariage, lorsque le consentement de la femme n'a été donné qu'en apparence, constitue à n'en point douter une entorse à la liberté matrimoniale de la femme. Et pour lever toute suspicion, la réponse juridique doit être claire et ferme. En tout état de cause, il doit être assuré la possibilité pour tout époux d'exprimer pleinement sa volonté de consentir au mariage, et sans intermédiaire⁴²¹.

⁴¹⁹ Art. 1991 et s. du Code civil.

⁴²⁰ S. BLANCHY, Y. MOATTY, *op. cit.*, p. 124.

⁴²¹ La question du consentement de la femme musulmane se pose également en droit international privé, notamment lorsque le mariage doit être célébré en France et que la future épouse est de nationalité étrangère. Les règles entourant le consentement de la femme et issues de la pratique islamique se révèlent en contradiction avec l'ordre public matrimonial, qui impose un consentement individuel. Voir S. MEKBOUL, « Ordre public

La question semble tout autre concernant la fille impubère qui peut être mariée à son insu par son père usant de son droit de *djabr*. Il est clair qu'ici, à la différence de l'exemple précédent, la liberté matrimoniale est inexistante, la contrainte étant par définition exclusive de toute liberté. La pratique a eu cours à Mayotte, où on a relevé des cas de filles mariées de force très jeunes, sous le poids de la pression familiale, alors qu'elles n'étaient pas scolarisées, et s'exposant au risque de grossesse précoce⁴²². Ce constat oblige à une abrogation du droit de contrainte matrimonial, en ce qu'il entrave indubitablement la liberté matrimoniale. Il favorise le mariage forcé des jeunes filles dénuées d'entendement, et qui ne comprennent absolument rien à l'institution du mariage⁴²³.

2) Les prescriptions discriminatoires

190. Le droit local renferme en effet des prescriptions fortement discriminatoires. Les atteintes faites au principe d'égalité sont sans doute les plus nombreuses. Elles portent aussi bien sur l'égalité des sexes que des personnes, et précisément les enfants. Il s'agit bien évidemment de l'égalité devant la loi, c'est-à-dire l'égalité des individus dans l'exercice des droits subjectifs, principe dont le triomphe fait disparaître les prescriptions substantiellement discriminatoires.

191. Le principe d'égalité devant la loi ressort de l'article premier de la Déclaration de 1789. Le préambule de la Constitution de 1946 énonce quant à lui que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Ces deux textes relèvent, rappelons-le, du « bloc de constitutionnalité ». Par ailleurs, l'article 14 de la Convention européenne prohibe toute forme de discrimination. Quant à l'article 5 du protocole additionnel n° 7 à cette même convention, il consacre le principe d'égalité des droits entre époux durant le mariage et lors de sa dissolution. Il peut d'ailleurs paraître étonnant que la France qui a adhéré à de nombreuses conventions prohibant toute forme de discrimination, n'ait pas œuvré dans le sens de leur plus grand respect, laissant ainsi subsister un système juridique comme le statut personnel mahorais, lequel renferme des prescriptions

matrimonial et fonction du droit. La sanction politico-juridique des mariages forcés », *Dialogue* 2010/1 (n° 187), p. 69-83.

⁴²²Y. MOATTY, *op. cit.*, p. 489-490.

⁴²³L'on songe ici à la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JO* 5 avril 2006, p. 5097.

qui sont loin de réaliser l'égalité de l'homme et de la femme dans les rapports familiaux, et où le statut de l'enfant naturel est encore sujet à discussion.

Nous savons que le droit local mahorais est substantiellement régi par le droit musulman et la coutume. Ces sources formelles ont cette particularité de reposer toutes deux sur le principe du patriarcat et le principe du matriarcat ; l'un discriminant la femme et l'autre discriminant l'homme. C'est donc l'égalité des sexes qui en pâtit, générant des discriminations en matière successorale et dans les rapports entre époux.

En matière successorale, le privilège de masculinité propre au droit musulman permet à l'homme de recueillir une part plus importante que celle dévolue à la femme. La situation change sitôt envisagée la conception coutumière de la transmission des biens et qui privilégie les femmes. Les rapports entre les époux ne sont pas égaux, notamment en ce qui concerne la rupture du lien matrimonial. Il en est ainsi de la répudiation. Cette institution matrimoniale, en tant qu'elle constitue une prérogative discrétionnaire exclusivement maritale, contrevient nécessairement au principe d'égalité entre époux. Ce qui est critiquable dans la répudiation, ce n'est pas tant le caractère unilatéral, mais précisément son caractère discriminatoire. En tant que mode de dissolution du mariage, la répudiation est structurellement inégalitaire. Si le caractère unilatéral de la répudiation la rapproche du divorce pour altération définitive du lien conjugal introduit par la loi du 26 mai 2004, elle s'en détache résolument en ce qu'elle est dénuée de réciprocité, puisqu'une telle prérogative n'est pas reconnue à l'épouse.

192. En droit local, la filiation est également source de nombreuses critiques. La discussion porte précisément sur le statut de l'enfant né hors mariage, autrement appelé enfant naturel. En droit musulman, par filiation on entend « le fait de porter le nom de son père et de pouvoir hériter de lui »⁴²⁴. Pour porter le nom de son père et venir à sa succession, l'enfant doit nécessairement être issu d'un mariage, si bien que cette filiation paternelle ne se conçoit pas en dehors de celui-ci. L'ancien Grand Cadi de Mayotte Mohamed Hachim a soutenu que « le voleur n'a pas d'enfant »⁴²⁵. Il existe donc une discrimination à l'égard de l'enfant naturel en droit local, qui n'aura pas de filiation paternelle établie à son égard, ce qui le prive de toute vocation successorale à l'égard de son auteur.

⁴²⁴ C. FORTIER, *op. cit.*

⁴²⁵ H. MOHAMED, in L. SERMET et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, LGDJ / Montchrestien 2004, p. 588.

Lors même que de nombreuses règles coutumières violent frontalement le droit musulman à Mayotte, sans jamais que cela n'ébranle les convictions des Cadis, force est de reconnaître qu'ils n'ont pas fait preuve de la même indifférence à l'égard de l'enfant naturel. Il est en effet soutenu que « la position des institutions judiciaires cadiales a toujours été exprimée de façon très rigoureuse : il n'existerait aucune possibilité de rattacher l'enfant conçu hors du mariage à son père »⁴²⁶. En tout état de cause cette prohibition méconnaît l'intérêt supérieur de l'enfant et contrevient très sérieusement à l'article 14 de la Convention européenne, qui prohibe toute forme de discrimination⁴²⁷.

B) Les incompatibilités procédurales

193. Il est précisément question ici d'appréhender les règles procédurales de droit local à la lumière des exigences inhérentes au droit à un procès équitable, c'est-à-dire les « garanties fondamentales d'une bonne justice »⁴²⁸. À cet égard, il résulte des efforts communs du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne de droits de l'homme⁴²⁹, un

⁴²⁶ Alain CHATEAUNEUF, *op. cit.*, p. 587.

⁴²⁷ On se rappelle que dans l'arrêt Mazurek du 1^{er} février 2000, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour discrimination envers les enfants adultérins. C.E.D.H., 1^{er} février 2000, affaire Mazurek c/ France, Defrénois, S.R. n° 3 du 22 février 2000, p. 5 ; Defrénois, article 37179, n° 29, p. 654, obs. J. Massip ; *Dr. Famille* 2000, n° 2, p. 20, obs. B. de Lamy ; *J.C.P. éd. N.* 2000, n° 10, p. 431 ; *J.C.P.* 2000. II. 10826, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *Bull. Cridon Paris*, nos 7-8, 1-15 avril 2000. II. 139, obs. G. Khairallah ; *D.* 2000. 157 et 322, note J. Thierry ; *Petites Affiches* n° 93 du 10 mai 2000, p. 11, note S. Hocket-Berg ; *Droit et Patrimoine*, n° 82, mai 2000, p. 56, note P. Stoffel-Munck.

⁴²⁸ S. GUINCHARD, « L'influence de la Convention européennes des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la procédure civile », *LPA* 12 avril 1999 n° 72, p. 4.

⁴²⁹ Le droit à un procès équitable a été élevé au rang de principe à valeur constitutionnelle en 2005 et découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Cons. const., n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, Rec.*, p. 41). Il a une existence autonome qui le détache des droits purement procéduraux et concourant à la satisfaction d'une procédure juste et équitable, fondés eux sur l'article 6 du texte précité, en l'occurrence les droits de la défense dont la reconnaissance remonte à 1989. Cons. const, 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, JO* du 1^{er} août 1989, p. 9676 cons. 44. Le Conseil constitutionnel parle précisément de « l'équilibre des droits des parties ». L'approche est résolument différente de celle suivie par la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'est inspiré de l'article 6§1 de la Convention européenne de droits de l'homme, pour dégager les droits procéduraux, dont la concrétisation permet justement d'obtenir un procès équitable.

« fonds commun procédural », une sorte de « bloc de droits fondamentaux procéduraux, de garanties fondamentales d'une bonne justice qui ont vocation à s'appliquer dans tous les contentieux »⁴³⁰. L'analyse privilégiera cependant l'approche du juge européen⁴³¹.

194. Le droit à un procès équitable recouvre trois aspects : le droit à un tribunal, la jouissance de l'ensemble des garanties procédurales qui entourent le droit à un juge et l'exécution des décisions. Au sens conventionnel du terme, la notion de tribunal⁴³² s'entend de « tout organe établi par la loi, indépendant et impartial qui, suivant une procédure de caractère judiciaire, est habilité et obligé à rendre des décisions contraignantes au sujet des controverses ou des affaires qui lui ont été soumises »⁴³³. En ce sens, le décret du 1^{er} juin 1939 modifié investit la justice cadiale de la mission de résoudre les contestations s'élevant en droit local, complété en cela par la délibération du 3 juin 1964 qui énonce les règles de procédure. En droit local, la question du droit à un tribunal n'appelle donc pas de remarques particulières, puisque la justice cadiale est bien un tribunal au sens de l'article 6§ 1 de la Convention EDH⁴³⁴.

Puisqu'il est de longue date affirmé que « le droit à un procès équitable ne doit pas se concevoir de manière théorique ou abstraite, mais de manière concrète ou effective »⁴³⁵, il importe dès lors de vérifier si le fonctionnement de la justice de droit local a bien satisfait aux

⁴³⁰ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32^e éd., Dalloz, 2014 p. 9.

⁴³¹ La raison à cela s'explique par l'importance aujourd'hui reconnue à l'article 6 et le droit à un procès équitable qu'il consacre, à l'occasion des procès. Et cela précisément parce que « non seulement près des deux tiers des requêtes présentées devant les organes de Strasbourg, *comme devant les juridictions nationales* (c'est nous qui soulignons), invoquent prioritairement ses exigences » (G. COHEN-JONATHAN, « Conclusions générales », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruyant, Bruxelles 1996, p. 159).

⁴³² La reconnaissance du droit à un tribunal comme composant du droit à un procès équitable remonte à l'arrêt Golder, CEDH 21 févr. 1975, req. no 4451/70, Golder c/ Royaume-Uni, Série A, n° 18.

⁴³³ F. MATSCHER, *op. cit.*, p. 29.

⁴³⁴ La solution retenue dans l'arrêt *Sramek* illustre bien notre propos, puisque la Cour a clairement assimilé une autorité régionale autrichienne à un tribunal au sens de l'article 6§1 de la Convention, constatant qu'« il lui appartient de trancher, sur la base de normes de droit à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence » (CEDH, 28 octobre 1984, *Sramek c/ Autriche*, Série A, n°84).

⁴³⁵ P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruyant 2012, p. 8

exigences afférentes, et précisément celles liées aux garanties procédurales (1) et à l'exécution des décisions rendues (2).

1) Les incertitudes liées à la garantie procédurale devant la justice cadiale

195. Les garanties procédurales sont destinées à permettre à toute partie de faire valoir sa cause, en application des règles matérielles en vigueur. Ces garanties portent aussi bien sur la structure du tribunal que sur le déroulement du procès. De telles exigences sont-elles respectées en droit local ?

196. Lorsqu'elles visent la structure du tribunal, ces garanties interrogent sur son indépendance et son impartialité⁴³⁶, tant dans sa composition que dans son fonctionnement. Ces exigences sont fondamentales puisqu'il apparaît clairement qu'« il n'y a de vrai juge qu'un juge indépendant et impartial. Sinon, ce n'est qu'un simulacre de justice »⁴³⁷.

197. L'indépendance du tribunal apparaît comme « une condition essentielle à la confiance que les tribunaux doivent inspirer au public et aux parties »⁴³⁸. Aucune subordination hiérarchique ne doit être déplorée à l'égard des autres pouvoirs de l'État. Il est par ailleurs inadmissible que l'une des parties puisse exercer des pressions sur le juge⁴³⁹. L'idée est de s'assurer de l'effectivité des garanties qui entourent le statut du juge dans

⁴³⁶ La doctrine reconnaît cependant que les deux notions sont de distinction malaisée, en raison de leur chevauchement, et de la confusion qui en résulte. Voir par exemple F. MATSCHER, « La notion de « tribunal » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruyant, Bruxelles 1996, p. 35. Néanmoins, confusion ne saurait signifier ici identité, puisqu'il existe une différence conceptuelle. En effet, « l'indépendance s'exprime en externe, par rapport à d'autres pouvoirs que le pouvoir judiciaire », tandis que « l'impartialité est davantage liée à l'organisation et au fonctionnement internes des juridictions, aux qualités personnelles du juge » (S. GUINCHARD, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 8^e éd., Dalloz, 2015, p. 834). A l'évidence, les deux notions sont complémentaires. Plus précisément, l'indépendance du juge postule son impartialité, bien qu'il soit admis qu'« un juge indépendant n'est pas forcément impartial » (L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2006, p. 391).

⁴³⁷ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF 2013, p. 467.

⁴³⁸ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 472-473.

⁴³⁹ E. JEULAND, *Droit processuel*, LGDJ, 2014, p. 198.

l'exercice de son mandat, qui est de rendre la justice. Pour ce faire, la Cour européenne des droits de l'homme s'intéresse précisément « au mode de désignation et à la durée du mandat des membres, à l'existence de garanties contre des pressions extérieures et au point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance »⁴⁴⁰.

En pratique, c'est la conjonction de tous ces facteurs qui concourt à garantir l'indépendance statutaire du juge dont l'appréciation se fait de façon casuistique en référence à des faisceaux d'indices⁴⁴¹. Il importe peu que la désignation du juge procède d'une élection ou d'une nomination par l'exécutif. Dans cette dernière hypothèse, la Cour européenne des droits de l'homme précise néanmoins qu'il ne doit pas être constaté un état de subordination hiérarchique⁴⁴². Les conditions de désignation doivent en tout état de cause être encadrées par des garanties. Celles-ci peuvent être inhérentes à la procédure en application de laquelle intervient la désignation, ce qui implique « une mise en concurrence des postulants, un entretien avec ceux-ci en vue d'évaluer leurs capacités et une consultation de titulaires de professions judiciaires », comme elles peuvent « résulter d'autres dispositions qui mettent les magistrats à l'abri de pressions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles »⁴⁴³. Il ne doit pas subsister le risque d'une révocation arbitraire du juge, crainte que peut dissiper son inamovibilité. À ce propos, il a été jugé que « l'absence de consécration expresse en droit de cette inamovibilité n'implique pas en soi un défaut d'indépendance du moment qu'il n'y a reconnaissance de fait »⁴⁴⁴.

198. L'impartialité se présente comme une « obligation qui est la traduction juridique d'une exigence de neutralité, elle-même gage de la crédibilité du juge »⁴⁴⁵. Elle est indispensable à « la confiance des justiciables, sans laquelle la paix judiciaire n'est qu'une frustration plus ou moins refoulée et le ferment de réactions impulsives »⁴⁴⁶. La notion d'impartialité reste néanmoins d'appréhension malaisée, à telle enseigne que « l'on a coutume de se référer à ses contraires : le préjugé, le parti pris. C'est donc par une démarche *a*

⁴⁴⁰ CEDH 28 juin 1984, req. nos 7819/77 et 7878/77, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, Série A, no 80, §78.

⁴⁴¹ L. MILANO, *op. cit.*, p. 393.

⁴⁴² CEDH 22 octobre 1984, *Sramek c/ Autriche*, 8790/79, §41 et §42.

⁴⁴³ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 469

⁴⁴⁴ CEDH 28 juin 1984, req. nos 7819/77 et 7878/77, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, Série A, no 80, § 80.
CEDH 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c/ France*, §67.

⁴⁴⁵ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 884.

⁴⁴⁶ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 490.

contrario que l'on cerne le mieux l'exigence d'impartialité »⁴⁴⁷. On raisonne ainsi en terme de crainte de partialité éprouvée par le justiciable de la part du juge, risque qui connaît deux déclinaisons traduisant un « faisceau d'indices »⁴⁴⁸, permettant de caractériser le défaut d'impartialité subjective ou d'impartialité objective⁴⁴⁹.

La frontière reste néanmoins de délimitation troublante, et apparaît en ce sens poreuse. La Cour européenne des droits de l'homme le reconnaît elle-même. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux précisions apportées par l'arrêt *Micallef* où la Cour admet en effet que « la frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est pas hermétique, car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective), mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective) »⁴⁵⁰.

On ne peut s'empêcher de relever la difficulté inhérente à la partialité subjective qui fait intervenir une considération psychologique rendant délicate sa preuve. Elle a besoin d'être extériorisée pour faciliter son contrôle par le juge⁴⁵¹. Si bien que pour son établissement, elle oblige à se fonder sur des éléments objectifs. Ces considérations justifient que l'impartialité subjective du juge, soit présumée, jusqu'à la preuve du contraire. Pour ce faire, « il suffit qu'objectivement la justice apparaisse comme n'ayant été rendue de manière impartiale, pour que le justiciable obtienne une constatation de violation de l'article 6§ 1 »⁴⁵². Dès lors, ce sont les apparences qui vont aider à caractériser le défaut d'impartialité personnelle, par opposition à l'impartialité fonctionnelle, laquelle procède de ce que « le juge a déjà été amené à intervenir dans l'affaire, de telle sorte qu'il a pu se faire une opinion sur celle-ci »⁴⁵³. Dans

⁴⁴⁷ L. MILANO, *op. cit.*, p. 426.

⁴⁴⁸ E. JEULAND, *op. cit.*, p. 200 et s.

⁴⁴⁹ Cette distinction résulte de l'arrêt *Piersack* qui révèle « une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait en son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime » (CEDH, 1^{er} octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*, A. 53, §53).

⁴⁵⁰ CEDH 15 janvier 2008, *Micallef c/ Malte*, 17056/06, §95.

⁴⁵¹ C'est du reste ce que nous dit la Cour de cassation. Voir Civ. 2^e, 14 septembre 2006, *JCP* 2006, II, 10189, avis R. Kessous.

⁴⁵² S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 886.

⁴⁵³ N. FRICERO, S. ANTIOLIS, « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/3 N° 40, p. 37-48.

cette hypothèse, la partialité d'essence objective est caractérisée soit par « l'exercice successif de fonctions différentes », soit par « l'exercice continu d'une fonction identique »⁴⁵⁴. En définitive, lorsqu'est en cause l'impartialité personnelle du juge on parle de « préjugé », tandis que l'impartialité fonctionnelle est inhérente à un « préjugé »⁴⁵⁵.

199. Le Cadi est un fonctionnaire de la Collectivité de Mayotte, devant passer un concours de connaissance en droit musulman sanctionné par un jury. Il accède à ses fonctions suite à une décision préfectorale, après avis du Procureur et d'une commission composée de différentes autorités (magistrats professionnels et Cadis), ce qui laisse supposer que la procédure de désignation présente des garanties, excluant ainsi toute remise en cause de l'indépendance du Cadi. Celui-ci qui peut en effet exercer ses attributions juridictionnelles sans aucune forme de pression.

Outre ses attributions juridictionnelles et conformément à l'article 20 de la délibération du 3 juin 1964, le Cadi occupe diverses fonctions extrajudictionnelles. Il est notaire, tuteur légal des incapables et absents, administrateur de *waqfs*, représentant légal du défunt en cas de succession non réglée. L'exercice de certaines de ces fonctions peut parfois révéler des conflits qui ne peuvent être résolus que dans un cadre judiciaire, faisant ainsi intervenir le même Cadi. Si bien qu'après avoir exercé l'une des fonctions citées précédemment, il peut intervenir pour résoudre les difficultés juridiques susceptibles d'en résulter. Cette concentration de fonctions dans les mains d'une même personne, mêlant la fonction de juger sème objectivement le doute sur la partialité cadiale. Ainsi, après avoir assumé sa fonction extrajudictionnelle dans l'une des hypothèses énumérées à l'article 20 de la délibération de 1964, le Cadi pourra intervenir pour statuer en tant que juge lorsque surgit un litige. Cela est d'autant plus dangereux que cette juridiction statue à juge unique. Ce qui signifie qu'il n'y a pas de possibilité de limiter le risque de partialité notamment par le recours à la collégialité.

Par ailleurs, la délibération de 1964 ne prévoit aucun mécanisme permettant d'écartier la partialité, en l'occurrence la récusation. Il apparaît donc que la justice cadiale présentait des hypothèses de manquement à l'exigence d'impartialité. Son organisation et fonctionnement violait conséquemment le droit à un procès équitable au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁴⁵⁴ E. JEULAND, *op. cit.*, p. 200 et s.

⁴⁵⁵ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 884 et s.

200. À côté de ces garanties inhérentes à l'organisation du tribunal, il existe des exigences afférentes au déroulement du procès constituées par les droits de la défense, ceux « exprimant l'essence même du procès »⁴⁵⁶, et qui appartiennent à chacune des parties. La défense, nous dit la Cour de cassation « constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; son exercice effectif exige qu'il soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention »⁴⁵⁷. Au nombre des droits de la défense, la doctrine propose le principe du contradictoire, l'égalité des armes, de la publicité, la motivation des décisions et les voies de recours. Les deux premières exigences concernent le procès, tant dans les relations entre les parties, que dans leurs relations avec le juge, tandis que les autres vont au-delà du procès pour mettre en évidence les rapports que les justiciables ont avec le système judiciaire. Ces « autres droits de la défense » présentent la double particularité de préserver le justiciable de l'arbitraire du juge tout en lui garantissant une « bonne justice dans une société démocratique »⁴⁵⁸.

En application du principe du contradictoire, érigé par le Conseil constitutionnel en « principe général de droit »⁴⁵⁹, « les parties au procès doivent être mises en mesure de s'opposer mutuellement et d'opposer au juge, les moyens et les preuves dont elles disposent à l'appui de leurs prétentions »⁴⁶⁰. L'égalité des armes considérée comme « une exigence de qualité des autres droits de la défense et, notamment, du contradictoire »⁴⁶¹, et résulte de l'avis donné par la Commission EDH dans l'affaire *Szwabowicz*. Elle « implique (...) l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »⁴⁶². En vertu du principe de la publicité, sauf « raisons impérieuses »⁴⁶³ justifiant la tenue d'une audience à huis clos, les débats sont ouverts au public. Le juge doit en tout état de cause motiver sa décision pour dissiper tout risque d'arbitraire ou de partialité, ce qui « l'oblige à élaborer un raisonnement rigoureux pour

⁴⁵⁶ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, p. 632.

⁴⁵⁷ Ass. plén. 30 juin 1995, Bull. n° 4, p. 7.

⁴⁵⁸ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, p. 664.

⁴⁵⁹ Cons. const. 13 novembre 1985, Rec. p. 116.

⁴⁶⁰ J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., Montchrestien, p. 239.

⁴⁶¹ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, p. 637.

⁴⁶² Commission EDH, avis du 30 juin 1959, Affaire *Szwabowicz c/ Suède*, req. n°434/58, Annuaire II, p. 535.

⁴⁶³ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, p. 676.

fonder sa décision »⁴⁶⁴. La publicité des débats et l'obligation de motiver les décisions en tant que garanties procédurales contre l'arbitraire et la partialité du juge, s'accompagnent de la nécessité d'organiser des voies de recours pour permettre la contestation de toute décision judiciaire.

201. En droit local, l'article 12 du décret du 1^{er} juin 1939 modifié prévoit que « les parties doivent comparaître en personne. En cas d'empêchement, dont les causes sont appréciées souverainement par le tribunal saisi du litige, les parties peuvent se faire représenter par un mandataire préalablement agréé par ledit tribunal pour chaque affaire déterminée ». Force est de reconnaître que les avocats boudaient le prétoire cadial, réservant exclusivement leur intervention devant la chambre d'annulation musulmane, le plus souvent pour contester la violation des règles de procédure. On peut expliquer leur absence devant les tribunaux des Cadis et du Grand Cadi par leur méconnaissance des règles de droit local. Il faut également reconnaître que jusqu'à récemment le barreau de Mayotte ne comptait que très peu d'avocats mahorais. Il est dès lors impensable que des avocats venus de la métropole, ou de la Réunion, ne maîtrisant pas nécessairement les règles coutumières mahoraises, s'aventurent à vouloir défendre les intérêts de leurs clients en pareille circonstance.

Même si le décret de 1939 ne prévoyait pas expressément la présence des avocats dans le contentieux de droit local, il a tenté autant que faire se peut de garantir le respect du principe du contradictoire. N'est-il pas dit dans son article 10 que « la demande est introduite devant le cadi soit par la comparution volontaire et simultanée des parties, soit par celle du demandeur seul » ? Il faut faire preuve d'une certaine intelligence, et se figurer le cadre dans lequel se déroule le procès du droit local, tout en ayant à l'esprit l'objectif poursuivi par le législateur colonial, lorsqu'il a décidé de mettre en place une justice simple, rapide et peu coûteuse. C'est que d'ordinaire le Cadi réglait le litige aussitôt que les plaideurs se présentaient à lui. Etant donné que l'article 11 du décret prévoyait la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction, avant de statuer au fond, on peut légitimement penser que cela pouvait arriver dans les affaires complexes.

Conformément à l'article 7 du décret du 1^{er} juin 1939 modifié, les cadis devaient sous peine de nullité de la procédure, tenir des audiences publiques. La publicité était néanmoins exclue en vertu du même article, contraignant le Cadi à « ordonner que les débats aient lieu à

⁴⁶⁴ J. HERON, T. LE BARS, *op. cit.*, p. 405.

huit clos si cette publicité doit être dangereuse pour les mœurs ou pour l'ordre public ». Des voies de recours étaient prévues contre les décisions des tribunaux des Cadis, contre celles du Grand Cadi, et même à l'encontre des décisions émanant de la Chambre d'annulation. Dans cette dernière hypothèse, le recours s'est souvent fait auprès de la Cour de cassation.

Cependant, et de l'aveu même de M. Sermet, « les règles procédurales sont des plus limitées, car les principes directeurs du procès cadial et leur pratique restent très informels »⁴⁶⁵. Il s'agit là à n'en point douter d'un constat fait sur la pratique qui ne reflète guère les prévisions procédurales, notamment celles résultant du décret du 1^{er} juin 1939 modifié. Par ailleurs, nonobstant les prévisions de ce texte, l'évolution de la société mahoraise a sans doute commandé une plus grande rationalisation de cette justice. Et cette tâche a nécessairement incombé aux autorités locales, qui se devaient de prendre les mesures nécessaires à la bonne administration de la justice, en la mettant en conformité avec les exigences modernes telles que consacrées par la CEDH en application de l'article 6§ 1 de la Convention européenne.

2) Les incertitudes affectant l'exécution des décisions

202. Il n'est mentionné nulle part dans la Convention européenne des droits de l'homme, un quelconque droit à l'exécution des décisions judiciaires. Il peut paraître vain en effet de prévoir un droit au juge dénué de toute éventuelle contrainte quant à l'exécution des décisions par lui rendues. C'est tout l'intérêt de l'arrêt *Hornsby* du 19 mars 1997⁴⁶⁶ qui fait du droit à l'exécution des décisions judiciaires un des composants du droit à un procès équitable,

⁴⁶⁵ L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane » *op. cit.*, p. 444.

⁴⁶⁶ La Cour rappelle en effet que « le droit d'accès à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6, § 1 décrive en détail les garanties de procédure (équité, publicité et célérité) accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en œuvre des décisions judiciaires ; si cet article devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit que les Etats contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention (...). L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6 » (C.E.D.H., 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, *Dr. adm.*, mai 1997, no 185 ; *AJDA* 1997, 986, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 1997, II, 22949, note O. Dugrip et Fr. Sudre ; *RTD. civ.* 1997, 1009, obs. J.-P. Marguenaud et Raynard ; *D.* 1998, 74, note N. Fricéro ; *Clunet* 1998, 185, note H. Ascensio ; *RGDP* 1998, 230, obs. J.-F. Flauss).

et précisément sa « troisième grande garantie »⁴⁶⁷. Il est donc opéré un déplacement des exigences du procès équitable, qui ne se limitent plus au droit à un tribunal et à des garanties procédurales. Ces exigences s'étendent à l'exécution de la décision rendue à l'issue du procès. Elles font désormais peser sur l'Etat des obligations positives, le contraignant à prendre des mesures destinées à faire produire à la décision judiciaire les effets concrets qui lui sont attachés. C'est à cette condition seulement que l'on peut rendre effectif le droit à un procès équitable.

Cependant, certaines affaires en raison de leur complexité peuvent être source de difficulté. En ce sens, la Cour admet que « les autorités puissent disposer d'un délai raisonnable pour choisir les moyens les plus adéquats pour donner effet » aux décisions judiciaires qui en résultent⁴⁶⁸. Néanmoins, « l'abstention de l'Administration au-delà du délai raisonnable constitue une illégalité fautive engageant sa responsabilité en droit interne »⁴⁶⁹. Le droit à l'exécution des décisions judiciaires oblige l'État à tout faire pour donner une consistance aux solutions obtenues par les justiciables à l'occasion des litiges les opposant à l'administration ou entre eux⁴⁷⁰. Il peut en ce sens, apporter son concours par le recours à la force publique. Du reste, une telle prescription ressort des énonciations de l'article 16 du décret du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, et va au-delà de l'exécution des décisions de justice, puisqu'elle englobe les autres titres exécutoires⁴⁷¹.

203. À l'analyse, les textes régissant le statut personnel mahorais ont bien abordé la question de l'exécution des décisions de justice. L'article 15 du décret du 1^{er} juin 1939 rappelle en effet que « les jugements définitifs émanant des tribunaux de cadis sont mis à exécution par leurs soins et sont immédiatement exécutoires nonobstant les délais de recours en annulation prévus à l'article 25 ». Le caractère exécutoire des décisions cadiales est rappelé par la délibération du 3 juin 1964 réglementant la procédure devant la justice de droit local, dans son article 8. Ici encore, l'exécution d'une décision incombe encore au Cadi qui l'a

⁴⁶⁷ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 1159.

⁴⁶⁸ C.E.D.H., 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, Dr. adm., mai 1997, no 185, §43.

⁴⁶⁹ O. DUGRIP, F. SUDRE, « Droit à un procès équitable et exécution des décisions de justice », *JCP G* n°47, 19 novembre 1997, II 22949.

⁴⁷⁰ CEDH 17 juin 2003, *Ruianu c/ Roumanie*.

⁴⁷¹ Sur les voies d'exécution, voir notamment A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution* 2^e éd., Dalloz, 2014.

rendue. La délibération de 1964 comporte une innovation, puisqu'elle prévoit la possibilité de faire appel à la force publique (art. 19). Toutes ces dispositions sont presque restées en contemplation, puisque les décisions cadiales n'ont été exécutées qu'en de très rares occasions. Il n'est pas attesté qu'ils aient pu solliciter à cet effet l'intervention de la force publique.

On a pu dire à l'endroit de la justice de droit qu'il s'est agi d'une « justice aléatoire »⁴⁷². Les justiciables obtiennent la reconnaissance de leurs droits subjectifs, sans que les solutions ainsi rendues ne soient suivies d'effet. Or, le droit à un procès équitable constitue « non seulement un support procédural indispensable à la protection d'autres droits fondamentaux, mais il est analysé parfois comme une composante d'un droit substantiel »⁴⁷³, caractérisé par le droit à l'exécution des décisions de justice. La finalité même de l'existence du pouvoir judiciaire, est de permettre à tout justiciable de « saisir le juge et d'obtenir de lui une décision juridictionnelle »⁴⁷⁴, dont le prononcé doit en tout état de cause être suivi de son exécution, sous peine de rendre purement fictif le droit au juge. Toutes les imperfections affectant la justice cadiale auraient pu être éradiquées avec « une volonté politique pour l'améliorer et la rendre efficace »⁴⁷⁵. On ne saurait donc faire porter toute la défaillance de la justice de droit local aux seuls Cadis.

La critique serait en effet sévère si elle occulte la part de responsabilité des élus mahorais. Il faut reconnaître qu'ils n'ont jamais manifesté un quelconque empressement à venir en aide à la justice cadiale qui a pourtant réclamé des moyens matériels et humains pour mener à bien sa mission⁴⁷⁶. Les doléances cadiales sont restées vaines, tant la volonté des élus mahorais était manifeste pour l'éradiquer du paysage juridique local, du moins dans ses attributions juridictionnelles⁴⁷⁷. Cette solution avait d'ailleurs trouvé écho dans la doctrine.

⁴⁷² J.-J. HYEST, M. ANDRÉ, Ch. COINTAT et Y. DÉTRAIGNE, « Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités », *Rapports d'information* n°115 (2008-2009), 27 novembre 2009.

⁴⁷³ G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 172

⁴⁷⁴ F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTD civ.*, 1982, p. 278.

⁴⁷⁵ A. ALI ABDALLAH, « Le statut personnel mahorais à l'aube de la départementalisation de Mayotte », in F. ANGLEVIEL (dir.) *Les outre-mers français*, V. n°1 2012, L'Harmattan, p. 202.

⁴⁷⁶ A. ALI ABDALLAH, *Le statut juridique de Mayotte. Concilier droit interne et droit international : réconcilier la France et les Comores*, L'Harmattan 2014, p. 584.

⁴⁷⁷ Constatant que la délibération du 3 juin 1964 « ne répond pas à l'attente des justiciables du fait de la formation initiale des cadis », le conseil général de Mayotte avait d'ailleurs adopté un vœu le 25 novembre 1995 (P. SHULTZ, *op. cit.*). Il préconisait l'ouverture d'une option de juridiction en faveur des juridictions de droit

M. Retterer l'a justifiée d'ailleurs en constatant que « la justice cadiale attachée au statut personnel ne serait pas inhérente à celui-ci »⁴⁷⁸, tandis que M. Guillaumont a soutenu que l'exercice du statut personnel ne rendait pas indispensable son maintien⁴⁷⁹. Les Cadis devaient donc être libérés de leurs attributions juridictionnelles au profit des magistrats professionnels. Une telle issue paraissait inéluctable. Il fallait en droit local une justice plus moderne, reposant sur une organisation rationnelle. Les bouleversements affectant l'île ne pouvaient s'accommoder du système juridique officiel et de la justice archaïque rendue en pratique. La mission du droit, qui « est, justement, d'introduire de la sécurité dans les rapports collectifs et inter-individuels »⁴⁸⁰, se trouvait sérieusement compromise.

204. La disparition de la justice cadiale remplacée par les juridictions de droit commun ne constituait pas une innovation. À l'époque coloniale, les litiges de statut personnel étaient tranchés au Sénégal, par les juridictions civiles. Aujourd'hui, c'est la solution ayant cours en Nouvelle-Calédonie depuis quelques années. La résolution des litiges s'élevant en droit coutumier kanak relève de la compétence des juridictions de droit commun complétées d'assesseurs coutumiers ayant voix délibérative. La disparition souhaitée de la justice cadiale ne fait que corroborer les vives critiques doctrinales sur son fonctionnement

Section 2 : Une fondamentalisation de concrétisation malaisée

205. Alors que la Cour de cassation a consacré dans l'arrêt *Jacques Vabre* du 24 mai 1975⁴⁸¹, la primauté, mais aussi l'effet direct des normes ressortant de textes internationaux, au nombre desquels la Convention européenne des droits de l'homme, force est de reconnaître

commun, le transfert des compétences en matière d'état civil et de succession au tribunal de première instance, et de limiter enfin les compétences des cadis à leur fonction notariale et à la conciliation. Le Conseil général allait réitérer sa volonté de réformer l'institution l'année suivante. Il souhaitait voir limiter la compétence cadiale à la célébration du mariage, au règlement de la succession et à la conciliation ; l'idée étant bien évidemment de supprimer les attributions juridictionnelles du Cadi.

⁴⁷⁸ S. RETTERER, *op. cit.*, p. 1078.

⁴⁷⁹ Voir O. GUILLAUMONT, « Statut personnels et Constitution... », *op. cit.*

⁴⁸⁰ B. MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°11, déc. 2001.

⁴⁸¹ Cass. mixte, 24 mai 1975, *D.* 1975, p. 497, note A. Touffait.

que l'invocation de cette norme de protection supranationale, lorsqu'est en cause une règle du statut personnel, devient problématique. Il importe dès lors d'en expliciter les causes (§1).

Une telle attitude a quelque chose de choquant, quand on sait que ces normes ont vocation à irriguer l'étendue du droit applicable dans l'ordre juridique interne. Pourquoi ces normes supérieures ne peuvent-elles pas se déployer sur les particularismes locaux, notamment mahorais ? Il serait préférable au regard de l'analyse qui va suivre, de faire produire leurs effets pleins aux droits fondamentaux sur le statut civil particulier (§ 2).

§1/ Les causes du problème

206. La soumission des règles du statut personnel mahorais aux droits fondamentaux bute principalement sur deux difficultés. Elle implique au préalable que soit résolue la question de la portée de la garantie constitutionnelle du statut civil dérogatoire de droit commun, par l'article 75 de la Constitution (A). Elle commande ensuite que soit discuté l'absolutisme de la fameuse clause dite « des nécessités locales » (B).

A) La problématique liée à l'interprétation de l'article 75 de la Constitution

207. La lecture de l'article 75 de la Constitution révèle des certitudes et des doutes. Il apparaît clairement que celui-ci reconnaît l'existence d'un statut personnel à l'expression multiple, à côté du statut civil de droit commun dont les règles sont établies par le législateur. Il en résulte également la possibilité d'y renoncer. Néanmoins, aucune indication ne filtre quant à la portée de la garantie constitutionnelle du statut personnel. Faut-il considérer que cette constitutionnalisation s'étend aux règles qui le composent, les préservant ainsi de toute soumission aux droits et libertés constitutionnellement garantis ? Seule une interprétation de cette disposition par le juge constitutionnel aurait permis de lever le doute. La solution sera donnée dans sa décision du 17 juillet 2003, où il a clairement tranché en faveur de la soumission des règles du statut civil particulier aux droits et principes constitutionnels (2). Bien que timide, la doctrine avait semblé déjà pencher en ce sens (1).

1) Les divergences doctrinales

208. Longtemps durant, la question de la soumission du statut personnel aux droits fondamentaux issus de la Constitution n'a pas semblé intéresser la doctrine. Celle-ci était

davantage préoccupée à discuter le point de savoir qui du législateur et du pouvoir réglementaire doit être compétent pour en établir les règles. C'est du reste le constat fait par M. Boyer⁴⁸², avant de prendre position lui-même. La question a vraisemblablement trouvé de l'intérêt, suite à la décision rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation le 25 février 1997⁴⁸³, à propos d'un litige successoral s'étant élevé en droit local mahorais.

Avant la décision du Conseil constitutionnel du 17 juillet 2003, certains auteurs s'étaient prononcés en faveur du respect des droits constitutionnellement garantis par le statut personnel. D'accord sur le principe, ils se détachent néanmoins en ce qui concerne les limites pratiques avancées par les uns et les autres.

209. Pour M. Boyer, il ne fait pas de doute que la constitutionnalisation des droits et libertés emporte respect du statut personnel à leur égard⁴⁸⁴. Intervenu avec l'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958, ce processus fait de la Constitution la norme suprême devant laquelle doit désormais s'incliner la loi, qui voit ainsi disparaître son impérialisme. La Constitution assure désormais la protection des droits et libertés, et la loi se doit de les mettre en œuvre. Et pour donner plus de consistance à cette innovation, le constituant a prévu un véritable contrôle de constitutionnalité des lois, dont l'exercice est confié au Conseil constitutionnel, qui doit s'assurer de leur respect par le législateur dans l'établissement des règles de droit. Dans cette perspective, difficile de croire que le statut personnel, en tant qu'il régit les rapports privés de certains citoyens français, puisse échapper à la soumission aux droits fondamentaux.

La thèse de la soumission du statut personnel à ces droits est également défendue par MM. Barrière et Garé. Commentant l'arrêt précité du 25 février 1997, ces auteurs se sont demandés « comment tolérer, au sein de notre ordre juridique, des statuts locaux dont certaines dispositions sont contraires à la Constitution »⁴⁸⁵. Cette interrogation ne manque pas de pertinence lorsqu'on sait que l'article 82 de la Constitution du 27 octobre 1946, qui a reconnu pour la première fois l'existence constitutionnelle des statuts personnels des Français ultramarins, avait émis une réserve en rappelant 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

⁴⁸² A. BOYER, *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'état unitaire...*, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁸³ Cass. civ. 1^e, 25 février 1997, *op. cit.*

⁴⁸⁴ A. BOYER, *op. cit.*, p. 255.

⁴⁸⁵ L-A BARRIERE, T. GARÉ, *note sous Civ 1^{ère} 25 février 1997, JCP G 1997, n°22968*, p. 557

français ». Il en résulte qu'avec la constitutionnalisation des droits et libertés, les règles du statut personnel doivent en tout état de cause les respecter. C'est d'ailleurs sur cette base que M. Boyer avait construit sa thèse, s'inspirant par ailleurs des travaux préparatoires⁴⁸⁶. D'accord sur le principe, ces auteurs n'en tempèrent pas moins leurs positions, notamment au regard des limites pratiques de cette thèse. Cependant les limites par eux avancées, ne sont pas de même nature.

210. Tout en préconisant la supériorité de la Constitution sur le statut personnel, MM. Barrière et Garé concèdent néanmoins que l'éventualité de voir une règle de droit local écartée en raison de son inconstitutionnalité suppose que cette inconstitutionnalité soit soulevée par l'une des parties à un procès⁴⁸⁷. Or, il y a quelques années encore, il n'existait pas en France de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi, une fois celle-ci entrée en vigueur. Cependant, le contexte normatif a évolué, du fait de la réforme constitutionnelle du 28 juillet 2008. À cette occasion, a été instituée une nouvelle procédure, permettant à tout justiciable de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi en vigueur, à l'occasion d'un litige. Il s'agit de la question prioritaire de constitutionnalité (la QPC), figurant à l'article 61-1 de la Constitution. Celui-ci énonce que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Il peut paraître néanmoins difficile de croire que la Cour de cassation se laisse tenter de transmettre une QPC portant sur le droit local, elle qui ne s'est jamais ménagée pour faire respecter l'application de l'article 75 de la Constitution. Seule une intervention législative est de nature à rendre effectif le respect par le statut personnel des droits constitutionnellement garantis.

M. Boyer s'inspire quant à lui d'autres considérations. Il explique entre autres raisons que c'est délibérément que les bénéficiaires du statut personnel ont entendu s'y soumettre nonobstant les contrariétés qu'il renferme au regard des droits fondamentaux. Partant, si les règles qui le composent leur causent une quelconque gêne, ils peuvent s'en affranchir, en usant de leur prérogative constitutionnelle de renonciation. Dès lors, conclut-il, on ne peut aller contre leur volonté et décider de faire triompher le respect des droits fondamentaux sur

⁴⁸⁶ A. BOYER, « L'article 75 de la constitution de 1958... », *op. cit.*, p. 394.

⁴⁸⁷ L-A BARRIERE, T. GARÉ, *Note sous Civ I^{ère} 25 février 1997, JCP G 1997, n°22968*, p. 557

le statut personnel. Et pour donner plus de consistance à sa démonstration, il affirme que « l'article 75 de la Constitution consacre le respect du droit des minorités en droit positif et limite la constitutionnalisation du droit privé qui doit rester faible sous peine de consacrer une uniformisation du statut civil *contra legem* »⁴⁸⁸.

Au-delà donc d'un bénéfice forcé des droits fondamentaux imposés aux justiciables en matière de statut personnel, c'est surtout le spectre de l'assimilation que l'auteur entend préventivement écarter. Il faut convenir qu'il ne s'était pas trompé, puisque comme nous le verrons plus tard, le triomphe des droits fondamentaux a eu pour effet de faire disparaître purement et simplement les spécificités mahoraises. La pertinence de la démonstration ne nous dispense pas pour autant de la discuter avant toute éventuelle adhésion.

211. Si l'on ne conteste pas que la soumission du statut personnel aux droits fondamentaux emporte son assimilation, le postulat de départ, à savoir le respect du choix de ses bénéficiaires d'en bénéficier nonobstant ses contrariétés avec lesdits droits nous paraît discutable. Cela reviendrait d'une certaine façon à soutenir que la volonté humaine peut à elle seule décider de neutraliser les effets des droits fondamentaux. Une telle affirmation nous paraît saugrenue.

212. Les droits fondamentaux ou les droits de l'homme⁴⁸⁹ sont perçus par l'Organisation des Nations unies, comme étant « ceux qui appartiennent en propre à la nature humaine et sans lesquels on ne peut vivre en tant qu'être humain. Ils reposent sur l'exigence de plus en plus affirmée de l'homme de voir respecter et protéger la dignité et la valeur inhérentes à chaque être humain »⁴⁹⁰. En tant que tels, ils sont « intrinsèques à

⁴⁸⁸ A. BOYER, *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'état unitaire...*, *op. cit.*, p. 255-256.

⁴⁸⁹ Les deux expressions renvoient à la même chose. A cet égard, il a été soutenu que « le choix de l'une ou l'autre est affaire de génération ou de goût, la seconde marquant un attachement à la langue juridique française du XVIII^e s., la première une ouverture au vocabulaire du monde contemporain. Ouverture aux critiques de certains mouvements féministes qui, pour dissiper l'ambiguïté entretenue entre le sens générique et le sens sexué du mot « homme » demandaient et avaient déjà en partie réussi à imposer l'expression « droits humains », littéralement traduite de l'américain *human rights*, ou encore, « droits de la personne humaine » » (L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 373).

⁴⁹⁰ Droits de l'homme. Questions et réponses, Nations Unies, New York, 1987, p. 4.

l'être humain », et « constituent l'essence même de l'existence de l'homme », si bien que leur protection constitue une « obligation générale » pour tout État⁴⁹¹.

Il est difficilement envisageable que de tels droits puissent voir leurs effets limités par la seule volonté individuelle. D'ailleurs, en matière contractuelle, domaine de prédilection de l'autonomie de la volonté, le principe de la liberté contractuelle qui en résulte connaît des restrictions liées notamment aux considérations d'ordre public (art. 6 du Code civil). Par ailleurs, l'article 1134 du Code civil ne connaît de contrats valides que ceux « légalement formés », c'est-à-dire ceux respectant le cadre prévu par la loi, et régissant le droit des contrats. Ce qui prouve que la liberté individuelle en tant que manifestation de la volonté reste encadrée par la loi. Que dire alors des droits fondamentaux qui lui sont supérieurs ?

La réponse relève de l'évidence. Les actes juridiques privés ne peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux, lesquels irriguent tous les rapports, aussi bien ceux mettant en cause l'État et les particuliers que ceux concernant les particuliers entre eux. Une toute autre approche semble incongrue. En effet, « à partir du moment où les libertés fondamentales traduisent des valeurs universelles, inhérentes à la personne humaine, il y aurait quelque incohérence à ce qu'elles restent lettre morte dans les relations purement privées »⁴⁹². Il suit de là que les droits fondamentaux ne peuvent être écartés par la seule volonté individuelle, puisqu'ils constituent la base même de l'ordre juridique national, en ce qu'ils sont énoncés par le texte suprême et fondateur.

Les Mahorais sont libres d'être soumis à leur statut personnel, tant qu'ils n'y ont pas renoncé, comme le prévoit la Constitution. Mais le choix ne saurait avoir pour effet de soustraire celui-ci au respect des droits fondamentaux. Telle est du reste, la voie suivie par le Conseil constitutionnel.

2) L'apport décisif du Conseil constitutionnel

213. Alors que la doctrine avait déjà donné sa position sur la question du respect des droits constitutionnellement garantis par le statut personnel, celle du Conseil constitutionnel se faisait attendre. L'occasion lui a été donnée en 2003, lorsqu'il a été saisi d'un recours formé par des parlementaires qui contestaient la constitutionnalité de la loi de programme

⁴⁹¹ P.M. MABAK, « L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique », *RTDH*, 2000, p. 11-42.

⁴⁹² Voir J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, p. 88.

pour l'outremer, et notamment son article 68 qui porte sur le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Le grief portait précisément sur cette disposition énonçant que « l'exercice des droits, individuels ou collectifs, afférents au statut civil de droit local ne peut, en aucun cas, contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français ». À l'appui de leur prétention, la contrariété de cette disposition avec l'article 75 de la Constitution, dont la mise en œuvre serait de nature à assimiler le droit local, dénuant ainsi toute consistance à la garantie constitutionnelle, qui constitue selon une dérogation aux droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français. La question posée au Conseil constitutionnel interroge ainsi sur la portée de la garantie constitutionnelle du statut personnel. La protection de l'existence du statut civil dérogatoire du droit commun s'étend-elle aux règles qui le composent ?

Dans une décision du 17 juillet 2003⁴⁹³, le Conseil constitutionnel rejette la demande. Après une interprétation conjuguée du Préambule de la Constitution de 1958, et de ses articles 1^{er}, 72-2, et 75, il précise 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 ». Il suit de là que le législateur peut parfaitement réformer les règles du statut civil particulier pour les rendre conformes à ces droits inhérents à la citoyenneté française. Il lui est seulement interdit de porter atteinte à l'essence même de l'article 75 de la Constitution. En d'autres termes, seule est protégée par la Constitution l'existence du statut personnel, à l'exclusion des règles qui le composent.

214. À l'analyse, la solution retenue par le juge constitutionnel ne constitue qu'un rappel de l'article 82 de la Constitution de 1946, qui énonçait déjà le principe du respect des droits et libertés attachés à la citoyenneté, même si l'article 75 de la Constitution de 1958 qui confirme l'existence du statut personnel n'en porte pas mention. La solution a été par ailleurs, diversement accueillie par les commentateurs. Pour M. Guillaumont, l'article 68 de la Loi de programme pour l'outremer ne fait que « rappeler la pleine citoyenneté des Mahorais de statut personnel. Ceux-ci bénéficient, par conséquent, des droits et libertés identiques à l'ensemble des citoyens de la République »⁴⁹⁴. M. Sermet n'a pas manqué de relever que la limite posée

⁴⁹³ Cons. const. n° 2003-474 DC, 17 juillet 2003, *Loi de programme pour l'outre-mer*, (§29) *Rec.* p. 389.

⁴⁹⁴ O. GUILLAUMONT, « Adieu la polygamie, répudiation, inégalité successorale... Ou la 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 », *RPJ* - 2005, p. 97 – 114

par le Conseil constitutionnel a nécessairement été dépassée par le législateur, parce que son intervention a bien vidé le statut personnel mahorais de sa substance. Pour lui, « la garantie constitutionnelle de l'article 75 doit s'étendre à un contrôle de l'atteinte à la substance du statut personnel, éventuellement occasionnée par la loi »⁴⁹⁵. Le raisonnement ne manque pas de pertinence, puisqu'à la promulgation de cette loi le 21 juillet 2003, il ne restait presque plus rien des spécificités locales mahoraises. Pertinente, la solution retenue par le juge constitutionnel l'est également.

Tirant les conséquences de la constitutionnalisation des droits fondamentaux acquise en 1958, le Conseil constitutionnel fait de ces droits un attribut essentiel et inhérent à la qualité de citoyen. Or la citoyenneté française est unique⁴⁹⁶. En tant que telle, elle reste insécable. Elle ne peut dès lors pas recouvrir une diversité d'application, qui la rendrait différente selon qu'il s'agit d'un justiciable de droit commun ou d'un justiciable de droit local. Il ne peut donc être fait distinction entre citoyens quant au bénéfice des droits fondamentaux.

215. Le raisonnement du Conseil constitutionnel ne manque pas de justesse. Il permet tout d'abord de faire échec à toute résurrection de cette pratique ancienne et discriminatoire à l'égard de l'indigène soumis à son statut personnel, consistant à lui denier le bénéfice des droits de l'homme par ce seul motif⁴⁹⁷. Il permet surtout de ne pas favoriser l'émergence d'un ensemble de mesures disparates de protection constitutionnelle des droits individuels, et donc d'entretenir le risque de générer ainsi une citoyenneté composite. Et cela d'autant plus que le

⁴⁹⁵ L. SERMET, « Mayotte : évolution du statut personnel de droit local », in J.-Y. FABERON *L'outre mer français, la nouvelle donne constitutionnelle*, La Documentation française 2004, p. 195.

⁴⁹⁶ L'unicité de la citoyenneté peut être rapprochée du principe de l'unité de la République affirmé par la Constitution du 4 octobre 1958, « entendu comme l'application indifférenciée des droits et libertés, (qui) est une règle constitutionnelle dont le respect par le législateur national est sanctionné par le Conseil constitutionnel » (A. BOYER, *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'état unitaire : contribution à l'étude des articles 74, 75, 76 de la constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., p. 219). On peut également faire le lien avec la décision du Conseil constitutionnel lorsqu'il a été saisi au sujet de la Corse à propos des termes « peuples de France » et « peuple français ». Il a ainsi conclu qu'il n'y a qu'une République, et donc unitaire et indivisible. Par conséquent, il ne peut y avoir qu'un peuple et non plusieurs (Cons. const. n°91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, *Recueil*, p. 50).

⁴⁹⁷ O. LE COUR GRANDMAISON, « Droit de l'homme, loi (s) et colonies », *Droits* n°43 2006, pp.141-163. L'auteur expose que « la III^e République n'est fidèle à ses principes que sur le Vieux Continent. Partout ailleurs elle les trahit sans vergogne en niant, de façon absolue, « ce qui représente, pour les âmes biens aimées, l'idéal de civilisation » », p. 156.

préambule de la Constitution de 1946 auquel le Conseil constitutionnel reconnaît lui-même valeur constitutionnelle, en ce qu'il relève du bloc de constitutionnalité, rappelle que « la France (...) garantit à tous (...) l'exercice individuel et collectif des droits et libertés ». La citoyenneté est indissociable des droits fondamentaux, qui lui sont donc consubstantiels. Elle est conséquemment exclusive de toute discrimination dans la jouissance des droits constitutionnellement garantis. En définitive, son unicité postule l'unicité du régime constitutionnel, et implique une égalité juridique entre les nationaux français devant ce fonds commun.

La concrétisation de cet objectif n'est cependant pas exclusive d'une pluralité des modèles juridiques, notamment la diversité des statuts civils, sous réserve toutefois du respect par les règles ainsi adoptées, des principes constitutionnellement garantis. En ce sens, on peut dire que la généralisation de la citoyenneté emporte « assimilation républicaine »⁴⁹⁸. Se trouve dès lors posé un principe unitaire et égalitaire du statut constitutionnel de la citoyenneté française.

Dès lors, la logique différentialiste qui ressort de l'article 75 de la Constitution ne vise qu'à distinguer les deux statuts civils. En amont subsiste une logique universaliste à la base des droits individuels constitutionnellement garantis, dont les règles énoncées par les statuts civils, doivent fidèlement et impérativement refléter. Bien que reconnu par le constituant, le statut personnel n'est pas négateur de ces droits. Il ne jouit pas d'une autonomie de rang constitutionnel le préservant.

Ainsi donc, si le droit local peut substantiellement différer du droit commun, en aucune façon il ne peut reposer sur des droits subjectifs en contradiction avec les normes supérieures inhérentes à la citoyenneté française. Dans sa différence, il doit en tout état de cause refléter les droits constitutionnellement garantis, sans quoi la qualité de citoyen se trouverait vidée de sa substance. Ainsi se trouve justifiée la soumission du statut personnel mahorais aux droits fondamentaux.

216. Le respect dû aux droits constitutionnellement garantis s'étend par analogie à ceux qui sont conventionnellement garantis, notamment ceux issus de la Convention européenne des droits de l'homme, ratifiée par la France, et qui s'appliquent directement dans l'ordre

⁴⁹⁸Nous empruntons cette expression à M. Guillaumont (O. GUILLAUMONT, « Adieu la polygamie, répudiation, inégalité successorale... », *op. cit.*).

juridique interne. Le fondement de la soumission du statut civil de droit local aux droits fondamentaux étant défini, reste à préciser la forme qu'elle doit prendre.

B) La clause « des nécessités locales »

217. Il résulte de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme que « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction, les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ». Il est par ailleurs acquis de longue date que la Convention européenne est d'application directe en droit interne et prime sur les normes internes⁴⁹⁹. Le justiciable peut donc l'invoquer devant le juge à l'occasion d'un litige, pour faire écarter toute règle la contrariant. Cette solution cesse de s'appliquer lorsque la règle en question est issue du statut personnel, la faute notamment à la clause dite « des nécessités locales », initialement prévue à l'article 63 de la Convention et apparaissant aujourd'hui sous l'article 56.

Simplement formulée par la France lors de son adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme en 1974, cette clause fait l'objet d'une interprétation stricte par la Cour de cassation, laquelle s'y réfère pour écarter systématiquement tout contrôle de conventionalité d'une règle du statut personnel. Une telle position s'éloigne résolument de celle qu'elle adopte à l'égard des institutions étrangères en droit international privé. Il en résulte une situation contradictoire. Alors que les étrangers établis en France métropolitaine peuvent jouir de la protection de la Convention européenne des droits de l'homme (2), les Français ultramarins relevant du statut personnel en sont privés (1).

1) Une clause exclusive du bénéfice des droits fondamentaux conventionnels à l'égard d'une catégorie de Français

218. En adhérant à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la France a clairement manifesté sa volonté de voir ses effets limités sur les territoires d'outre-mer en raison « des nécessités locales ». Cette restriction ressort de l'article 56 de la Convention, anciennement article 63, et précisément son troisième point. Celui-ci prévoit en effet que dans ces territoires, « les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales ». Aussi, lorsqu'elle a ratifié le protocole additionnel n° 7 à la Convention le 17 février 1986, a-t-elle émis une autre

⁴⁹⁹ Cass. mixte, 24 mai 1975, *op. cit.*

réserve. Ainsi et nonobstant le principe d'égalité entre les époux ressortant de ce texte, celui-ci « ne doit pas faire obstacle à l'application des dispositions de droit local dans la collectivité territoriale de Mayotte et les territoires de Nouvelle-Calédonie et des Iles Wallis et Futuna ».

La doctrine ne semble pas s'accorder sur la portée de cette clause à l'égard du statut personnel. Abordant la question du respect des droits fondamentaux par les statuts personnels, M. Boyer l'a immédiatement écartée sous l'angle de la Convention européenne, au nom de cette clause⁵⁰⁰. Mme Cadou affirme quant à elle que l'évolution du « niveau de civilisation » à Mayotte doit conduire à la soumission du statut personnel aux droits conventionnellement garantis⁵⁰¹. Qu'en est-il de la jurisprudence ?

219. La Cour européenne a eu l'occasion de se prononcer sur l'application de la clause des nécessités locales ressortant de l'article 56-3 de la Convention. À l'analyse, il apparaît peu probable qu'elle confère à cette clause un caractère absolu, au point d'écarter sans condition, l'application de l'instrument de protection, sur l'ensemble des territoires français ultramarins énumérés par la réserve formulée par la France lors de la ratification du protocole additionnel n° 7. Ainsi, il est précisé dans l'arrêt *Tyrer* que pour l'application de l'ancien article 63 devenu article 56 de la Convention, il est indispensable qu'il soit établi par l'Etat qui l'invoque « la preuve décisive et manifeste d'une nécessité »⁵⁰². Plus précisément, lorsque « les nécessités locales renvoient au statut juridique particulier d'un territoire, elles doivent revêtir un caractère impérieux pour justifier l'application de l'article 56 de la Convention »⁵⁰³. Ainsi, cette exigence a-t-elle été rappelée dans l'affaire à l'origine de l'arrêt *Py* du 11 janvier 2005, à propos d'un refus d'inscription d'un enseignant chercheur des universités à une liste électorale spéciale en Nouvelle-Calédonie, en vue de la participation du scrutin d'autodétermination de 1998.

Pour justifier ce refus, le Gouvernement avait invoqué les nécessités locales. Bien lui a pris. En effet, tout en rappelant la nécessité pour les États signataires de faire en sorte d'opérer une interprétation et une application de droits émanant de la Convention « d'une manière qui en rende les exigences non pas théoriques ou illusoire, mais concrètes et effectives »⁵⁰⁴, et

⁵⁰⁰ A. BOYER, *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'état unitaire...*, *op. cit.*, p. 253.

⁵⁰¹ E. CADOU, *op. cit.*, p. 304.

⁵⁰² CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A n° 26, pp. 18-19, § 38

⁵⁰³ CEDH, 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Unis*, §59

⁵⁰⁴ CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, Recueil 1998-I, p. 18, § 33,

prenant appui sur la particularité de la situation calédonienne, notamment « son histoire politique et institutionnelle tourmentée », la Cour conclut à l'application de la clause des nécessités locales⁵⁰⁵.

220. L'on voit donc que la Cour adopte une approche pragmatique dans l'interprétation de cette clause, bien qu'elle n'ait pas encore eu à se prononcer sur le statut personnel. Il en est tout autrement de la Cour de cassation. S'est-elle conformée à l'approche de la Cour européenne ? La Cour de cassation s'est prononcé dans un arrêt du 1^{er} décembre 2010⁵⁰⁶.

Soumis au statut coutumier kanak, un homme demande la dissolution de son mariage en 2005⁵⁰⁷. Prononçant la rupture du lien matrimonial en présence d'assesseurs coutumiers, le tribunal de première instance de Nouméa renvoie l'affaire pour la résolution des questions financières. À cet effet, l'épouse demande l'allocation d'une prestation compensatoire sur le fondement de l'article 270 du Code civil. La demande sera rejetée en appel par la Cour de Nouméa qui rappelle que « les parties étant de droit civil particulier, l'article 270 du Code civil ne s'applique pas ». L'épouse forme un pourvoi en cassation. À l'appui de sa prétention, elle fait valoir tout d'abord que le droit coutumier auquel renvoie l'article 44 de la délibération n° 424 de l'assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie du 3 avril 1967 pour mettre fin au mariage, ne règle pas les conséquences patrimoniales de sa dissolution. Elle expose également que relativement au caractère d'ordre public des dispositions du Code civil invoquées, le refus de leur bénéfice constituerait une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention européenne. Le pourvoi est rejeté. Constatant que les parties n'ont pas renoncé à leur statut personnel, la Cour de cassation conclut que les obligations incombant à l'époux relèvent du droit coutumier, « dont l'application (lui) échappe au regard de l'ordre public. Il ne peut dès lors faire une demande de prestation compensatoire sur le fondement du Code civil ». Par ailleurs, se référant à la clause des nécessités locales aujourd'hui figurant à

ou encore, CEDH, 18 janvier 1999 *Matthews c. Royaume-Uni* précité, § 34.

⁵⁰⁵ CEDH, 11 janvier 2005, *Py c/ France*, *JDI* 2006, p. 1169.

⁵⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2010, *RJPF* 2011 n°4, p. 15, note T. Garé ; *RCDIP* 2011 n° 3, p. 610, note V. Parisot, *JDI* 2011-3, comm. 13, p. 589-600, note S. Sana-Chaillé de Néré.

⁵⁰⁷ Dans le statut coutumier kanak, la rupture du lien matrimoniale n'est pas à proprement parler un pouvoir reconnu aux époux. Il appartient aux deux clans qui les ont unis. En l'absence d'accord, la question est portée à la connaissance des juridictions civiles compétentes en matière de statut coutumier kanak, en présence d'assesseurs coutumiers ayant voie délibérative.

l'article 56 de la Convention européenne, elle botte en touche la question du contrôle de conventionalité du statut coutumier.

221. Le refus de la Cour de cassation d'appliquer l'article 270 du Code civil à un couple relevant du statut civil dérogatoire de droit commun n'a rien de choquant. Cette solution s'inscrit dans la lignée de la décision rendue en 1997 à propos du statut personnel mahorais, attestant de l'interprétation rigoriste que fait la Haute juridiction de l'article 75 de la Constitution, écartant ainsi tout bénéfice du droit commun à un justiciable de droit local qui n'y aurait pas au préalable renoncé. Par ailleurs, la solution reflète parfaitement l'état de la jurisprudence à l'égard du cas spécifique du statut coutumier kanak. En effet, dans un avis du 16 décembre 2005, la Cour de cassation avait déjà rappelé que la coutume kanake a plénitude de compétence en droit civil dans les rapports entre personnes de statut personnel coutumier⁵⁰⁸. Dès lors, dans son silence, comme en l'espèce, en ce qui concerne la prestation compensatoire, il ne peut être fait application du Code civil à titre supplétif.

Au demeurant, cette solution ne fait que rappeler le principe posé à l'article 7 de la loi organique du 19 mars 1999 en vertu duquel « Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution est le statut civil coutumier kanak (...) sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes ». Le refus du bénéfice du droit commun par une personne encore soumise au droit local est donc juridiquement justifié.

222. Par ailleurs, la requérante se prévaut du caractère prétendument d'ordre public de la prestation compensatoire, qualité ressortant dit-elle des prévisions de l'article 270 du Code civil. Partant, cette disposition trouve nécessairement à s'appliquer. La Cour de cassation refuse de se prononcer sur cette question, sans même se justifier. M. Garé ne lui donne pas moins raison sur son refus d'apprécier le statut coutumier kanak à la lumière de l'ordre public⁵⁰⁹. Il relève tout d'abord l'incertitude du caractère d'ordre public de la prestation compensatoire depuis la réforme du divorce, en ce que la loi du 26 mai 2004 laisse aux époux la possibilité de régler conventionnellement les considérations liées à la prestation compensatoire. Il constate ensuite qu'en droit international privé, la méconnaissance par une loi étrangère de cette institution n'aboutit pas nécessairement à la considérer contraire à

⁵⁰⁸ Cass. avis, 16 déc. 2005, *Bull. avis*, n°9, 2005 ; *RTD civ.* 2006, p. 516, note P. Deumier.

⁵⁰⁹ T. GARE, note sous Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, *RJPF* 2011 n°4, p. 15

l'ordre public. La jurisprudence, constate-t-il, sanctionne seulement l'inexistence ou l'insuffisance des garanties financières. L'analyse nous semble fondée.

Il convient de rappeler cependant que le refus de la Cour de cassation de confronter un statut personnel dérogatoire du droit commun à l'ordre public n'est pas une innovation, puisque la solution a été déjà consacrée par le passé⁵¹⁰. Il s'explique par fait que le statut personnel relève du droit français « conformément à des textes pris par les autorités françaises (...) : il ne saurait donc être déclaré contraire à l'ordre public par le juge français, institué par ces mêmes autorités. Il y va de la cohérence de l'ordre juridique du for »⁵¹¹.

223. Concernant enfin la demande fondée sur la violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, caractérisée par le refus du juge d'appel d'octroyer à la requérante la prestation compensatoire en raison de son appartenance statutaire, en l'occurrence le statut coutumier, comportement par elle jugé discriminatoire, la Cour de cassation estime que cette violation n'est pas avérée. Elle répond de manière lapidaire que la Convention européenne des droits de l'homme ne s'applique pas en l'espèce, « en l'état de la déclaration de la France en application de l'article 63 devenu l'article 56 de la Convention européenne des droits de l'homme ». En d'autres termes, la clause des nécessités locales emporte inapplication systématique de la Convention européenne sur le statut coutumier.

On peut regretter le silence de la Cour de cassation quant aux motifs qui l'ont poussée à appliquer la clause des nécessités locales. La gêne provient de l'application aveugle et automatique de cette clause, à l'opposé donc des précisions apportées par la Cour européenne, suggérant dans l'arrêt *Tyrer* qu'il soit en tout état de cause établi « la preuve décisive et manifeste d'une nécessité »⁵¹². Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que la Cour de cassation procède de la sorte.

⁵¹⁰ Par le passé, le tribunal civil de la Seine avait déjà refusé de faire jouer l'ordre public contre une répudiation, à propos d'un couple algérien de statut personnel ayant émigré sur le territoire métropolitain (T. civ. Seine 26 mars 1956, *Fatma Kaci c. Hamache*, RJP 1956. 790, note P. Lampué ; D. 1956. 654, note F. Luchaire ; JCP G 1956. II. 9318, note P. Guiho.

⁵¹¹ V. PARISOT, note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2010, *RCDIP* 2011 n° 3, p. 610.

⁵¹² CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*.

Dans la présente décision, elle se borne à reproduire une solution déjà consacrée par la chambre criminelle dans son arrêt du 30 juin 2009⁵¹³. Par son interprétation arbitraire, la Haute juridiction confère à cette clause, une portée absolutiste ne souffrant d'aucune modération. En s'abstenant de justifier sa solution, elle donne ainsi le sentiment que la seule référence à la clause des nécessités locales suffit à fonder l'inapplication de la Convention européenne. La systématique de la solution confère à la clause un certain absolutisme, qui cadre mal avec la rigueur de la justice française, lorsque les normes en contradiction avec la Convention sont des institutions étrangères.

2) Des droits fondamentaux conventionnels profitant pourtant aux étrangers établis en France

224. Le refus de la Cour de cassation de contrôler la conventionalité du statut civil dérogatoire du droit commun est doublement étonnant. On est d'abord surpris par l'automatisme de la solution, qui ne laisse aucune place à l'appréciation objective de la nécessité justifiant l'inapplication de la Convention, comme le préconise la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'attitude de la Cour de cassation laisse ensuite perplexe, lorsqu'on connaît sa position sur l'accueil de certaines institutions juridiques étrangères, notamment d'essence musulmane, qui présentent d'ailleurs beaucoup de similitudes avec le statut personnel mahorais. Il arrive souvent qu'elle les écarte, sacrifiant ainsi l'objectif de l'harmonie internationale des solutions, qui préconise la reconnaissance d'une situation juridique valablement constituée dans un État donné, sur le territoire des autres États, adoptant une conception large de l'ordre public international traduite par l'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme. Or les personnes au bénéfice desquelles est appliqué cet instrument de protection sont souvent des ressortissants des pays tiers à la convention, créant ainsi ce qu'un auteur a qualifié d'« avatar de la loi personnelle »⁵¹⁴.

Certes, l'on nous objectera que les institutions étrangères ne sont pas systématiquement écartées au nom des droits fondamentaux, puisqu'il faut nécessairement que la situation litigieuse présente une proximité avec le territoire français, soit au regard de la nationalité

⁵¹³ Cass. Crim. 30 juin 2009, *Bull. crim.*, n°139 ; *AJ Pénal* 2009. 419 ; *JCP G* 2009. II. 384, note E Cornut.

⁵¹⁴ B. AUDIT, « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Ecrit rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, p. 49-70

française du requérant, soit de sa domiciliation sur le territoire de la République, et que cette approche participe d'une volonté réelle de trouver une solution médiane, entre le rejet systématique ou l'acceptation aveugle desdites institutions⁵¹⁵. Il n'en demeure pas moins que le résultat poursuivi aboutit in fine à faire bénéficier les droits fondamentaux à des ressortissants étrangers, lors même que la Cour les dénie aux justiciables français soumis à leur statut personnel. Elle adopte ainsi une approche différenciée dans le respect des droits fondamentaux conventionnellement garantis, selon qu'il s'agit du statut civil particulier ou d'une loi étrangère. L'exemple le plus marquant reste indéniablement la reconnaissance des effets de la répudiation musulmane.

225. En la matière, la jurisprudence a connu une évolution radicale allant d'une reconnaissance pure et simple de la répudiation en 1983⁵¹⁶ en tant que mode de dissolution du mariage, à un refus systématique des effets de cette institution définitivement acquis en 2004⁵¹⁷, en dépit de certaines exigences posées par la Cour de cassation et respectées par la législation étrangère, ici marocaine ou algérienne. Le refus de reconnaissance de la répudiation est justifié par la contrariété de cette institution avec l'ordre public international français, et précisément l'article 5 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme du 22 novembre 1984, en application duquel « *les époux jouissent de l'égalité des droits et de responsabilités lors de la dissolution du mariage* », notamment. C'est par une série de 5 arrêts rendus le 17 février 2004 que la Cour de cassation a mis de

⁵¹⁵ Voir notamment L. BRUNET, « La réception en droit français des institutions familiales de droit musulman : vertus et faiblesses d'un compromis », *Droit et Cultures* n° 59, 2010, p. 231-251.

⁵¹⁶ Il s'agit du célèbre arrêt Rohbi du 3 novembre 1983, Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 1983, *Bull. civ.* I, n° 251 ; *Rev. crit. DIP* 1984, p. 325, 1^{re} espèce, note I. Fadlallah ; *JDI* 1984, p. 329, note Ph. Kahn ; *JCP* 1984, éd. G., II, 20131, concl. Gulphe ; *Defr.* 1984, p. 787, note M. Revillard.

⁵¹⁷ Cette amorce résulte précisément de cinq arrêts rendus le 17 février 2004 par la première chambre civile de la Cour de cassation. Celle-ci a décidé que toute décision d'une juridiction étrangère « constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout autre moyen que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984 n°VII, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, que la France s'est engagé à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international », Civ. 1^{re}, 17 février 2004 *Bull. civ.*, I, n°46, 47, 48, 49 et 50 ; *D.* 2004, p. 824, concl. F. Cavarroc ; P. Courbe, « Le rejet des répudiations musulmanes », *D.* 2004, p. 815 ; *Droit et patrimoine*, avril 2004. 125, obs. F. Monéger.

manière définitive à l'acceptation des répudiations musulmanes, en sollicitant le principe d'égalité des époux tel que consacré par l'article 5 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de 1984, à condition cependant que l'épouse soit domiciliée en France.

La solution est désormais constante. Il est ainsi souvent rappelé que « la décision d'une juridiction étrangère constatant une répudiation unilatérale du mari et privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international », soit lorsque les époux ou l'un d'eux est de nationalité française⁵¹⁸, ou encore lorsque l'un d'eux tout au moins est domicilié en France⁵¹⁹. C'est donc le rattachement au territoire français qui justifie cette solution, consolidant ainsi le critère tiré du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne, de 1984, en l'occurrence l'égalité des droits entre époux.

Au demeurant, la position de la Cour de cassation donne le sentiment de « proclamer abstraitement l'universalisme des Droits de l'homme »⁵²⁰. Sa position suscite des interrogations. Pourquoi la Cour de cassation se préoccupe tant du sort des femmes étrangères, en les faisant bénéficier des principes conventionnels européens, pour se rebiffer aussitôt en présence du statut civil particulier pourtant applicable à des citoyens de nationalité française ?

226. On peut citer un autre exemple en matière de filiation, et plus précisément la filiation paternelle, lorsque l'enfant né hors mariage. Il peut arriver qu'une mère célibataire originaire d'un pays musulman, résidant en France, veuille voir établie la filiation paternelle de son enfant. Or, il ressort des énonciations de l'article 311-14 du Code civil français prévoyant la règle de conflit que la loi personnelle applicable est celle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Le droit musulman ignorant l'établissement de la filiation paternelle hors mariage, la mère devrait vraisemblablement être déboutée de sa demande en recherche de paternité au profit de son fils.

⁵¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 19 septembre 2007, pourvoi n°06-19.577, Bull. 2007, I, n°280.

⁵¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 20 février 2008, pourvoi n° 07-14469 (non publié au bulletin).

⁵²⁰ P. GUEZ, « Pluralisme familial et ordre public international » in O. ROY (dir.), *Réflexion sur le pluralisme familial*, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 208.

Jusqu'à récemment, la loi étrangère désignée comme loi applicable, permettant ainsi de faire échec à toute éventuelle action en recherche de paternité, devait être écartée en présence d'un enfant français ou résidant en France. La Cour de cassation avait en effet jugé que si une loi étrangère prohibant l'établissement de la filiation paternelle d'un enfant naturel n'est pas contraire à l'ordre public, « il en est autrement lorsque (cette loi a) pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation ; dans ce cas, cet ordre public s'oppose à l'application de la loi étrangère normalement compétente »⁵²¹. En application de cette solution, l'enfant étranger résidant en France a bénéficié du droit d'établir sa filiation paternelle nonobstant son statut familial prohibitif, alors qu'un mahorais de statut personnel ne l'a pu. Cette solution fondée sur l'ordre public de proximité a d'ailleurs été abandonnée au profit d'une position plus radicale. En effet, dans un arrêt très remarqué du 26 octobre 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation a déclaré contraire à l'ordre public international français, la loi étrangère désignée par l'article 311-14 du Code civil privant l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle⁵²².

227. L'on voit donc que relativement à la défense des droits fondamentaux, la Cour de cassation a une double approche, tantôt universaliste, tantôt relativiste. L'universalisme des droits fondamentaux se déploie face à la loi étrangère, pour laisser prévaloir le relativisme en présence d'une règle du statut personnel dérogatoire du droit commun. Cette divergence de position dans le respect des droits fondamentaux a de quoi surprendre, dans la mesure où le statut personnel constitue un ensemble de règles applicables à des citoyens français. En ce sens, nous militons en faveur du respect effectif des droits fondamentaux, notamment par le statut personnel.

§2/ Une réception souhaitable des droits fondamentaux en droit local

228. La nécessité d'une pénétration des droits fondamentaux en droit local s'explique principalement par deux raisons. Il est d'abord impératif de garantir la cohérence de l'ordre juridique français (A). Il est ensuite opportun d'appliquer les droits fondamentaux en droit

⁵²¹ Cass. 1^{er} civ., 10 févr. 1993, *RCDIP* 1993, p. 620, note J. Foyer ; *D.* 1994, Jur. p. 66, note J. Massip, et 1994, *Somm.* p. 32, obs. Kerckhove ; *JDI* 1994, p. 124, note I. Barrière-Brousse.

⁵²² Cass. 1^{er} civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369, *JDI* 2012, 4, note J. Guillaumé ; *AJ fam.* 2012, p. 50, note E. Viganotti ; *D.* 2012, p. 2947, note P. Hammje ; *Dr. fam.* 2012, comm. 19, note M. Farge.

local, ne serait-ce que pour pallier les limites pratiques de la renonciation au statut personnel (B).

A) Une solution indispensable pour la cohérence de l'ordre juridique français

229. Bien qu'étant de définition malaisée, l'ordre juridique est perçu comme « l'ensemble des normes qui, dans un pays ou dans une société donnés, à un moment, en régissent le fonctionnement »⁵²³. Il s'agirait donc d'une abstraction permettant de se représenter le droit applicable dans un État, dont on dit qu'il est structuré en système fondé sur la hiérarchie des normes, qui en garantit la cohérence. Cependant, la hiérarchie des normes dans son approche systémique, c'est-à-dire en tant que « théories qui présentent l'ordre juridique comme un système organisé, prévoyant notamment un mécanisme théorique de résolution des questions d'appartenance d'une norme à ce système »⁵²⁴, fait l'objet de vives critiques. Au cœur des discussions, « les incertitudes » et « les désordres » qui en résultent, contraignant certains auteurs à y voir seulement un principe, en ce qu'elle permet comme d'autres techniques, de résoudre des conflits de normes s'élevant dans un ordre juridique⁵²⁵. En tout état de cause, et, quelle que soit l'approche suivie, il apparaît clairement que les droits fondamentaux dominent l'ordre juridique français (1), même si la thèse peut être tempérée par l'approche différentialiste (2).

1) Un ordre juridique dominé par les droits fondamentaux

230. Qu'ils soient garantis par la Constitution ou proclamés par les traités internationaux ratifiés par la France, notamment la Convention européenne des droits de l'homme, les droits fondamentaux occupent dans l'ordre juridique interne une place privilégiée, puisqu'ils s'imposent au législateur. En ce sens, il existe un contrôle de constitutionnalité des lois, qui peut tout aussi bien intervenir avant ou après sa promulgation depuis l'entrée en vigueur de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Par ailleurs, il est admis de longue date que la Convention européenne des droits de

⁵²³ G. TIMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, n°33, 2001, p. 3-15

⁵²⁴ E. MILLARD, « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », in P. BRUNET, E. MILLARD (dir.), *Raisonnement juridique et hiérarchie des normes*, Revus, p. 163-199

⁵²⁵ P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.*, 2001, p. 749-794.

l'homme est d'application directe dans l'ordre juridique interne, si bien qu'elle peut être invoquée devant le juge ordinaire à l'occasion d'un litige, l'obligeant à procéder à un contrôle de conventionalité. Aussi, cet instrument de protection fait-il désormais partie intégrante de l'ordre public international, puisque la Cour de cassation s'en réfère pour écarter une institution étrangère heurtant les valeurs françaises, lorsque l'étranger sur qui elle doit s'appliquer est établi en France, et ce nonobstant l'objectif d'harmonisation des solutions en droit international privé. Comment dès lors expliquer que le statut personnel puisse bénéficier d'une immunité à l'égard de tels droits qui dominent l'ordre juridique français ?

231. Comme l'a fait remarquer M. Rouland, « il est difficile d'admettre sur un plan logique que le Mahorais bénéficie de facultés beaucoup plus larges que l'immigré dont certains éléments de la loi nationale (de surcroît souvent influencés par l'Islam) ne seront pas reçus en France, ou seulement partiellement au motif qu'ils heurtent trop violemment l'ordre public, fut-il atténué »⁵²⁶. Ou devrait-on plutôt dire qu'il est incompréhensible que l'étranger établi en France puisse bénéficier des droits fondamentaux conventionnels, lors même que certains citoyens français en sont privés. Et comme l'a relevé le Professeur Barrière-Brousse, il y a quelque chose de choquant dans cette solution⁵²⁷. En effet, l'application différenciée des droits fondamentaux heurte doublement les esprits par son manque de cohérence : au regard tout d'abord de la hiérarchie des normes, et relativement à la nature des droits en cause ensuite.

Il n'est pas contesté que le statut personnel relève de l'ordonnement juridique français, de par la reconnaissance de son existence par l'article 75 de la Constitution, mais aussi par ce qu'il régit les rapports juridiques de certains citoyens français. Le statut personnel étant garanti par la Constitution, s'est posée la question de la portée de cette garantie au regard des droits constitutionnellement garantis. Le Conseil constitutionnel a tranché dans sa décision du 17 juillet 2003⁵²⁸. Il a ainsi jugé que la reconnaissance de l'existence du statut personnel par la Constitution ne saurait signifier que les règles qui le composent sont à l'abri d'une soumission aux droits constitutionnellement garantis. Le législateur peut ainsi intervenir pour assurer leur respect, sans toucher cependant à la norme constitutionnelle elle-

⁵²⁶ N. ROULAND, *op. cit.*, p. 183.

⁵²⁷ I. BARRIERE-BROUSSE, « La filiation à l'épreuve des migrations internationales », in J.-P. AGRESTI, E. PUTMAN, C. SIFFREIN-BLANC (dir.), *Les rapports parents-enfants en quête de repères*, PUAM 2011, p. 92.

⁵²⁸ Cons. const. n° 2003-474 DC, 17 juillet 2003, *Loi de programme pour l'outre-mer*, (§29) Rec. p. 389.

même dans sa formulation, en l'occurrence l'article 75. Le droit local ne bénéficie pas d'une immunité dans l'ordre juridique interne. Il doit en conséquence respecter les droits et libertés énoncés par la Constitution. Par analogie, ceux garantis par les traités internationaux et engageant l'État français s'imposent pareillement à lui. Dans un souci d'harmonisation et de cohésion de l'ordre juridique interne, il importe de reconnaître l'effective pénétration des droits fondamentaux en droit local.

232. La nécessité d'asseoir la cohérence et l'harmonie de l'ordre juridique interne induit une interprétation uniforme des normes supérieures, que l'on peut atteindre par le recours à la méthode de l'« interprétation systémique ». Exposée par M. Bergel, elle est reprise par M. Bostanji. Cette méthode prend appui sur l'unité et la cohérence de l'ordre juridique, perçu comme un système, reposant sur un « ensemble structuré, organisé et interdépendant des règles et des mécanismes qui s'appliquent dans une société », pour expliquer « le sens d'un texte en fonction de sa compatibilité avec d'autres textes de la même matière ou de matières différentes, avec des principes généraux du droit, voire avec les valeurs fondamentales qui régissent une société ou encore avec les dispositions des traités internationaux ou les principes fondamentaux de la société internationale »⁵²⁹. Toutes les fois où le texte sera en contradiction avec ces principes et valeurs, ses effets seront neutralisés dans l'ordre juridique interne. Il en est ainsi des institutions musulmanes applicables à certains étrangers établis en France. Il doit en être de même des institutions du statut civil dérogatoire du droit commun.

Ce que la Cour de cassation peut faire contre les institutions étrangères au détriment de l'objectif d'harmonie internationale des solutions, elle peut le faire également à l'encontre d'une règle interne, en l'occurrence celle relevant du statut personnel, en écartant la clause des nécessités locales. Cette solution se justifie par la nécessité de sauvegarder l'harmonie et la cohérence de l'ordre juridique français, au détriment de la clause de nécessités locales. S'agissant des mêmes droits à faire respecter, dans un ou l'autre sens, leur application doit s'induire de préoccupations communes. Les droits fondamentaux doivent pénétrer et irriguer le statut civil dérogatoire du droit commun de toutes leurs forces. À l'évidence, ce qui justifie la fondamentalisation du droit local, au-delà de la volonté d'instaurer l'harmonie des solutions dans l'ordre juridique français quant au bénéfice des droits fondamentaux et conséquemment la cohérence de cet ordre juridique, c'est surtout la nature des droits en cause.

⁵²⁹ S. BOSTANJI, « Turbulences dans l'application judiciaire de Code tunisien du statut personnel : le conflit de référentiels dans l'œuvre prétorienne », *Revue internationale de droit comparé*, 2009-1, p. 40.

233. À ce propos, il est souvent soutenu que les droits de l'homme représentent un « ensemble de droits inhérents à sa nature »⁵³⁰. En tant que tels, ils sont donc nécessairement possédés par « tout homme tout simplement parce qu'il est homme »⁵³¹ sans distinction de race ni de nationalité. En somme, ils ont vocation à le protéger en tout lieu, bien « au-delà du cadre strictement national » en raison précisément de leur universalité⁵³². Ils constituent « le fondement de tout droit », et « sont opposables aux pouvoirs publics »⁵³³, ce qui explique qu'ils jouissent dans l'ordre juridique interne d'une « préséance »⁵³⁴. Aussi, et concernant les principes consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme, convient-il de rappeler qu'ils revêtent un caractère « impératif », et s'imposent conséquemment à « la plupart des systèmes juridiques nationaux »⁵³⁵. Ils sont constitutifs « de l'identité de l'homme dans une société démocratique donnée »⁵³⁶, et réputés à la base même d'une telle société (article 4 du préambule de la Convention).

La Cour européenne des droits de l'homme ne dit autre chose, lorsqu'elle rappelle dans son arrêt *Karner* que la Convention « a pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des États parties »⁵³⁷. Dès lors, comment expliquer que des droits constituant l'essence même de la nature humaine ne puissent pas profiter à certains hommes ? N'est-il pas d'ailleurs surprenant que des droits inhérents à l'homme, destinés à lutter contre l'arbitraire étatique, et perçus comme le fondement même d'une société démocratique, modèle d'organisation étatique dont se prévaut la France, puissent ainsi être écartés par celui-là même contre qui ils sont adoptés, et qui se voit confier la charge de leur sauvegarde, en souscrivant à une clause

⁵³⁰ J.-F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 3.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 13.

⁵³² G. CANIVET, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RIDC*, 2003, p. 7 à 22.

⁵³³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, p. 323-329.

⁵³⁴ G. OTIS in G. OTIS (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Karthala, 2013, p. 218.

⁵³⁵ M.-C. FOBLETS in PH. KAHN (dir.) *L'étranger et le droit de la famille – Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, La documentation française, 2001, p. 34

⁵³⁶ M.-L. PAVIA, « Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 6 mai 1994, p. 6.

⁵³⁷ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*, §26.

qui fait échec à leur application⁵³⁸ ? Comment concevoir que des droits s'imposant à l'État, des droits qui conditionnent son existence, puissent voir leurs effets limités par celui-là même à qui ils s'imposent ? Est-il seulement concevable que cet instrument de protection des droits et libertés individuels réponde à des interprétations différentes ? N'est-il pas d'ailleurs préconisé « de (l)'ajuster constamment... à l'évolution des mœurs et des mentalités, afin de la préserver de tout anachronisme »⁵³⁹ ?

234. Du reste, les bénéficiaires du statut personnel se trouvent dans une situation étrangement analogue à celle des ressortissants de certains pays musulmans, dont les États, tout en ratifiant les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme, ont émis des réserves, aboutissant au respect de la législation dite shari'ique, ce qui met les institutions coraniques à l'abri de toute pénétration desdits droits. Le Liban, pays multiconfessionnel, présente la même solution, puisque les institutions juridiques des différentes religions y ayant cours échappent à l'emprise des droits fondamentaux, même si les causes diffèrent⁵⁴⁰.

⁵³⁸ L'on songe ici à cette belle remarque de M. Gannagé, lorsqu'elle écrit « Il faut prendre conscience, en effet, de ce que les atteintes portées par l'Etat aux droits de l'homme ne sont pas seulement caractérisées lorsque celui-ci les viole par des actes positifs, par des mesures concrètes qui leur sont directement attentatoires. Elles sont également caractérisées négativement lorsque l'Etat s'abstient d'intervenir et que cette inertie a justement pour conséquence de laisser se produire des atteintes aux droits fondamentaux » (L. GANNAGE, « Religion et droits fondamentaux dans le droit libanais de la famille », in *Droit et Religion, CEDROMA/Bruylant*, 2003, p. 517 et s). La clause dite des nécessités locales semble constituer un triste mélange des deux formes d'atteintes susceptibles d'être portées aux droits fondamentaux par l'Etat. Elle permet tout d'abord à la France d'accepter sur son territoire des règles pourtant en évidente contradiction avec lesdits droits, ce qui a pour effet de favoriser leur pérennisation. Quant au refus systématique de leur invocabilité par la Cour de cassation à l'occasion d'un litige, il s'analyse manifestement en une atteinte substantielle aux droits fondamentaux. La décision de refus, bien que s'inscrivant dans la continuité de l'illustration précédente, en ce qu'elle y puise son fondement, n'en reste pas moins une entrave positive.

⁵³⁹ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, 10^e éd., 2015, p. 31.

⁵⁴⁰ Au Liban, l'existence d'un pluralisme communautaire qui se nourrit de règles confessionnelles rend difficile la pénétration des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution ou émanant des engagements internationaux de l'Etat libanais, dans les différents statuts personnels d'essence religieuse ayant cours dans le pays. Léna Gannagé a d'ailleurs mis en évidence les difficultés liées à la confrontation de l'ensemble de ces droits aux droits fondamentaux, tant au regard des modalités que des effets. Cette confrontation serait crainte au regard tout d'abord des effets des droits fondamentaux sur la famille en Occident en général, mais également par la laïcisation du statut personnel qui en résulte. Si bien que personne parmi les différents membres des communautés religieuses ne songe à cette perspective qui suppose la critique préalable du contenu même des

Au sein des pays musulmans, la Tunisie constitue résolument un cas à part. Dans la continuité de la modernisation du statut personnel tunisien initiée sous l'ère Bourguiba, certains auteurs préconisent le recours aux droits fondamentaux pour en interpréter les dispositions. M. Bostanji estime ainsi qu'une telle approche permettrait « d'assumer pleinement la modernité du Code du statut personnel », en ce qu'elle constitue la solution traduisant « la voie de la cohérence », ce que ne peut apporter une interprétation se référant aux principes islamiques, dont la concrétisation aboutit à des solutions aléatoires, puisque ces principes ne sont pas nécessairement maîtrisés par les juges, et à même à supposer que cet obstacle soit surmonté, subsistent des incertitudes quant aux « modalités de mise en œuvre »⁵⁴¹. Le raisonnement vaut également pour le statut personnel.

235. La France ne peut vouloir présider aux destinées de ses territoires ultramarins en les plaçant sous sa souveraineté, et s'empresser aussitôt de mettre en place des mécanismes qui refusent le bénéfice des droits fondamentaux à ses habitants. Elle doit tirer les conséquences de ses choix politiques, en faisant profiter les mêmes droits à tous ses nationaux où qu'ils se trouvent sur le territoire de la République, comme se plaît à le rappeler l'article 72-3 de la Constitution⁵⁴². En droit interne, les droits fondamentaux sont d'application immédiate, conformément à « la logique verticale d'intégration des droits de l'homme, rapprochant les droits des États signataires en vue de supprimer les atteintes portées aux libertés protégées »⁵⁴³. Constitutifs du droit positif français, ils ont vocation à se déployer sans aucune restriction sur l'ensemble du territoire de la République et donc à Mayotte, en

droits religieux. Or, personne ne s'y risque. Braver cet interdit est susceptible de constituer « une trahison publique de la communauté » (L. GANNAGE, *op. cit.*, p. 517 et s).

⁵⁴¹ S. BOSTANJI, *op. cit.*

⁵⁴² Art. 72-3 de la Constitution : « La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité.

La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française sont régis par l'article 73 pour les départements et les régions d'outre-mer, et pour les collectivités territoriales créées en application du dernier alinéa de l'article 73, et par l'article 74 pour les autres collectivités.

Le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII.

La loi détermine le régime législatif et l'organisation particulière des Terres australes et antarctiques françaises et de Clipperton ».

⁵⁴³ M.-L. NIBOYET, « Regard français sur la reconnaissance des répudiations musulmanes », *RIDC* 2006/1, p. 30.

tant qu'elle constitue un territoire sous souveraineté française. Cela passe nécessairement par la levée pure et simple de l'obstacle constitué par la clause des nécessités locales, qui apparaît comme un non-sens.

Une autre approche moins radicale peut être préconisée, et empruntera la voie tracée par la Cour européenne, d'ailleurs plus proche de la formulation de l'article 56 de la Convention, qui semble poser le principe de l'application de la Convention en outremer, avant d'envisager la possibilité d'une limitation de ses effets compte tenu des nécessités locales. C'est donc fort logiquement que la Cour européenne exige pour écarter l'application de l'instrument de protection, et pour chaque situation que soit apportée « la preuve décisive et manifeste d'une nécessité »⁵⁴⁴.

Cette solution n'est pas d'ailleurs sans rappeler certaines hypothèses d'ingérence étatique sur certains droits garantis par la Convention, ingérence qui ne peut intervenir que sous certaines conditions expressément formulées par chaque article le prévoyant, et dont la concrétisation fait l'objet d'un contrôle strict par la Cour. Il en est ainsi des articles 8 à 11 de la Convention, qui tolèrent une ingérence étatique au nom de la « nécessité dans une société démocratique ». Cette ingérence doit nécessairement être justifiée par « un besoin social impérieux », mais également être proportionnée au but légitime poursuivi, sans quoi cette ingérence serait arbitraire. D'une certaine manière, les nécessités locales peuvent s'analyser en une cause d'ingérence, au même titre que celles ressortant des articles précités. Elles se doivent donc de se conformer au régime juridique de toute ingérence. Son invocation par l'État français doit donc être tout d'abord nommée et précisément désignée, et sa mise en œuvre être proportionnée au but légitime poursuivi. La Cour de cassation ne peut donc systématiquement refuser de contrôler la conventionalité d'une règle du statut personnel en se référant à l'article 56 de la Convention, elle doit fournir des raisons objectives qui permettent de saisir le sens de sa décision, et de l'accepter.

236. Enfin, curieux droits de l'homme dont on ne peut se prévaloir qu'en vertu d'une certaine qualité d'homme⁵⁴⁵. Du reste, s'opposer à la fondamentalisation du droit local, c'est quelque part souscrire à la thèse différentialiste.

⁵⁴⁴ CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A n° 26, pp. 18-19, § 38

⁵⁴⁵ Il s'agit d'une paraphrase du propos d'Aude Mirkovic, s'étonnant de l'absence de définition de la nature de l'embryon, dont on ne sait plus si c'est une personne ou une chose, conclut « Curieux droits de l'homme dont le bénéficiaire peut ainsi varier d'un Etat à l'autre ! » (A. MIRKOVIC, « Statut de l'embryon, la question

2) Une domination contestée par l'approche différentialiste

237. Postulant l'égalité des peuples, le droit à la différence, s'entendrait du « droit de chacun à sauvegarder sa spécificité culturelle »⁵⁴⁶. La naissance et le développement d'un tel droit procèdent de la volonté des organisations internationales de préserver non plus seulement l'existence de certaines populations, mais également les traditions, les langues ainsi que les modes de vie auxquels elles s'identifient⁵⁴⁷. C'est souvent au profit de certains groupes dits minoritaires qu'on milite pour la reconnaissance d'un droit à la différence⁵⁴⁸.

Pour sa concrétisation, le droit à la différence puise ses racines dans les revendications de groupes ethniques, qui sont des « groupes dont les membres sont liés par la conscience d'une histoire ou d'une origine commune, médiatisée et symbolisée par un patrimoine culturel déterminé »⁵⁴⁹. Ces revendications revêtent des formes diverses, se traduisant par « le besoin d'affirmer une identité incertaine », ou « le besoin de défendre une identité menacée », ou encore « le désir de libérer une identité opprimée », voire « le désir de retrouver une identité

interdite », *JCP G* n°4, 25 janvier 2010, 99).

⁵⁴⁶ S. ABOU, *Cultures et droits de l'homme : leçons prononcées au Collège de France, mai 1990*, Hachette, 1992, p. 11

⁵⁴⁷ A.-M. DROUIN-HANS, « Identité », *Le Télémaque*, 2006/1 n° 29, p. 17-26.

⁵⁴⁸ Même s'il n'existe pas de consensus sur la définition de la notion de minorité, il n'est pas vain de citer celle retenue par le *Dictionnaire international de droit public*. Par minorité, il faut entendre tout « groupement humain inférieur au reste de la population de l'Etat, en position non dominante, dont les membres-ressortissants de l'Etat, possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistiques, des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population, et manifeste même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leurs religions ou leur langue » (J. SALMON (dir.), *le Dictionnaire international de droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 708). La nécessité de reconnaître et de préserver les minorités au sein d'un Etat ressort de certains textes adoptés par l'ONU. Cela apparait succinctement dans l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966. Ainsi, l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 rappelle que « Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ». Plus tard, l'Assemblée générale des Nations unies interviendra pour adopter un texte plus spécifique. Tel est l'objet de sa résolution 47/135 du 18 décembre 1992 à l'origine de la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques.

⁵⁴⁹ S. ABOU, *op. cit.*, p. 14

perdue »⁵⁵⁰. Les trois premières formes de revendications sont celles qui ont trouvé soutien auprès des auteurs prônant le relativisme, et qui défendent la thèse en vertu de laquelle, « Si chaque culture a ses propres valeurs, que l'on ne peut juger de l'extérieur, la seule attitude ethniquement justifiable est de respecter son identité, c'est-à-dire son droit d'être différent »⁵⁵¹. C'est sur la base même du respect de l'identité culturelle que le multiculturalisme milite pour le droit à la différence, soutenant l'existence d'une pluralité des droits de l'homme à l'échelle internationale⁵⁵². Il en résulte une opposition entre l'universalisme et le relativisme. La conciliation paraît dès lors des plus malaisées

238. L'approche différentialiste conteste l'universalisme des droits de l'homme dont elle critique par ailleurs l'absolutisme, si ce n'est leur « ethnocentrisme »⁵⁵³. En filigrane se pose la question de la « légitimité culturelle des droits fondamentaux en raison de la menace grave qu'ils feraient peser sur les structures traditionnelles »⁵⁵⁴.

Les droits fondamentaux sont présentés comme étant d'essence occidentale. Et les valeurs qui les sous-tendent vouent littéralement un culte à l'individu, qui reste au centre de toutes les préoccupations. Loin donc de la conception patriarcale et la hiérarchisation de la famille sous la direction d'un chef de famille qui en résulte, à laquelle l'on rattache souvent la religion musulmane, et du matriarcat ou encore du tribalisme dominant encore certaines sociétés africaines, et où l'homme ne s'identifie qu'en rapport à sa société d'appartenance,

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 14 et s.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 28

⁵⁵² B. DE SOUSA SANTOS, « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme », *Droit et Société* 35-1997, p. 79-96. On remarque ainsi que « des régions se sont dotées d'instrument et d'organes spécifiques ou défendent âprement leur conception des droits de l'homme » (K. K. AFANDE, « Les enjeux relatifs au pluralisme juridique dans les processus d'élaboration du droit international des droits de l'homme », *Chroniques de la gouvernance*, 2012, p. 277-289). L'auteur cite ainsi l'exemple de l'Asie, qui sans jamais avoir élaboré un instrument de protection sur les droits de l'homme ne prétend pas moins posséder une identité propre qui les sous-tendrait (précisément note 2, p. 277). En définitive, l'analyse multiculturelle revient donc à renier l'universalisme des droits de l'homme, perçus comme véhiculant des valeurs européennes, ce qui constitue la cause même des critiques de leur hégémonie (A.-M. DROUIN-HANS, « Identité », *Le Télémaque*, 2006/1 n° 29, p. 17-26). L'auteur explique ainsi que « Le « retour à l'ethnicité » va de paire avec une critique de l'ethnocentrisme occidental, critique certes justifiée et bénéfique, mais qui englobe dans la critique de l'Occident les valeurs qui lui sont associées, à savoir celles des droits de l'homme et de l'humanisme ».

⁵⁵³ A.-M. DROUIN-HANS, « Identité », *Le Télémaque*, 2006/1 n° 29, p. 17-26.

⁵⁵⁴ G. OTIS in G. OTIS (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Karthala, 2013, p. 123.

preuve de la prégnance de la collectivité sur l'individu, et où subsistent encore les solidarités. La confrontation des institutions ayant cours dans ces sociétés aux droits fondamentaux risque indubitablement de les condamner à la disparition.

Cette crainte peut paraître légitime lorsqu'on sait que toute culture juridique d'une collectivité donnée « renvoie à l'ensemble des valeurs, des représentations, des discours, des techniques et des institutions relatives au droit, appréhendé du point de vue multiple de sa nature, de ses sources, de sa fonction et de sa mise en œuvre »⁵⁵⁵. On sait également, et concernant particulièrement le droit de la famille, au cœur du statut personnel, qu'il apparaît à la fois comme « révélateur et terrain d'élection du conflit de civilisation », en ce qu'il est « directement tributaire du système de valeurs propre à une société déterminée, intimement lié aux mœurs, aux traditions, à la culture des populations »⁵⁵⁶. Or à Mayotte, subsiste aujourd'hui encore un statut personnel, longtemps nourri par des règles d'inspiration musulmane et coutumières. De la religion musulmane, on sait qu'il existe une conception des droits de l'homme. Les valeurs qui en résultent « sont de celles qui fondent et sacralisent les Droits de la personne humaine », sans pour autant investir certaines personnes d'un pouvoir tendant à garantir leur respect, puisque c'est Dieu Lui-même qui en est le garant⁵⁵⁷, après en avoir fait don à l'humanité⁵⁵⁸.

239. A l'évidence, le déploiement des droits fondamentaux en droit local ne peut que lui être fatal. Ce qui explique sans doute que cette pénétration soit problématique. Les propos successivement tenus par M. Seube avec deux ans d'intervalle résument parfaitement ce malaise. Après avoir soutenu que « le droit à la différence et le droit des minorités offraient

⁵⁵⁵ G. OTIS, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada », *Revue de droit de McGill*, Vol. 54, n° 2, 2009, p. 237-256.

⁵⁵⁶ M.-C. NAJM, *op. cit.*, p. 10

⁵⁵⁷ A. MERAD, « Droit de Dieu, Droit de l'homme en Islam », in L. VELEZ-SERRANO, P. MEYER-BISCH (dir.), *Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures : les actes du 1er Colloque inter universitaire*, Fribourg 1982, Ed. universitaires, Fribourg, 1984, p. 137). Une approche somme toute fort éloignée de la conception occidentale qui voue littéralement un culte à l'individu, et qui ne connaît de justice que celle rendue par les hommes et pour les hommes.

⁵⁵⁸ Sur les incidences de cette situation en droit international privé, voir L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Etudes de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001.

des fondements théoriques »⁵⁵⁹ au maintien des spécificités mahoraises, il se montrera moins tranchant deux années plus tard, en posant une question qui mérite d'être transcrite : « Préfère-t-on supprimer le droit local en niant la profonde originalité juridique et culturelle de Mayotte ou le préserver en le rendant compatible avec les droits fondamentaux de la République ? »⁵⁶⁰. Doit-on privilégier la thèse différentialiste ou faire triompher les droits fondamentaux ? Encore faut-il que la thèse différentialiste soit fondée, et le contenu de la différence dont il est question, précisément déterminé. Par ailleurs, la question interpelle tout de même sur le bien-fondé d'une exclusion des droits fondamentaux en droit local, quand on connaît la nature des droits en cause.

Bien que reconnaissant l'existence du statut personnel, l'article 75 de la Constitution n'en fait pas pour autant un système juridique reconnu à une minorité au sein de la République française. Dans sa formulation, il le présente d'ailleurs comme étant seulement un statut civil dérogatoire du droit comme applicable des citoyens français qui n'y ont pas renoncé. La référence à une catégorie de français ne peut être assimilée à la reconnaissance d'un groupement, et encore moins à un groupement constitutif d'une minorité. Cependant, bien que nombreux, les citoyens ne sont visés qu'individuellement, pour constituer ensuite un groupe homogène de personnes bénéficiant encore du statut personnel. Il suffit pour s'en convaincre de constater que l'initiative de la renonciation au statut personnel ne peut jamais être collective, mais toujours individuelle.

240. Le fait que le statut personnel soit pluriel, n'y change rien. D'ailleurs, nulle part dans l'ordonnement juridique français, on ne trouve trace de la reconnaissance d'une minorité. L'article 1^{er} de la Constitution semble formel, lorsqu'il affirme sans ambages que « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ». La France n'a d'ailleurs jamais caché son opposition farouche à toute reconnaissance sur son territoire d'une quelconque minorité⁵⁶¹, soutenue en cela par le juge constitutionnel, lequel, tout en rappelant

⁵⁵⁹ J.-B. SEUBE, « L'avenir du statut civil... », *op. cit.*, p. 249-260

⁵⁶⁰ J.-B. SEUBE, « Les dispositions de la loi « Immigration et intégration »... », *op. cit.*, p 139-143

⁵⁶¹ On peut citer quelques exemples qui en attestent. Il a été dit que « La notion de population ou de peuples indigènes ne fait à ce jour l'objet de définition internationalement reconnue. La France considère pour sa part que cette notion n'est pas compatible avec sa tradition politique et juridique, rappelant d'ailleurs lors de la

le principe d'unicité du peuple français auquel il reconnaît valeur constitutionnelle, s'est opposé « à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »⁵⁶². Partant, la reconnaissance de l'existence d'une ethnie mahoraise au sein de la République, paraît insoutenable cela d'autant plus qu'une telle perspective ne trouve pas écho auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

241. À la différence de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Convention européenne des droits de l'homme ne fait aucunement allusion aux notions de « minorité » ou de « diversité culturelle »⁵⁶³. On ne saurait néanmoins conclure à leur ignorance par la Cour. Il arrive en effet à l'occasion de certains litiges qu'elle intègre dans son raisonnement des éléments culturels, sans que l'on puisse en déduire, s'agissant d'une simple prise en compte, la consécration d'une obligation positive à la charge de l'État, consistant en

conférence de Rio sur l'environnement et le développement, que les citoyens français sont tous régis sur un plan d'égalité sans distinction d'origine, de race ou de religion. Pour cette raison, elle n'est pas devenue partie à la Convention n°169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux » (Journal officiel de la République, 1994, n°19 S (Q), jeudi 12 mai 1994, n°5436, p. 1148 (Réponse du ministre des affaires étrangères)). La position de la France sera confirmée par un Représentant français devant le Comité des droits de l'homme en 1997, à propos de l'article 27 du Pacte de 1966 portant sur les droits culturels des minorités, article sur lequel la France a d'ailleurs émis une réserve. Il a ainsi rappelé que « La philosophie politique qui sous-tend la primauté accordée en droit public français à l'égalité entre les citoyens sans distinction et à l'unité du peuple français est fondamentale pour l'identité française. Il s'agit d'une conviction partagée par tous les mouvements politiques sans distinction. Les autorités françaises sont fortement liées par la Constitution sur ce point et le Conseil constitutionnel leur rappelle régulièrement la portée et le contenu de ces dispositions : c'est dire qu'elles n'ont pas le loisir de modifier leur attitude à cet égard » (*Document CCPR/C/SR. 1600. § 42 et § 43*).

⁵⁶² Cons. const. n°99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, Rec. p. 71.

⁵⁶³ Art 2 du Traité sur l'Union européenne dispose en effet :

« L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». Par ailleurs, l'article 22 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne rappelle que « l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique ».

la protection d'une minorité⁵⁶⁴. Plus précisément « l'orientation générale de la jurisprudence strasbourgeoise est celle de la négation des droits spécifiques aux minorités »⁵⁶⁵.

Certes on nous objectera que dans certaines circonstances les droits fondamentaux sont sollicités pour la préservation d'un ensemble de règles de culture juridique différente. Il en est ainsi de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le respect de la vie privée et familiale souvent invoqué en Nouvelle-Calédonie pour permettre l'accession de tout Calédonien à un statut personnel plus conforme avec la « réalité sociologique », en ce que « les valeurs coutumières sont au cœur de la vie familiale et sociale de la personne et que la régularisation de son statut personnel lui évite toute différenciation préjudiciable au sein de la communauté »⁵⁶⁶. Qu'il nous soit néanmoins permis de rappeler que la Nouvelle-Calédonie s'inscrit politiquement dans une perspective indépendantiste, en atteste l'autonomie poussée dans laquelle elle se trouve actuellement. Tel n'est point le cas de Mayotte.

242. Il n'y a jamais eu à Mayotte de revendication de type identitaire comme il a pu y en avoir en Nouvelle-Calédonie, même s'il n'est pas contesté l'existence d'une « autochtonie vécue dans les pratiques sociales religieuses et culturelles »⁵⁶⁷. Les Mahorais n'ont jamais caché leur attache profonde à la République française, comme le démontrent les innombrables consultations portant sur le sort de leur île. Cela s'est vérifié à l'occasion de la consultation du 22 décembre 1974 sur l'accession à l'indépendance, puis confirmé lors du référendum du 8 février 1976, voyant 99, 4% des Mahorais se prononcer en faveur de l'appartenance à la France, avant l'ultime preuve de la flamme inextinguible qui brûle en Mayotte pour la

⁵⁶⁴ F. HOFFMANN, J. RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°52 2004, p. 109-142. Ces auteurs expliquent ainsi que « les facteurs culturels ont, dans certaines affaires, une influence sur le raisonnements de la Cour. Mais cette influence varie de plusieurs points de vue. Elle peut porter sur différents moments du raisonnement : sur la détermination de la marge d'appréciation laissée aux Etats, sur le contrôle de proportionnalité ou encore sur l'interprétation de certains termes de la Convention ».

⁵⁶⁵ J.-P. MARGUENAUD, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits revendiqués au profit des minorités », in N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, PUAM, 2002, p. 216

⁵⁶⁶ G. OTIS in G. OTIS (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Karthala, 2013, p. 222. L'auteur cite deux arrêts de la Cour d'appel de Nouméa du 19 avril 2012, n° 11/00383 et n°11/00384 (note 19, p. 222).

⁵⁶⁷ En ce sens, on lira avec profit les propos de S. BLANCHY, « Les Mahorais et leur terre. Autochtonies, identité et politique », *Droit et cultures*, n°37-1999/1, p. 181.

République, exprimée lors du référendum sur la départementalisation de l'île le 29 mars 2009⁵⁶⁸. À un moment donné, il faut faire preuve d'une certaine cohérence et tirer les conséquences d'une volonté jamais démentie. Les Mahorais ne peuvent déclarer leur attache profonde à la République sans les contraintes juridiques qui en résultent. La loi est dure, mais c'est la loi.

D'ailleurs à supposer qu'un droit à la différence puisse être reconnu au profit des Mahorais de droit local, convient-il de rappeler que « les particularismes ne sont recevables que dans la mesure où ils ne portent pas atteinte à l'égalité de dignité et à l'égalité en droit de tous les êtres humains. (...) Les valeurs universelles ne peuvent donc souffrir d'aucune dérogation »⁵⁶⁹. Les textes de l'ONU n'ont eu de cesse d'ailleurs de le marteler. Le droit à la différence ne peut exister que dans le respect du triptyque liberté-égalité-fraternité, c'est-à-dire dans le respect de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale et de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990. Les règles musulmanes et coutumières composant le statut personnel mahorais, ne sont nullement respectueuses de ces conventions. En outre, l'essence islamique de certaines règles du droit local ne plaide guère en faveur du maintien des spécificités mahoraises au regard de la position de la Cour européenne des droits de l'homme qui a clairement affirmé dans l'arrêt *Refah Partisi* du 13 juillet 2003⁵⁷⁰, l'incompatibilité de la sharia ou de tout modèle étatique qui s'en inspire avec les principes garantis par la Convention.

243. Concernant Mayotte, la différence dont la défense serait alléguée paraît foncièrement ambiguë dans la détermination, au regard notamment de l'indétermination de son contenu. La société mahoraise connaît depuis le début des années 1990, une évolution profonde qui en bouleverse les institutions. Il en résulte un choc générationnel entre l'ancienne génération fortement attachée au droit local et la nouvelle génération bercée par des valeurs nouvelles. Or, face à la diversité et à des tendances qui s'opposent, M. Oppetit préconise « d'induire un concept de droit qui soit non pas un modèle idéal à réaliser, mais plutôt un ordre convenable à établir, de nature à régir le plus correctement possible les

⁵⁶⁸ 95, 2% des suffrages se sont prononcés en cette faveur. A l'issue de cette consultation, Mayotte est devenue officiellement le cinquième département d'outre-mer.

⁵⁶⁹ G. OTIS (dir.), *op. cit.*, p. 12.

⁵⁷⁰ CEDH, 13 févr. 2003, *Refah Partisi et autres c/ Turquie*

relations entre les hommes »⁵⁷¹. Quelle forme peut prendre cet ordre convenable à Mayotte, île sous souveraineté française et fortement enracinée dans l’Islam, tiraillée entre tradition et modernité ? Autant de tendances qui demandent à être prises en compte, sans parti pris. Qu’est-ce qui justifie que l’on donne la préférence au maintien des spécificités mahoraises ou plutôt à leur suppression pour les rendre plus conformes aux droits fondamentaux ? Aux valeurs de la République ou aux préceptes islamiques ? Aux valeurs prônées par les anciens ou celles revendiquées par les jeunes ? Finalement la solution viendra d’une approche plus logique que sociologique.

L’aspect sociologique nous confronte à un dilemme au demeurant insoluble. Il peut néanmoins servir de base à une approche logique. La tradition étant suivie par l’ancienne génération vouée à disparaître, la logique commanderait de se tourner vers la nouvelle en préconisant un système juridique en adéquation avec leurs aspirations. Le droit à la différence ne devrait donc pas faire échec à la fondamentalisation du droit local, lorsqu’on connaît notamment les limites pratiques de la renonciation au statut personnel.

B) Une solution opportune au regard des difficultés inhérentes à la renonciation au statut personnel

244. Si l’on s’en tient à la position de la Cour de cassation caractérisée par son refus systématique de contrôler la conventionalité d’une règle du statut civil dérogatoire du droit commun, conjuguée à la réserve formulée par la France lors de la ratification du protocole additionnel n° 7 à la Convention le 17 février 1986, en vertu de laquelle ce texte « ne doit pas faire obstacle à l’application des dispositions de droit local dans la collectivité territoriale de Mayotte et les territoires de Nouvelle-Calédonie et des Iles Wallis et Futuna », il apparaît clairement que pour se prévaloir des droits fondamentaux conventionnellement garantis, il faut manifestement être soumis au statut civil commun. Comme cela a été précédemment démontré, une telle solution est critiquable. Elle est également regrettable, dans la mesure où cette renonciation est source d’un marasme inextricable au regard des nouvelles questions qu’elle soulève, et face auxquelles le droit a fort à faire pour proposer des solutions, et encore moins des solutions acceptables. L’hypothèse ici, est celle de l’enfant né hors mariage accédant au statut civil de droit commun, souhaitant établir sa filiation paternelle et profiter ainsi des conséquences juridiques qui en résultent.

⁵⁷¹ B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 142.

245. Pour rappel, le droit musulman auquel est soumis le citoyen français de statut personnel mahorais, n'admet la filiation paternelle, qu'en présence d'un mariage, même si des artifices peuvent être mises en œuvre pour tempérer la rigueur de cette prescription. Il en résulte que l'enfant né hors mariage n'a de filiation établie qu'à l'égard de sa seule mère. Ne pouvant établir sa filiation paternelle, l'enfant ne peut venir à la succession de son géniteur. La Cour de cassation est d'ailleurs restée très ferme à ce propos⁵⁷².

L'enfant naturel mahorais de statut personnel se trouve ainsi confronté à une double difficulté. Il doit tout d'abord renoncer à celui-ci pour pouvoir se prévaloir des droits fondamentaux. Or, la procédure de renonciation telle que précisée par le Conseil d'État dans son avis de 1955 ne peut être mise en œuvre que par une personne ayant atteint la majorité. Dès lors, le sort de l'enfant est nécessairement lié au choix de sa mère. Si celle-ci ne renonce pas au statut personnel, l'enfant y reste soumis au moins jusqu'à sa majorité. L'autre difficulté s'inscrit dans le prolongement de la précédente. Si la mère renonce au statut personnel, renonciation dont les effets s'étendront à l'enfant, ou si la demande est le fait de l'enfant lui-même devenu majeur, toute action tendant à l'établissement de la filiation paternelle intentée par l'un d'eux, risque de soulever des difficultés quant à sa recevabilité et son effectivité, à condition bien évidemment d'être exercée avant les 28 ans de l'intéressé. En effet, le père peut être tenté de se cacher derrière son statut personnel pour faire échec à la demande. Que faire en pareille circonstance ? Faut-il donner raison à l'enfant ou au père ? Le père peut-il efficacement se prévaloir de la violation d'une règle de son statut personnel pour faire échec à toute action tendant à lui faire assumer les conséquences de cette transgression ? Ne pourrait-on pas lui opposer la maxime *nemo auditur* ? L'enfant relevant désormais du statut civil de droit commun peut-il efficacement tirer profit des avantages de son nouveau statut ? Autant d'interrogations que soulève la renonciation au statut personnel, du moins ses limites pratiques auxquelles il importe d'apporter quelques éléments de réponse.

246. Abordant l'hypothèse de l'enfant de statut personnel mahorais accédant au statut civil de droit commun sur l'initiative de sa mère ou de sa propre initiative à sa majorité, nous cherchons à savoir si cet enfant peut parvenir à établir sa filiation sans que son père ne puisse s'y opposer. Le juge de droit commun est saisi d'une action judiciaire en paternité dans cette

⁵⁷² Voir Cass. civ. 1^e, 25 février 1997, *op. cit.*

perspective. Que peut-il faire ? Cependant avant de résoudre ce qui constituerait un conflit interpersonnel, le juge devra au préalable apprécier la recevabilité de l'action.

L'enfant ayant cessé d'appartenir au statut civil particulier, il est *a fortiori* fondé à se prévaloir de tout l'arsenal juridique attaché à son nouveau statut. Il peut ainsi tenter à sa majorité, ou sa mère à sa minorité, une action judiciaire en recherche de paternité, puisque le droit commun l'autorise. Néanmoins, tout n'est pas aussi simple que l'on ne voudrait le suggérer. En effet, la renonciation au statut personnel et les conséquences qui en résultent ressemblent étrangement à la situation d'une femme étrangère de statut personnel musulman, ayant un enfant accédant à la nationalité française, puisque toute personne renonçant à son statut personnel ou accédant à la nationalité française est soumise au droit commun. Or, en vertu de l'article 311-14 du Code civil, l'établissement de la filiation paternelle hors mariage relève de la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Si bien que le changement de nationalité n'a aucune incidence sur cette prescription, qui continuera à s'appliquer⁵⁷³. Est-ce à dire que la même solution doit prévaloir à l'égard du renonçant ?

Celui qui renonce à son statut personnel est français, ce que ne peut prétendre l'étranger, puisque c'est l'aboutissement de sa démarche qui le fait accéder à ce statut. Par ailleurs, il ne serait pas aberrant de penser que celui qui quitte son statut personnel y renonce, car il ne le trouve pas conforme à son idéal de vie. M. Lafargue dirait que le statut personnel ne reflète guère sa « vérité sociologique »⁵⁷⁴, néanmoins d'aspiration. Il l'abandonne donc au profit d'un autre. Où est d'ailleurs l'intérêt de permettre l'abandon d'une situation qui vous semble défavorable pour intégrer un cadre prétendument nouveau, mais qui ne vous contraint pas moins à continuer à vivre dans les mêmes conditions ? L'article 75 de la Constitution qui prévoit la renonciation ne donne aucune précision, et encore moins d'indices susceptibles de constituer un début de raisonnement pour aboutir à une solution. L'on peut donc légitimement penser que toute personne renonçant à son statut personnel se voit immédiatement appliquer le droit commun. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à l'avis du Conseil d'État qui rappelle que le renonçant doit se mettre dans des conditions qui ne soit pas contraires au droit commun, notamment le statut de polygame. *A fortiori*, le renonçant devrait pouvoir sans difficulté tenter une action en recherche de paternité. Mais pouvoir faire une demande est une chose, la voir prospérer en est une autre. Reste désormais à déterminer si cette demande ne buterait pas sur la loi personnelle prohibitive du géniteur.

⁵⁷³ H. PEROZ, « La filiation de l'enfant de statut prohibitif », *Dr. fam.* 2009, étude 26.

⁵⁷⁴ R. LAFARGUE, *op. cit.*, p. 37.

247. À l'évidence, s'élève ici un conflit interpersonnel de lois, qui oppose le droit commun de l'enfant au droit local du père. Mais au lieu que l'on se trouve dans l'hypothèse de rapports mixtes, où le droit commun et le droit local revendiquent tous deux la compétence, le cas nous expose à une situation assez originale de revendication et d'exclusion. Le droit commun qui revendique l'établissement de la filiation paternelle hors mariage et le droit local qui s'y oppose, car il l'ignore. Or dans les rapports mixtes, la primauté reconnue au droit commun de longue date, aurait permis de résoudre facilement et plus rapidement le problème. Cependant, l'hypothèse de revendication-exclusion nous incite à creuser davantage, pour faire tomber les barrières, et ne pas proposer ainsi une solution qui serait taxée d'ethnocentriste. Il faut reconnaître que la situation est ubuesque. Une personne viole délibérément sa loi personnelle, en entretenant une relation interdite, et vient ensuite, non sans audace, s'en prévaloir pour neutraliser les effets de sa propre turpitude, en l'occurrence l'établissement d'une filiation de l'enfant qui en est issu.

On ne peut s'empêcher de relever que la question qui nous occupe présente des similitudes avec une pratique bien connue du droit commun, la gestation pour autrui (GPA)⁵⁷⁵. L'article 16-7 est formel rappelant que « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Et pour contourner cette interdiction, certains parents n'hésitent pas à se rendre dans un pays étranger qui l'autorise, pour revenir ensuite en France et demander la transcription de l'enfant à l'état civil central de Nantes, à l'issue de ce « tourisme procréatif »⁵⁷⁶. Lorsque le cas se présente, le ministère public s'y oppose, conformément à l'article 336 du Code, en invoquant une fraude à la loi, ce qui a pour conséquence l'annulation de la reconnaissance prénatale effectuée par le père, et donc la disparition de la filiation paternelle en résultant⁵⁷⁷. Mais là où le droit français a

⁵⁷⁵ On aurait pu également citer l'hypothèse de l'accouchement anonyme. Néanmoins cela n'aurait pas été d'un grand intérêt dans le raisonnement qui nous occupe, puis la mère qui veut garder le secret de son identité le fait conformément à une loi permissive. Il nous fallait un exemple attestant une fraude ou une violation de la loi, ce qui explique la préférence donnée à la GPA.

⁵⁷⁶ Voir I. BARRIERE-BROUSSE, « La filiation à l'épreuve des migrations internationales », in J.-P. AGRESTI, E. PUTMAN, C. SIFFREIN-BLANC (dir.), *Les rapports parents-enfants en quête de repères*, PUAM 2011, p. 83-95 ; D. SINDRES, « Le tourisme procréatif et le tourisme international », *JDI* n°2/2015, p. 429-504.

⁵⁷⁷ Art. 336 du Code civil : « La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi ». Concernant la

essayé de faire assumer au père agissant en fraude à la loi les effets de ses agissements, le statut personnel vient au secours de celui qui le transgresse, en le mettant à l'abri de toute action en recherche de paternité. Pourquoi ne fait-on pas preuve de la même rigueur à son égard ?

248. Certes, on nous objectera que dans un sens, il y a une volonté réelle d'établir la filiation paternelle, et de l'autre une opposition farouche à son éventuel établissement, et qu'ensuite les solutions adoptées dans l'une et l'autre hypothèse aboutissent à préserver la loi transgressée. Mais il n'en demeure pas que dans l'esprit, on sanctionne l'un en le contraignant au respect de la loi, tandis que l'autre se voit accorder un privilège se traduisant également en un respect de la loi. Du point de vue éthique, c'est inacceptable. Permettre au père d'échapper à l'établissement de filiation par souci de se conformer à son statut personnel qu'il a pourtant sciemment violé, revient, à n'en point douter, à encourager cette pratique, au risque de voir foisonner des enfants naturels sans père. On ne peut ici que saluer l'audace d'une cour

jurisprudence, Voir Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, *Daloz actualité*, 11 avr. 2011, obs. C. Siffrein-Blanc ; *D.* 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *ibid.* 1001, édito. F. Rome ; *ibid.* 1064, entretien X. Labbé ; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 2012. 308, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2011. 262 ; *ibid.* 265, obs. B. Haftel ; *ibid.* 266, interview M. Domingo ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RCDIP* 2011. 722, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser. La solution a été confirmée dans deux autres espèces à l'origine des arrêts rendus par la Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *JCP G* 2013, P. 985, note Aude Mirkovic. La France a néanmoins fait l'objet d'une condamnation par la Cour européenne le 26 septembre 2014 par deux arrêts, sans contester les décisions (CEDH 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, n°65192/11 et *Labessee c/ France* n°65941/11, *AJDA* 2014. 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2014. 1797, et les obs., note F. Chénéde ; *ibid.* 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 1806, note L. d'Avout ; *ibid.* 2015. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 1007, obs. REGINE ; *ibid.* 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2014. 499, obs. B. Haftel ; *ibid.* 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RDSS* 2014. 887, note C. Bergoignan Esper ; *RTD civ.* 2014. 616, obs. J. Hauser.

Tirant les conséquences de cette condamnation, l'Assemblée plénière a opéré un revirement de jurisprudence dans deux décisions. Elle a en effet considéré en effet que l'enfant issu d'une GPA réalisée à l'étranger ne peut se voir refuser la transcription de son acte de naissance transcrit à Nantes sur ce seul motif (Cass. ass. plén., 3 juil. 2013, n°14-21.323 et 15-50.002 ; *D.* 2015, P. 1438, obs. I. Gallmeister, et p. 1481, édito. S. Bollée ; *AJ fam.* 2015, p. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse).

d'appel, qui pour rappeler un père à ses responsabilités, l'a condamné au paiement des dommages-intérêts à l'enfant⁵⁷⁸.

Bien évidemment, si la maxime *fraus omnia corrumpit* a permis à la Cour de cassation d'approuver les solutions des juges du fond relativement à la gestation pour autrui, il est difficile de soutenir que l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* puisse utilement être invoqué pour empêcher le père de tirer profit de sa propre turpitude, puisque le droit français réserve son application à un domaine bien défini. La maxime « nemo auditur » s'applique seulement pour faire échec au jeu des restitutions, lorsque le contrat a été annulé en raison de l'illicéité de sa cause. On s'inspira donc de la solution jurisprudentielle applicable en droit international privé.

En ce sens, nous avons précédemment relevé que la Cour de cassation a récemment délaissé l'ordre public de proximité pour une position plus tranchée, écartant toute loi étrangère s'opposant à l'établissement de la filiation paternelle au nom de l'ordre public international français⁵⁷⁹. Et si la Cour de cassation n'a pas voulu tirer les conséquences de la solution par elle consacrée pour l'appliquer à un citoyen français originaire de Mayotte relevant de statut personnel, c'est par souci de respecter l'article 75 de la Constitution. Il ne peut en être qu'autrement pour celui relevant désormais du statut civil de droit commun. Ainsi et fort logiquement, l'enfant naturel de statut personnel y renonçant, pourra en effet s'inspirer de cette solution jurisprudentielle pour espérer établir sa filiation nonobstant la loi personnelle prohibitive de son géniteur.

Cette solution ayant été obtenue à l'issue d'une analyse fort éprouvante, il serait préférable au regard de tout ce qui a été dit jusqu'ici, d'admettre tout simplement la fondamentalisation du droit local.

⁵⁷⁸ En l'espèce, un père sachant qu'il a un fils, ne l'a pas reconnu. Devenu majeur, ce dernier intente une action en recherche de paternité, et demande des dommages-intérêts relativement à l'inertie de son père qui lui a, selon lui, causé un préjudice. Alors que sa demande a été accueillie en première instance, le père fait appel mais exclusivement en ce qui concerne sa condamnation à la réparation du préjudice subi par son fils du fait de sa passivité. Il s'agissait de savoir si le refus de reconnaître son enfant constitue une faute justifiant une condamnation. La Cour d'appel de Caen confirme la condamnation du père au motif « *qu'en ne procédant pas à la reconnaissance d'un enfant qu'il savait être le sien, et en en lui conférant pas le statut et les avantages attachés à une filiation légalement établie, il a agi avec irresponsabilité (...) ce qui est constitutif d'un comportement fautif* » (CA Caen 29 mars 2012 *JurisData* n° 2012-019170, *Dr fam.* 2012, comm. 168, note C. Neirinck).

⁵⁷⁹ Cass. 1^{er} civ., 26 oct. 2011, *op. cit.*

249. Conclusion du chapitre 1^{er}. L'on voit donc que l'évolution du statut civil de droit local applicable à Mayotte est commandée par la nécessité de faire triompher les droits fondamentaux. C'est par un pur hasard, et sans doute heureux, que la suppression de particularismes locaux aboutit à leur substitution au droit commun. L'harmonisation aux droits constitutionnellement et conventionnellement garantis se mue en une uniformisation du droit au niveau local, laissant place à l'application du Code civil, objectif par ailleurs poursuivi par la départementalisation de l'île. Aussi, la référence aux droits fondamentaux, tant constitutionnels que conventionnels, présente l'avantage d'épurer l'intervention législative, certes assimilatrice, de toute connotation idéologique et civilisationnelle. L'on ne peut sans discrimination, astreindre la soumission aux droits fondamentaux les seules règles de droit commun, et laisser supposer qu'il existe deux catégories de citoyens français. La citoyenneté française est une, et recouvre un certain nombre de droits contre lesquels on ne peut biaiser. L'alignement sur le droit commun, bien qu'inéluctable, n'en demeure pas moins sujet à de vives discussions.

Chapitre II : L'extension du droit commun dans le statut civil particulier

250. La réforme du statut civil de droit local applicable à Mayotte a été initialement présentée comme une entreprise de clarification⁵⁸⁰. Aujourd'hui son champ d'application est foncièrement investi par les règles inspirées du Code civil. Les Cadis ne rendent plus la justice en droit local. Cette compétence est désormais exclusivement reconnue aux juridictions de droit commun. Nonobstant ces évolutions, l'ordonnance du 3 juin 2010 continue pourtant de proclamer l'existence du statut civil particulier.

Alors qu'il ne fait aucun doute que l'assimilation de cette singularité mahoraise avait pour effet de préparer la départementalisation de l'île, une partie de la doctrine se montre très critique à l'égard du législateur. Elle lui reproche précisément d'avoir étendu aux Mahorais soumis au statut personnel, le droit de la famille métropolitain, dont les règles sont opposées dans leur conception aux préceptes fondant leur foi islamique.

Il convient donc au préalable de faire la lumière sur la controverse nourrie l'assimilation du statut personnel mahorais (Section 1), avant d'examiner le processus d'extension du droit commun pour faire ressortir l'état du droit positif (Section 2).

Section 1 : Une extension sujette à une vive controverse

251. L'assimilation du statut personnel mahorais constitue l'aboutissement de sa confrontation aux droits fondamentaux dont il n'est pas sorti indemne. Il en est résulté un vide juridique que le législateur se devait de combler. N'ayant pas d'autres possibilités, il s'est résolu à y étendre le droit commun, non sans susciter une vive controverse. L'examen de l'origine de la controverse (§1) précèdera l'analyse de ses implications (§2).

§1/ L'origine de la controverse

252. Le statut personnel mahorais a littéralement subi un phénomène de phagocytose, voyant le droit commun investir considérablement son domaine en absorbant les spécificités qui caractérisent. Désormais, ce sont des règles inspirées du Code civil, qui sont appelées à régir les rapports familiaux, dans une société marquée par l'empreinte de l'Islam. Autant dire un prétexte pour provoquer une controverse, marquée par la crainte du rejet des nouvelles

⁵⁸⁰ Accord sur l'avenir de Mayotte du 27 janvier 2000 (art. 8).

institutions. Et dans sa manifestation, cette crainte prend la forme d'une revendication du maintien des particularismes locaux.

On a vu ainsi émerger une controverse nourrie par des considérations socio-théologiques (A), qui apparaissent pourtant théologiquement contestables (B).

A) Une controverse nourrie par des considérations socio-théologiques

243. Si l'application du Code du statut personnel tunisien est source de « turbulences » dans l'uniformisation de la jurisprudence⁵⁸¹, les secousses se font sentir jusque dans le Canal du Mozambique, où les Mahorais de confession musulmane sont désormais soumis au droit commun dans leurs rapports familiaux. Mayotte partage en commun avec la Tunisie d'être une terre d'Islam où les fidèles sont soumis à un droit familial fortement laïcisé. Si en Tunisie, les difficultés apparaissent surtout au prétoire, à Mayotte c'est plutôt l'assimilation du droit local dans son principe qui fait débat. Comment peut-il d'ailleurs en être autrement, lorsqu'on sait que cette assimilation s'inscrit dans le prolongement du triomphe des droits fondamentaux, réputés porteurs d'une idéologie libertaire et égalitaire susceptible de heurter certaines conceptions familiales et les valeurs qui les sous-tendent, notamment le matriarcat et patriarcat qui se rencontrent tous deux à Mayotte ?

Il est également soutenu que les droits fondamentaux représentent « le reflet de l'individualisation croissante du droit, la subjectivation des intérêts »⁵⁸². On leur prête d'ailleurs un caractère dangereux, en ce qu'ils constituent « un facteur de fragilisation de la famille »⁵⁸³. Autant dire que l'assimilation du droit local, dans le prolongement du triomphe des droits fondamentaux, dont il est le fruit, bien que préparant la départementalisation de Mayotte longtemps souhaitée, pose véritablement problème. Elle suscite des doutes quant à l'application effective du droit métropolitain sur cette terre fortement marquée par l'empreinte de l'Islam. Tour à tour, religieux et auteurs se sont relayés pour exprimer leur inquiétude à ce propos.

⁵⁸¹ S. BOSTANJI, *op. cit.*

⁵⁸² C. DUVERT, « L'humain musulman et les droits de l'homme », *Le Débat*, 2010/2 n°159, p. 58.

⁵⁸³ L. GANNAGE, « Religion et droits fondamentaux... », *op. cit.*, p. 517 et s.

244. La question de l'assimilation du droit local constitue une hantise doctrinale. Dans son rapport portant réflexion sur l'avenir institutionnel de Mayotte, la Commission Bonnelle se penchant sur la modernisation des spécificités mahoraises, a seulement encouragé l'adoption de mesures tendant « à une harmonisation, dans les limites du possible, avec les règles juridiques du droit commun »⁵⁸⁴. La prudence qui ressort de ces propos ne saurait dissimuler l'argument religieux, qui est le masque sous lequel elle avance, et son corollaire la crainte du rejet des règles du Code civil. Et comme le fait remarquer un auteur, « la conciliation entre le statut personnel et assimilation juridique soulève des problèmes d'ordre juridique, social et culturel »⁵⁸⁵. Une constance en somme, puisque le même motif préside au maintien des institutions juridiques locales à l'époque coloniale.

Intervenant lors d'un colloque organisé à Mamoudzou le 14, 15 et 16 septembre 2002, dont les actes ont fait l'objet d'une publication sous un intitulé très révélateur « Mayotte dans la République »⁵⁸⁶ abordant de nombreuses problématiques sur l'île, dont le statut personnel, Mme Ben Halima s'est montré dubitatif sur la perspective d'une substitution pure et simple du Code civil au droit local dans les rapports familiaux. Il a ainsi affirmé que « Tout le monde sait que la greffe peut ou ne pas prendre. Et je pense qu'elle ne réussira pas, rien que par un phénomène d'inertie sociale. Le droit, même français, sera considéré comme un droit étranger »⁵⁸⁷. Le propos est saisissant de sens, et résume parfaitement tout le malaise résultant de l'éventuelle assimilation du droit local.

Cette analyse basée sur des considérations sociologiques a pareillement inspiré l'ancien Grand Cadi de Mayotte, Mohamed Hachim, modérément séduit par l'idée d'une extension du Code civil aux Mahorais. Ainsi, a-t-il rappelé que « Les Mahorais et Mahoraises ont conservé dans leur plus grande majorité leur statut particulier musulman malgré la possibilité d'y renoncer et les multiples formes d'incitation au droit commun. Par conséquent, pour eux, le maintien de la justice musulmane et l'application du droit local s'imposent. Sinon ce serait exercer sur eux une contrainte, voire une oppression, quelle que soit la méthode »⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ F. BONNELLE (dir.), *op. cit.*, p. 23

⁵⁸⁵ A. ALI ABDALLAH, « Le statut personnel mahorais à l'aube de la départementalisation de Mayotte », in F. ANGLEVIEL (dir.) *Les outre-mers français* V. n°1 2012, L'Harmattan, p. 185.

⁵⁸⁶ L. SERMET, J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République : Actes du colloque de Mamoudzou*, *op. cit.*

⁵⁸⁷ S. BEN HALIMA, in L. SERMET, J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République : Actes du colloque de Mamoudzou*, Montchrestien, 2004, p. 590.

⁵⁸⁸ Contribution orale de Mohamed Hachim, in L. SERMET, J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République : Actes du colloque de Mamoudzou*, Montchrestien, 2004, p. 592

L'argument ne manque pas de pertinence. Qu'est-ce qui justifie en effet que l'on passe outre la lettre de l'article 75 de la Constitution qui reconnaît la dualité de statuts civils, pour imposer le droit commun ? Mais la pertinence de l'analyse ne saurait dissimuler sa fragilité. Car ce que semble oublier l'ancien Grand Cadi, c'est que l'assimilation est un aboutissement, qui peut résulter soit de la départementalisation de l'île, soit de la fondamentalisation du droit local. Dans l'une comme l'autre hypothèse, les particularismes locaux sont voués à la disparition. La départementalisation emporte l'exclusivité du régime de l'identité législative en vertu de l'article 73 de la Constitution, tandis que la fondamentalisation ne laisse aucune chance de survie aux spécificités mahoraises reposant structurellement sur des discriminations, de par les principes de patriarcat et de matriarcat qui les fondent.

245. Les inquiétudes ainsi exprimées ne révèlent pas moins une constante. Si cela a encore besoin d'être prouvé, il apparaît clairement que le droit de la famille est un domaine très sensible. Le remettre en cause pour lui substituer un droit bien que français-mais qui pourrait être perçu comme venu d'ailleurs au regard précisément des valeurs qu'il sous-tend n'est pas sans friction. En outre, il est communément admis que « le droit est l'expression d'un ordre social dont il assure le maintien et la stabilité »⁵⁸⁹.

La différence de conception entre le mode d'organisation sociale du droit local reposant sur des pratiques coutumières et des règles musulmanes et la conception foncièrement individualiste du Code civil peut ainsi constituer un obstacle sérieux à la réception du droit commun à Mayotte. Et pour donner plus de consistance à cette analyse, pour légitimer davantage cette crainte, le recours à l'Islam était résolument d'un grand secours. En effet, la religion musulmane n'opère pas de distinction entre les normes qu'elle édicte. Si bien que l'aspect juridique et l'aspect culturel ne sont pas dissociés. Or, la laïcisation du droit dénie toute compétence à une norme religieuse. Seul reste applicable le droit produit par l'État. C'est ce positivisme légaliste qui provoque des frayeurs qui se veulent insurmontables. Si la crainte du rejet des institutions civilistes peut paraître justifiée, elle n'en reste pas moins sujette à discussion quant à la forme sous laquelle elle se manifeste.

B) Des considérations théologiquement contestables

⁵⁸⁹ G. A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 15

246. Il est clair que la crainte du rejet du droit français de la famille à Mayotte appelle au maintien des institutions locales. La question a été largement discutée dans les précédents développements pour qu'il soit encore besoin d'y revenir. Le maintien en l'état du statut civil de droit local s'est avéré impossible, puisque cela revient à minorer ou à feindre d'ignorer les bouleversements affectant la société mahoraise. Procéder par simples retouches en tenant compte de ces évolutions favoriserait sans doute la pérennisation d'institutions en évidente contradiction avec les droits fondamentaux réputés inhérents à l'homme, et dont la sauvegarde incombe à l'État dans tout pays se voulant démocratique. Autant dire que toutes ces objections ne laissent guère de chance de survie aux spécificités mahoraises.

Il peut d'ailleurs paraître étonnant que tout l'accent soit mis sur la particularité islamique de la société mahoraise pour nourrir et entretenir la crainte du rejet des règles familiales du Code civil. Il a été en effet démontré qu'à Mayotte l'Islam dans son aspect juridique est d'application douteuse. Les coutumes matriarcales reflètent mieux les pratiques sociales que les institutions musulmanes, lesquelles se manifestent exclusivement sous une forme fortement acculturée. Pourquoi dès lors s'interroger sur la réception des règles laïques, réputées inadaptées aux mœurs et aux valeurs de la population auxquelles elles s'adressent, en insistant sur le caractère islamique de leur société, au détriment de la conception matriarcale qui domine pourtant les pratiques sociales ?

247. Vouloir défendre les valeurs islamiques en maintenant le droit qui en résulte relève à n'en point douter de l'instrumentalisation. Si les Mahorais n'ont éprouvé aucune gêne à maintenir des règles d'essence matriarcale qui contredisent certains principes islamiques, avec l'arrivée de l'Islam dans l'île il y a plus de dix siècles, ils peuvent sans mauvaise foi de leur part, aisément s'accommoder des institutions juridiques métropolitaines. Si leur volonté est un tant soit peu d'obtenir du législateur le maintien des prescriptions du Coran, il conviendrait tout d'abord que les pratiques sociales en soient le reflet fidèle. Autrement toute revendication tendant au respect du droit musulman serait dénué de tout fondement. Ce n'est qu'à cette seule condition que l'on comprendra leur volonté farouche à obtenir le respect de leurs particularismes locaux.

Personne n'a, semble-t-il, relevé ce sombre paradoxe. Rejeter le droit français de la famille au motif qu'il véhicule des valeurs contraires à l'Islam et continuer à vivre sous l'emprise de pratiques coutumières, suscite l'incompréhension. Ce ne sont pourtant pas les exemples qui manquent. En plus de se voir contester la suprématie concernant le droit applicable dans le statut personnel, l'Islam est profondément affecté dans ses valeurs,

contrairement à cette idée reçue et constamment défendue, qui en fait une religion pratiquée par 99% des Mahorais. C'est confondre adhésion à une profession de foi et pratique de celle-ci.

248. La religion justement n'est pas fonction de l'idée que l'on s'en fait. Elle résulte de la pratique des préceptes qui la fondent et qui en sont l'émanation. Le cadre religieux existe préalablement à la pratique religieuse qui en matérialisera les prescriptions. Les fidèles ne font qu'entrer dans ce moule pour s'y fondre par leur adhésion, sans jamais le déformer. Car justement cette déformation fait perdre au modèle religieux sa réalité originelle réputée éternelle, en ce qu'elle constitue la parole divine. C'est ainsi que doit se comprendre l'appartenance religieuse. Il semble dès lors évident qu'une croyance sans pratique n'est qu'un mirage, un non-sens, dans l'esprit musulman en tout cas.

Pour ainsi dire, on ne peut pas se dire musulman non-pratiquant, comme on ne peut se dire musulman et s'éloigner des préceptes supposés éternels qui fondent cette religion, puisque c'est précisément la pratique qui matérialise la croyance, et qui la justifie. Et cette pratique doit être conforme au cadre posé par la religion dont on se réclame, et dans lequel l'on pénètre par l'attestation de la foi. Et l'on ne peut pas dire que les pratiques animistes fortement répandues dans l'île relèvent des prescriptions musulmanes. Tout au plus, il s'agit d'associationnisme, constituant d'après le Coran le pire pêché.

249. Brièvement, l'associationnisme ou *Shirk* s'entend de la pratique consistant à adorer autre chose à côté de Dieu, en la divinisant, au point de les confondre. Le Coran condamne fermement cela. S'y livrer, c'est remettre en cause l'unicité divine. Le verset 116 de la Sourate 4 du Coran en donne d'ailleurs une parfaite illustration, lorsqu'il indique : « Certes, Allah ne pardonne pas qu'on Lui donne des associés. A part cela, Il pardonne à qui Il veut. Quiconque donne des associés à Allah s'égare, très loin dans l'égarement. ».

Il se trouve qu'à Mayotte, des personnes se réclamant de confession musulmane pratiquent encore une cérémonie d'origine malgache, le « Roumbou », « une sorte de dance pour implorer les djinns »⁵⁹⁰. On peut également citer une autre pratique, aujourd'hui disparu, le « M'guru », jadis pratiqué pour mettre fin à la grande sécheresse frappant l'île. Cela passait par l'imploration de forces occultes pour faire tomber la pluie⁵⁹¹. Si les Mahorais de

⁵⁹⁰ FAYÇAL, *Mayotte un silence assourdissant*, Publibook/Société des écrivains, 2008, p. 35

⁵⁹¹ Sur la question de l'animisme à Mayotte, voir V. HARMANT, « Quête identitaire et troubles de la filiation :

confession musulmane ont pu, ou se livrent encore à ces pratiques qui relèvent résolument de l'associationnisme, en quoi se conformer au droit français serait blasphématoire pour leurs convictions ?

250. Bien que théologiques, ces considérations ne doivent être négligées. Elles sont indispensables, puisqu'il s'agit de révéler l'incongruité de l'argument tiré du respect des valeurs islamiques pour justifier la crainte du rejet du Code civil, dans une société qui ne s'embarrasse pas pour transiger avec lesdites valeurs. Il eut fallu également prendre en compte les valeurs caractérisant la société mahoraise, remarquable par sa multiculturalité. Les influences ici sont nombreuses, et émanent de tous les horizons. Les réduire en une manifestation islamique uniforme relève indubitablement du déni. Et la critique ne s'arrête pas là. De nombreuses institutions échappent à la compétence du droit musulman à Mayotte. Il est attesté que dans l'islam, une seule femme ne peut témoigner. Cette règle n'est pourtant pas respectée dans les procédures pénales, sans compter que les magistrats eux-mêmes ne sont pas nécessairement de confession musulmane. On rencontre également des musulmans qui ne sont pas nécessairement originaires de Mayotte, mais qui y sont pourtant installés, et qui ne peuvent que se conformer dans leurs relations familiales au droit commun.

A un moment donné, il faut faire montre d'une certaine cohérence. Revendiquer le maintien du statut personnel pour les motifs socio-théologiques avancés au regard des développements qui précèdent, s'en éloigne résolument. La thèse fondée sur la crainte du rejet du droit commun, parce qu'il heurterait la conception musulmane de la famille mahoraise souffre de son impertinence. Cependant, le débat étant posé, il importe d'en analyser les implications.

§2/ Les implications de la controverse

251. Nul besoin de tergiverser longtemps pour se rendre compte que la crainte du rejet des institutions familiales civilistes à Mayotte, dissimule le spectre d'un débat qui ne dit pas son nom, et qui porte indéniablement sur la sempiternelle question de l'incompatibilité de l'Islam avec la laïcité (A). Un débat passionnant, mais qui ne mérite pas moins d'être dépassionné, si tant il est vrai que la préoccupation est de chercher une solution, s'analysant en une possibilité pour chaque citoyen français de confession musulmane de vivre sa foi, tout

en se conformant au droit étatique, dans les rapports familiaux, objet de cette étude. L'approche à adopter ne peut donc en aucune façon privilégier une logique d'opposition, destinées à révéler des incompatibilités substantielles que tout le monde connaît déjà, entre le droit français et le droit musulman. Elle doit s'inscrire dans une perspective conciliatoire et sans exclusivisme (B).

A) L'éternel débat de l'incompatibilité de l'Islam avec la laïcité

252. L'assimilation du statut personnel mahorais considéré par la doctrine d'influence fondamentalement islamique a surtout ravivé la flamme de l'éternel débat entre la religion musulmane et la laïcité, sur fond de divergences entre la conception française de l'organisation sociale et l'approche islamique en général, mais également, et plus spécifiquement dans les rapports familiaux⁵⁹². De l'aveu même de Mme Brunet, en France métropolitaine, l'Islam dans ses différentes manifestations fait l'objet d'une stigmatisation⁵⁹³, tant dans l'espace public où il est prié d'être moins visible, que dans le monde professionnel⁵⁹⁴, sans oublier les difficultés généralement soulevées devant les tribunaux sur la réception des lois étrangères d'essence musulmane. Tout sert donc de prétexte pour localiser le débat à Mayotte, terre islamique sous souveraineté française. L'incompatibilité se pose en des termes généraux et en des termes spécifiques. Elle apparaît d'abord sur l'organisation de la société (1), mais manifeste avec plus de vivacité dans les rapports familiaux (2).

1) L'incompatibilité dans l'organisation de la vie en société

253. La laïcité, « entreprise politique »⁵⁹⁵, témoigne de l'émancipation de la société de la tutelle religieuse. En France, elle traduit précisément la séparation des Eglises et de l'État,

⁵⁹² C. DUVERT, « L'humain musulman et les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 57 .

⁵⁹³ L. BRUNET, *op. cit.*

⁵⁹⁴ Voir l'affaire de la crèche Baby Loup, à propos d'une salariée de confession musulmane, qui a décidé de porter le voile à son retour d'un congé maternel. Au cœur du problème, la question de l'exercice de la liberté religieuse dans le monde de l'entreprise, dont la résolution a contraint l'intervention de l'Assemblée plénière, dans un arrêt du 25 juin 2014 (Cass., ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369 ; *AJDA* 2014, p. 1293 obs. J.-M Pastor ; *D.* 2014, p. 1536, obs. Ch. Radé ; *RTD civ.* 2014, p. 620, obs. J Hauser ; *AJCT* 2014. 337, tribune F. de la Morena).

⁵⁹⁵ H. SENIGUER, « Les paradoxes de la sécularisation/laïcisation au Maroc. Le cas du parti de la Justice et du

telle que consacrée par la loi du 9 décembre 1905⁵⁹⁶, même si « nous assistons à des tentatives de réofficialisations feutrées de certaines religions, dans une perspective néo-gallicane où l'État intervient, contrôle et privilégie les formes religieuses qui lui plaisent »⁵⁹⁷. De cette séparation, « les hommes deviennent les maîtres de l'organisation de la cité terrestre »⁵⁹⁸.

Néanmoins, la séparation de l'État d'avec la religion n'a pas signifié négation de cette dernière. Elle implique seulement la neutralité confessionnelle, tout en faisant de l'État le garant du respect de la liberté de conscience, respect qu'il doit assurer sans aucune forme de discrimination⁵⁹⁹. L'expression religieuse relève de l'intimité de la personne. Ce n'est que de cette façon que l'on peut comprendre l'article 1^{er} de la Constitution qui proclame le caractère notamment laïc de la République française⁶⁰⁰, ainsi que l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en vertu duquel « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

Développement (PJD) », *Confluences Méditerranée*, 2011/3 n°78, p. 50.

⁵⁹⁶ Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, *JO* du 11 décembre 1905 p. 7205.

⁵⁹⁷ J. BAUBEROT, « La laïcité française : républicaine, indivisible, démocratique et sociale », *Cités*, 2012/4 n°52, p. 12.

⁵⁹⁸ J.-P. THOMAS, « Faut-il renouveler la laïcité ? », *Connexions*, 2005/1 n°83, p. 24.

⁵⁹⁹ Le cas de l'Alsace-Moselle fait ici résolument débat, face à la persistance du régime Concordat-culte qui y a cours. Le Conseil constitutionnel, tout en admettant qu'un tel maintien méconnaît le principe constitutionnel de laïcité, n'en justifie pas moins l'existence en se basant sur « les travaux préparatoires » de la Constitution de 1958 ainsi que celle de 1946. Il a ainsi jugé que « la Constitution n'a pas entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires 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 » (Cons. cons., déc. n°2012-297 QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*). On peut également y ajouter le cas des cadis de Mayotte longtemps rémunérés par des fonds publics. Cette situation particulière s'explique surtout par le fait que Mayotte n'ayant accédé au statut de département que récemment, la loi du 9 décembre 1905 ne s'y appliquait pas. Ce sont des dispositifs issus des décrets Mandel des 16 janvier et 6 décembre 1939 (*JO*, 18 janvier 1939, p. 1001 ; *JO*, 11 décembre 1939, p. 13879) qui s'y appliquaient, et ceux-ci autorisaient justement le financement public du culte.

⁶⁰⁰ Art. 1^{er} de la Constitution :

La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. » Notons le terme de « croyance » et non de « religion ».

La même idée se trouve exprimée dans l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, la liberté de conscience et de religion⁶⁰¹. La Cour européenne a d'ailleurs considéré que la liberté de conscience constitue l'une des assises de la société démocratique⁶⁰². Elle implique la « liberté de manifester sa religion ou ses convictions »⁶⁰³. Il porte résolument sur la possibilité pour chacun d'adhérer librement à une religion ; liberté dont la garantie par l'État a pour corollaire, sa neutralité. Cependant, le principe de libre exercice du culte peut valablement être invoqué en ce qui concerne l'aspect purement culturel. Telle est du reste la solution posée par la jurisprudence à propos de la distribution de repas halal en prison pour des détenus de confession musulmane⁶⁰⁴.

Finalement, l'État dont il est question reflète un cadre sociétal sécularisé, « où Dieu ne préside plus aux destinées humaines si ce n'est dans l'intimité des consciences »⁶⁰⁵. Il est

⁶⁰¹ Art. 9 de la Convention européenne des droits de l'homme :

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

La liberté de conscience et de religion figure dans d'autres conventions. Il en est ainsi du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 18), de la Convention internationale des droits de l'enfant (art. 14) ou encore la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 10).

⁶⁰² CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, Série A n° 260 A § 31, *Ann. Fr. Dr. Int.* 1994 p. 658 obs. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1994 p. 790 obs. E. Decaux et P. Tavernier ; *Rev. Sc. Crim.* 1994 p. 362 obs. R. Koering-Joulin ; *Rev. Trim. Dr. Homme* 1994 p. 144 obs. F. Rigaux ; *Rev. Univ. Dr. Homme* 1993 p. 1 obs. F. Sudre et autres. Cf N. Valticos, Le premier arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme en matière de liberté de religion : *l'arrêt Kokkinakis c/ Grèce*, in *Mélanges G. C. Vlachos*, Bruylant 1995, p. 551s. Cf aussi : S. Karagiannis, « Les minorités religieuses et la Convention européenne des Droits de l'Homme », *L'Observateur des Nations unies* 1997 n° 3 p. 83 ; I. Rouvière-Perrier, « Les témoins de Jéhovah devant la Cour européenne des Droits de l'Homme », *LPA* 17 novembre 1993 no 138 p. 24s. ; H. Surrel, « La liberté religieuse devant la Cour européenne des Droits de l'Homme », *RFDA* 1995 p. 573 et s.

⁶⁰³ CEDH, 13 décembre 2001, *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c/ Moldova*, *Rec.* 2001-XII, § 114s., *JDI* 2002 p. 313 observations E. Decaux et P. Tavernier, *AJDA* 2002 p. 503 observations J.-F. Flauss.

⁶⁰⁴ TA Grenoble, 7 novembre 2013, *JurisData* n°2013-028112, *JCP A*, n°51, 2013, p. 10, note N. Mandin. Voir également CE 5 juillet 2013, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoir*, *Droit adm.* 2013, comm. 85.

⁶⁰⁵ C. FROIDEVAUX-METTERIE « Comment l'esprit de religion défie l'esprit de laïcité », *Critique internationale* 3/2009 (n° 44), p. 17.

donc nécessairement exclusif de toutes prescriptions religieuses règlementant la vie juridique. À ce propos, l'arrêt *Refah Partisi* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 13 juillet 2003⁶⁰⁶ est sans équivoque, puisque la Cour « affirme énergiquement l'incompatibilité de principe avec la Convention de tout modèle d'État et de société organisé selon les règles religieuses »⁶⁰⁷. Il n'y a donc de droit que celui produit et sanctionné par l'appareil étatique. Il s'applique à tous sans considération de l'appartenance religieuse. Ce positivisme légaliste n'est pas sans incidence sur les adeptes d'une profession de foi donnée ; certaines règles étatiques étant susceptibles de heurter leurs convictions, voire susciter le rejet⁶⁰⁸. En d'autres termes, « on ne supprime pas la religion par décret ».

254. Toute religion prétend avoir « un plan de l'organisation de la vie en société », qu'elle entend bien évidemment concrétiser, se jugeant « bonne » et « seule vraie »⁶⁰⁹. La religion musulmane se propose ainsi de présider à la destinée non pas d'une société donnée, mais de l'humanité tout entière, même si certaines voix s'élèvent dans certains pays, pour laisser pour appeler à la dissociation de la politique et du spirituel⁶¹⁰. Le texte coranique est sans équivoque, en atteste le verset 87 de la Sourate 38, affirmant que « Ceci [le Coran] n'est qu'un rappel à l'univers. ». Et pourtant ce rappel à l'univers ne fait que véhiculer un message spirituel, mais sans finalement couvrir l'organisation de la vie en société dans toute son étendue. L'Islam se veut en effet un modèle d'organisation sociétal, puisqu'il a vocation à embrasser tous les domaines de la vie. Il organise la vie du croyant dans sa plénitude, de la naissance à la mort. Il en résulte un ensemble de règles susceptibles d'une double catégorisation, l'aspect purement culturel et l'aspect juridique. On rencontre, à travers le monde, des États qui proclament dans leur constitution que l'Islam est religion d'État⁶¹¹.

⁶⁰⁶ CEDH, 13 févr. 2003, *op. cit.*

⁶⁰⁷ M. LEVINET, « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC* 2011/2 n° 86, p. 229.

⁶⁰⁸ On ne voit encore à propos de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, évolution juridique qui n'affecte pas seulement la foi chrétienne, mais aussi la foi islamique, lorsqu'on se remémore l'épisode de Sodome et Gomorrhe, tel que décrit dans le Coran.

⁶⁰⁹ J.-P. THOMAS, *op. cit.*, p. 26.

⁶¹⁰ L'exemple du Maroc illustre parfaitement cette hypothèse. Voir en ce sens H. SENIGUER, « Les paradoxes de la sécularisation/laïcisation au Maroc » Le cas du parti de la Justice et du Développement (PJD) », *op. cit.* Il faut reconnaître que ces tentatives de dissociation de la politique et du spirituel traduisent en réalité un discours ambivalent, déployé selon que la personne à attirer dans son électorat est un laïc ou un conservateur.

⁶¹¹ Sur cette question, voir notamment M. BEN JEMIA, « Liberté de religion et statut personnel », *D&Q*

Quel que soit son caractère, l'application de la règle religieuse peut être source de problème, lorsqu'elle se fait en violation des règles établies par l'État. Bien que la discussion porte souvent sur l'aspect juridique de la religion musulmane, la pratique culturelle n'est pas moins source de remous. C'est notamment le cas depuis l'adoption de la loi 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 publics⁶¹², suivie de celle du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public⁶¹³, dont l'appellation a été délibérément dévoyée, plus connue sous l'expression « loi contre le voile islamique ». Ces lois sont perçues par les citoyens français de confession musulmane comme étant islamophobes, en ce qu'elles visent à éradiquer en public l'expression de leur religion. Et comme pour donner plus de consistance à cette dénonciation, la CEDH a même été sollicitée pour invalider la loi de 2010, mais sans donner raison à la requérante, qui se plaignait de ne pouvoir, depuis l'entrée en vigueur de cette loi, publiquement porter le voile intégral⁶¹⁴.

L'on voit donc que si l'État ne rejette pas la religion dans son principe, il lui dénie toute compétence pour régir la vie juridique. Ce qui n'est pas sans incidence pour le fidèle, fortement attaché à sa foi, qui se trouve ainsi tiraillé entre le respect des règles étatiques du pays dont il est ressortissant lorsque le pays n'est pas musulman, et sa profession de foi, lui qui a fait serment à son Dieu, de lui vouer en tout état de cause allégeance. Ce qui pose principalement difficulté, c'est précisément l'essence des règles en cause. Culturelles ou juridiques, elles se réclament de la révélation, et constituent ainsi une émanation de la volonté de Dieu, dont la parole se veut éternelle. Comment dès lors respecter les règles étatiques applicables à tous, tout en étant constamment et fermement soumis à Dieu, notamment lorsque les règles en question sont inconciliables ? Cela pose indubitablement un problème de conscience.

n°9/2009, p. 92-106 ; M. CHARFI, *Islam et liberté. Le malentendu historique*, Albin Michel, 2002 ; S. BELAID, « Religions révélées et concept de droit : éléments d'une étude historique comparée », in *Mélanges Charfi*, Centre de publication universitaire, 2001, p. 91-142.

⁶¹² 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, *JO* n°65 du 17 mars 2004 p. 5190.

⁶¹³ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, *JO* n°0237 du 12 octobre 2010 p. 18344.

⁶¹⁴ CEDH 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c/ France* ; *AJDA* 2014, p. 1348, obs. M-Ch. de Montecler ; *JCP G* 2014, 835, obs. B. Bonnet.

255. La loi étatique reste l'œuvre des hommes. La respecter apporterait la paix et l'harmonie dans la société. Si tout le monde s'y conforme, chacun y trouvera son bonheur. Et lorsque l'équilibre sociétal est rompu, l'État n'hésite pas à déclencher le mécanisme de la sanction pour sévir contre les auteurs de troubles. La loi d'essence religieuse recommande la soumission au commandement divin, sous peine de s'exposer à la colère de Dieu, dont le châtement peut être infligé ici-bas, pour se poursuivre, en l'absence de repentance, dans l'au-delà. C'est du reste ce que rappellent de nombreux versets coraniques. Le musulman doit donc œuvrer pour son salut, et cela passe dans certaines circonstances, par la transgression des règles étatiques. Un problème insoluble, dira-t-on, qui semble donner raison à ceux qui brandissent l'étendard de l'inépuisable incompatibilité entre l'Islam et la laïcité. On peut comprendre leur crainte, lorsqu'on sait que le droit étatique doit évoluer pour se mettre en conformité avec la société, là où les institutions musulmanes sont frappées d'immobilisme, éternité de la parole divine oblige.

En effet, le droit accompagne les transformations de la société. Adoptant une approche organiciste, M. Carbonnier voit dans la loi « un organisme vivant », avec les conséquences que cela suppose pour toute créature de cette nature ; « la société (étant) un organisme vivant, le droit, qui en est un élément constituant, participe de la vie de tout l'organisme »⁶¹⁵. Dans l'Islam les principales sources du droit sont hiérarchiquement, le Coran, la Sunnah du Prophète, auxquelles on ajoute des sources secondaires fondées sur la raison humaine, en l'occurrence l'*Ijma* (le consensus des juristes musulmans), le *Qiyas* (le raisonnement analogique) et l'*Ijtihad* (l'effort de réflexion). Concernant l'effort de réflexion, il semblerait que la porte soit fermée, ce qui donne encore plus d'arguments à faire valoir pour ceux des auteurs convaincus de l'immobilisme du droit musulman. Face à une règle étatique prescrivant une conduite qui s'éloigne des préceptes de l'Islam, le musulman sera tenté de se soumettre à son Dieu au détriment des prescriptions qui relèvent de l'ordre juridique de son pays. D'une certaine manière, la loi, expression de la volonté générale, adoptée néanmoins par les pouvoirs politiques, peut être jugée mauvaise par la conscience religieuse, comme cela peut arriver spécifiquement dans les rapports familiaux.

⁶¹⁵ J. CARBONNIER, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10^e éd., LGDJ, p. 13.

256. Tout semble donc opposer l’Islam et la laïcité, tant du point de vue de la source des règles en cause, que de leur contenu, ainsi que leur sanction. Cette incompatibilité se trouve particulièrement exprimée dans les rapports familiaux.

2) L’incompatibilité dans les rapports familiaux

257. La laïcisation du droit de la famille en France s’est faite au détriment de la religion catholique, voire de la religion juive⁶¹⁶. L’état civil et le mariage ont été laïcisés, le divorce admis au détriment de l’indissolubilité du mariage prônée par la religion catholique. Aujourd’hui, la laïcisation des rapports familiaux intéresse une autre religion d’essence monothéiste, en l’occurrence l’Islam, révélant dans ce domaine ce qu’un auteur a cru juste de désigner « l’incommunicabilité entre l’humain musulman et l’homme des droits de l’homme occidental »⁶¹⁷.

Pour exposer au grand jour ces divergences, l’accent est souvent mis sur le statut de l’enfant, et spécialement à propos de l’établissement de sa filiation paternelle, lorsqu’il est né hors mariage. Les critiques portent ensuite et surtout sur la situation de la femme. À l’égard de celle-ci, il est souvent allégué qu’elle occupe dans l’Islam une place peu envieuse, tant dans la vie de couple, que concernant la matière spécifique des successions. En matière matrimoniale, la polygamie et la répudiation apparaissent comme foncièrement rétrogrades. Elles sont réputées trop dévalorisantes pour la femme, souvent présentées comme état soumises. Concernant la dévolution successorale, il est reproché aux principes successoraux musulmans de prévoir une discrimination à l’égard de la femme, qui ne peut recueillir que la moitié de la part revenant à l’homme. Subsiste enfin la disparité de culte, qui déploie ses effets exclusivement à l’égard de la femme, lui interdisant d’épouser un homme qui ne soit pas de confession musulmane. Autant de situations que d’aucuns jugeront dépassées par le droit français, et l’idéologie libertaire et égalitaire qui le fonde, et qui se veut exclusive de toute atteinte à la dignité humaine, et de toute forme de discrimination. Cette incompatibilité ne saurait cependant s’apprécier exclusivement à l’égard d’un seul système (le droit français) au détriment de l’autre (le droit musulman).

⁶¹⁶ Voir notamment Y. BRULEY, « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica. La Revue*, 2012/2 n°14, p. 111-126.

⁶¹⁷ C. DUVERT, *op. cit.*, spé. p. 65.

258. De nombreuses institutions aujourd'hui reconnues par le droit français peuvent poser des problèmes de conscience au musulman. La plus récente reste sans doute l'accès du mariage aux couples homosexuels. La question ne porte pas seulement sur la célébration à l'égard du couple, mais intéresse également l'autorité qui célèbre l'union. La difficulté provient de ce que l'Islam proscrit la relation homosexuelle. L'épisode de Sodome et Gomorrhe raconté dans le Coran suffit à s'en convaincre, puisqu'il est rapporté que cette pratique a suscité la colère d'Allah qui a éradiqué ce peuple de la surface de la Terre, pour ne préserver que les quelques fidèles et le prophète Loth⁶¹⁸.

Si l'on peut penser que le croyant musulman se remémorant cet épisode se refuse à toute relation homosexuelle, la situation en est toute autre lorsque ce même musulman, maire d'une municipalité, est sollicité en sa qualité d'officier d'état civil, pour célébrer une telle union. Peut-il refuser pour se conformer à sa profession de foi ? S'il s'y refuse, il s'expose bien évidemment à une sanction pénale, en application de l'article 432-7 du Code pénal⁶¹⁹. On peut déjà relever que si des élus ont refusé de célébrer un mariage homosexuel en France métropolitaine, un élu mahorais de confession musulmane, et précisément le Maire de la ville Chef-lieu, s'est fait remarquer en se conformant aux devoirs que lui impose la loi, lors même qu'il s'était opposé à l'adoption du texte ouvrant l'accès au mariage aux couples homosexuels⁶²⁰.

259. La célébration du mariage reste de longue date problématique, bien avant cette situation. Depuis la loi du 20 septembre 1792 laïcisant l'état civil, suivie de la loi du 28 pluviôse an VII (17 février 1800), la loi ne reconnaît que mariage valide que celui célébré par

⁶¹⁸ Pour être plus précis, le Coran ne cite pas expressément Sodome et Gomorrhe. Le propos est davantage allusif, mais il ne fait pas de doute dans la croyance musulmane que le récit porte bien sur cet épisode. Les passages coraniques racontant ce récit sont très nombreux, Coran, 7 : 80-84 ; Coran, 29 : 34-35 ; Coran, 15 : 74-77, etc. Cette histoire est également relatée dans l'Ancien Testament, et précisément dans le Pentateuque, Genèse, Chapitre 19.

⁶¹⁹ Art. 432-7 du Code pénal : « La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque. »

⁶²⁰ <http://www.rtl.fr/actu/premier-mariage-gay-celebre-a-mayotte-departement-a-90-musulman-7764854513>.

l'officier de l'état civil, sans véritablement bannir sa célébration en la forme religieuse. Cependant, tout en admettant cette possibilité, la loi n'exige pas moins que le mariage soit d'abord célébré à la mairie que de l'être sous la forme religieuse. Et pour donner sens à cette prescription, l'article 433-21 du Code pénal rappelle que « Tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. ». Tel est le principe de l'antériorité du mariage civil.

Deux observations peuvent être faites. Il convient de rappeler tout d'abord que le droit musulman ne reconnaît de validité au mariage qu'à celui qui se conforme à ses prescriptions. Dans les faits, les musulmans procèdent à ce qu'ils appellent le mariage « halal », avant de se présenter ou pas devant le maire pour officialiser leur union en la forme civile⁶²¹. Ensuite, tout mariage célébré en la forme musulmane avant le passage devant l'officier de l'état civil est susceptible d'exposer son auteur à la sanction prévue à l'article 433-21 du Code pénal. Pour ce faire, il faut non seulement qu'il soit constaté l'absence d'un mariage civil antérieur ainsi qu'une intention délictueuse, mais également que le célébrant ait à son actif deux mariages religieux irréguliers. Toute la difficulté réside ici dans la preuve. En effet, ces mariages étant célébrés très souvent de manière clandestine, appréhender les célébrants agissant dans l'illégalité s'avère dès lors très compliqué.

260. Sans trop s'y attarder, on relève également que cette incompatibilité entre le droit musulman et le droit français dans les rapports familiaux, pose également des difficultés au juge, lorsque le rapport litigieux à trancher, présente un élément d'extranéité, et que la loi étrangère à appliquer est d'essence musulmane. Lorsque le « choc des civilisations » s'invite au tribunal⁶²², le juge adapte très souvent son raisonnement selon qu'il existe ou pas de fortes attaches avec le territoire français. Cependant notre souci reste de savoir comment concilier droit français et droit musulman dans les rapports familiaux, mais seulement dans l'hypothèse du français de confession musulmane.

⁶²¹ L'explication est ici somme toute simple. La procédure de divorce pouvant se révéler parfois lourde et couteuse, elle revêt à certains égards un caractère dissuasif. Encourager les musulmans à donner leur consentement à l'officier de l'état civil constitue ainsi un gage pour sa pérennité.

⁶²² C. DUVERT, *op. cit.*, spé. p. 58.

B) La nécessité d'une approche conciliatoire

261. La nécessité d'une approche conciliatoire interroge sur le bien-fondé de celle-ci (1) ainsi que la manière de la concrétiser (2).

1) Le fondement de l'approche conciliatoire

262. Etant donné que « nos sociétés sont sorties de la religion en ce qu'elles ne dépendent plus de celle-ci dans leurs soubassements et leur organisation, cela ne signifie en rien que le religieux est incompatible avec les conditions laïques d'existence »⁶²³. C'est un tel constat qui a contraint l'auteur à conclure à la vanité de toute logique d'opposition entre le droit étatique et la religion.

L'approche conciliatoire s'en inspire, mais uniquement dans l'esprit. Elle postule en effet, la vanité de toute discussion de type antagoniste, reconnaissant la permanence du rapport entre Droit et Religion, dont la coexistence « dans une même société incite l'activité juridique à présenter les voies d'une conciliation entre ces deux systèmes, ou à éviter les domaines de confrontations »⁶²⁴. Elle part du principe que substantiellement, le droit musulman et le droit français de la famille présentent à n'en point douter, des incompatibilités. Elle accepte cette évidence, et s'y plie. Mais en même temps qu'elle l'accepte, elle s'interroge sur l'intérêt d'un débat constamment posé en termes d'opposition, d'autant plus que le résultat est connu d'avance. Elle ne comprend pas, au regard de ce qui précède, l'entêtement à toujours mettre au goût du jour ce qui relève de l'évidence.

263. L'opposition entre le droit français et le droit musulman dans le droit de la famille n'est à l'analyse guère défendable, et invite dès lors à une autre approche qui tienne compte de cette évidence que les deux systèmes continueront globalement à reposer sur des conceptions divergentes. La logique d'opposition n'a d'intérêt que dans les rapports de droit international privé, puisque deux ordres juridiques relevant de deux entités souveraines revendiquent la compétence pour résoudre un litige. Il n'en est rien dans le cas qui nous occupe, puisqu'il s'agit de savoir comment un citoyen français de confession musulmane peut

⁶²³ C. FROIDEVAUX-METTERIE, *op. cit.*, p. 12.

⁶²⁴ G. KOUBI, « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ? (Réflexions à partir de Paris 8^e Ch., sect. B, 7 mai 1986), *JCP G* n°29, 22 juillet 1987, I 3292.

vivre sa foi tout en se conformant au droit étatique de son pays d'appartenance, et au demeurant laïque.

Substantiellement, des incompatibilités existent, et continueront d'exister. Le droit musulman de par son essence divine, se veut immuable, du moins dans son énoncé, en tant qu'il s'affirme comme l'émanation même de la parole de Dieu. Toute réflexion dans une logique d'opposition s'avère nécessairement infructueuse. On ne peut transiger avec la laïcité, pas plus que la laïcisation du droit ne peut faire disparaître la religion. Car le droit religieux qui en résulte est nécessairement perçu par les fidèles comme une loi, c'est-à-dire « ce qui lie »⁶²⁵, en tant que « reflet des valeurs communes des membres d'une société »⁶²⁶. Il est également soutenu qu'« aucune puissance au monde ne peut prendre la place de la conscience du croyant »⁶²⁷. Concernant particulièrement le Musulman, on sait qu'il est soumis à « un statut personnel qui dérive du Coran et avec lequel il fait corps : renoncer à son statut personnel, c'est donc renoncer à l'Islam, c'est devenir apostat »⁶²⁸. Face à ce *statu quo*, il importe de se tourner vers d'autres perspectives, exploiter d'autres pistes, chercher une autre approche, qui ne se préoccupe pas des incompatibilités au demeurant incontestables, mais qui se montre soucieuse de le transcender ou de les ignorer.

264. La démarche conciliatoire reste convaincue de la nécessité de la réalisation de l'objectif imminent que constitue la viabilité des rapports sociaux, et donc du droit. Elle cherche à éviter les affrontements, les vaines querelles. Elle se préoccupe davantage de la recherche de solutions susceptibles d'apaiser les tensions. Sans prendre parti pour la laïcité, ni même revendiquer la compétence des règles musulmanes dans la vie juridique, elle s'interroge sur une façon de vivre la laïcité dans la religion, ou inversement, dans les rapports familiaux, au regard de la question qui nous occupe. Dès lors se pose une question fondamentale : comment vivre pleinement sa foi en conformité avec la loi étatique ?

⁶²⁵ C. PONCELET, *Vivre la loi*, Actes du Colloque du Sénat du 24 mai 2004, p. 6.

⁶²⁶ V. MARINESE, *op. cit.*

⁶²⁷ P. MEYER-BISCH, in L. VELEZ-SERRANO, P. MEYER-BISCH (dir.), *Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures : les actes du 1er Colloque inter universitaire*, Fribourg 1982, Ed. universitaires, Fribourg, 1984, p. 18

⁶²⁸ J. POUMARÈDE, S. PIERRE-CAPS, N. ROULAND (dir), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, 1996, p. 333.

Il est évident que la solution à apporter est nécessairement exclusive de toute méthode de confrontation. Elle ne peut qu'emprunter la voie de la conciliation. Elle s'analyse en une tentative de rapprochement, qui ne se traduit pas nécessairement par la reconnaissance formelle de la règle religieuse, parce que reconnaître un statut personnel musulman en France reste résolument une « question sensible »⁶²⁹. La perspective a d'ailleurs été envisagée avant que ses promoteurs ne finissent par reconnaître l'improbabilité de sa concrétisation. Il a été ainsi soutenu que Mayotte, où a longtemps eu cours un statut personnel d'inspiration coranique, aurait pu être un modèle, si celui-ci n'était pas territorialisé. Si bien que l'abandon de la conception territorialiste s'imposait au profit d'une approche davantage tournée vers « un système de personnalité des lois » ; mais, la laïcité caractérisant l'État français ne laisse aucune chance à la réalisation d'une telle entreprise⁶³⁰.

265. Bien que rejetant toute solution basée sur l'exclusivisme, la démarche ne s'analyse pas pour autant en une approche « dialogale », laquelle « implique (...) la découverte d'univers juridiques et culturels autres à travers un dialogue interculturel », pour favoriser « le vouloir-vivre ensemble »⁶³¹. Mme Najm a montré les failles d'une telle approche. Ainsi précise-t-elle, « Fut-il nourri de meilleures intentions du monde, l'appel au dialogue peine à dépasser le discours, parfois de mièvrerie, de l'ouverture et de tolérance » ; le malaise procéderait de la tolérance prônée par l'Occident, qui « masque mal, dans certains cas, une véritable condescendance à l'égard des cultures et des religions avec lesquelles il se propose de « dialoguer », tandis que les adeptes du relativisme font preuve « d'une complaisante indulgence, d'une compassion qui confine au « compassionisme » et s'accommode parfois de compromis qui ont vite fait de se transformer en compromissions »⁶³². Autant dire que le dialogue interculturel préconisé par M. Eberhard se trouve dans l'expectative, et relèverait davantage de la rêverie, tant sa concrétisation semble improbable.

⁶²⁹ C. HOCHART, « La reconnaissance du statut personnel des Musulmans en France. Question sensible. Question de sensibilité » in *CURAPP-Question sensibles*, PUF, 1998, p. 275-293.

⁶³⁰ J. POUMAREDE, S. PIERRE-CAPS, N. ROULAND (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, 1996, p. 334-335.

⁶³¹ CH. EBERHARD, « Au-delà de l'universalisme et du relativisme. L'horizon d'un pluralisme responsable », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 33, n°3, 2009, p. 79-100.

⁶³² M.-C. NAJM, *op. cit.*, p. 2.

266. L'approche conciliatoire prend acte de la réalité de la situation, pour voir comment elle peut l'exploiter sans jamais rien exiger, ni de la laïcité ni de la religion. Elle puise ses racines dans l'énoncé même de la Constitution, qui prône et préconise « le vouloir-vivre ensemble ». Plutôt que de chercher à opposer les deux systèmes, elle préfère réfléchir sur une méthode qui permette de vivre les deux. Et des motifs d'espoir existent dans ce sens.

L'espoir se trouve tout d'abord exprimé dans l'évolution du droit français de la famille depuis ces trente dernières années, arborant une « métamorphose civilisationnelle »⁶³³. Il a fait disparaître toute forme de discrimination dans les rapports familiaux pour laisser émerger un « pluralisme conjugal »⁶³⁴, dominé par « la prégnance de l'idéologie individuelle et libérale »⁶³⁵, dont l'influence se ressent jusque dans « l'art de faire des lois en droit de la famille »⁶³⁶. Nulle part pourtant dans les analyses, ce nouvel élément n'a été pris en considération. L'espoir se trouve également conforté par le droit musulman lui-même. Il existe en effet, un principe souvent ignoré : « nécessité fait loi », tiré d'un verset du Coran⁶³⁷. En somme, l'application du droit musulman, bien qu'inspirée de règles immuables, n'obéit pas moins au principe « d'adaptabilité et pragmatisme » ; la seule limite étant de ne pas opérer une innovation blâmable⁶³⁸.

Il importe donc d'exploiter toutes ces potentialités, et ce d'autant plus qu'en l'état actuel des choses, il est sans doute plus approprié de rechercher à apaiser les esprits plutôt qu'à attiser de vaines querelles. Une discussion opposant laïcité et religion n'est donc pas à propos. La question mérite de se poser autrement, et la solution à trouver devait s'analyser à la

⁶³³ L. BURGORGUE-LARSEN, « La jurisprudence des cours constitutionnelles européennes en droit des personnes et de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°39/2013, p. 229-250

⁶³⁴ B. BORILLO, « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », *Revue de droit McGill*, 2001, p. 875-922.

⁶³⁵ J.-L. RENCHON, « La prégnance de l'idéologie individuelle et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 209-236.

⁶³⁶ P. MURAT, « Individualisme, libéralisme, légistique » in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 237.

⁶³⁷ Il s'agit du verset 119 de la Sourate 6 du Coran : « Qu'avez-vous à ne pas manger de ce sur quoi le nom d'Allah a été prononcé ? Alors qu'Il vous a détaillé ce qu'Il vous a interdit, à moins que vous ne soyez contraints d'y recourir (c'est nous qui soulignons). Beaucoup de gens égarent, sans savoir, par leurs passions. C'est ton Seigneur qui connaît le mieux les transgresseurs. ». Il résulte clairement de ce verset que ce sont les circonstances qui commandent l'application de la règle, et non la règle qui s'impose d'elle-même.

⁶³⁸ C. FORTIER, *op. cit.*

promotion en mariage heureux entre la laïcité et les institutions juridiques familiales islamiques.

2) La réalisation de la conciliation

267. M. Sermet a suggéré « la tempérance juridique », en expliquant que « la conciliation ne signifie pas, par essence, l'abandon forcé et subreptice des règles musulmanes et coutumières. La conciliation est une réalité plus nuancée »⁶³⁹. Il n'en donne cependant pas les modalités. C'est précisément l'objet de cette étude.

Convient-il néanmoins de préciser d'emblée que celle-ci n'est nullement tournée vers la recherche d'une méthode qui s'érigerait en une théorie, se proposant d'élaborer un système permettant de concilier en tout temps, le droit français et le droit musulman dans les relations familiales, en toute hypothèse. Il s'agit seulement de réfléchir sur des moyens permettant d'atteindre cette perspective en tenant compte des évolutions ayant affecté le droit français de la famille ces quarante dernières années et attestant du triomphe de l'idéologie égalitaire et libertaire, à telle enseigne qu'on a pu dire que « les relations familiales sont venues à se composer en quelque sorte à la carte »⁶⁴⁰. S'il n'existe pas un seul modèle familial, mais plusieurs, pourquoi feindre d'ignorer cette potentialité ?

Avant de chercher comment respecter les institutions musulmanes en se conformant au droit français de la famille, des précisions s'imposent. À partir du texte coranique, il faut distinguer les institutions ne suscitant aucune difficulté d'interprétation, de celles faisant l'objet d'interprétation divergente. Il s'agit là d'un préalable à la tentative de conciliation. Il faut déjà s'assurer que les institutions sont clairement règlementées, pour savoir ensuite si on peut les rapprocher avec les prévisions du droit français dans le même domaine.

268. Au nombre des institutions dont l'application ne soulève aucune difficulté d'interprétation, l'interdiction absolue faite à la femme musulmane d'épouser un non-musulman. Le Coran dit en effet, « ne donnez pas d'épouses aux associateurs tant qu'ils n'auront pas la foi » (Coran 2, verset 221). Viennent ensuite les règles successorales formellement règlementées à la Sourate 4 du Coran dite « *Les Femmes* », et reposant sur le privilège de masculinité. Le Coran est formel concernant la pratique de la répudiation. Celle-

⁶³⁹ L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane » *op. cit.*, p. 452.

⁶⁴⁰ B. AUDIT,, *op. cit.*, spéc. p. 51

ci apparaît clairement comme une prérogative exclusivement masculine (Coran S. 65, V. 1)⁶⁴¹, et doit être prononcée trois fois sans rétractation pour permettre la rupture définitive du lien conjugal, comme le suggère les versets 229 et 230 de la Sourate 2 du Coran⁶⁴². L'adoption dans toutes ses formes reste pareillement proscrite, en atteste le verset 4 de la Sourate 33, où il est clairement dit que Dieu « n'a point fait de vos enfants adoptifs vos propres enfants ». Il en est de même de toute relation homosexuelle⁶⁴³, ce qui signifie que le mariage entre personnes de même sexe subit le même sort.

Par ailleurs, certaines institutions bien que réglementées par le Coran restent diversement appliquées. Tel semble être le cas de la polygamie. Ressortant des données scripturaires de la Sourate 4 verset 3⁶⁴⁴, son interprétation reste malaisée. La faute notamment à l'absence de précision quant au sens véritable du mot « injuste » qui en résulte. Il apparaît après lecture *a contrario* de ce verset, que le candidat à cette institution doit être juste. Pour les uns, la justice doit être appréciée d'un point de vue sentimental et pour d'autres par des considérations économiques. Les sentiments relevant de l'aspect purement psychologique, et sachant que l'accès à l'intériorité d'une personne pour les sonder reste illusoire, on peut logiquement et à plus forte raison, dire que la justice doit s'entendre ici de la possibilité de subvenir économiquement au besoin de chacune des femmes, et non la nécessité de les aimer toutes au même degré.

⁶⁴¹ Coran S. 65, V. 1 « Ô Prophète ! Quand vous répudiez les femmes, répudiez-les conformément à leur période d'attente prescrite... ». Nulle part dans le Coran, il n'est admis que la femme puisse répudier son mari.

⁶⁴² Coran S. 2, V. 229-230 : « 229. Le divorce est permis pour seulement deux fois. Alors, c'est soit la reprise conformément à la bienséance, ou la libération avec gentillesse. Et il ne vous est pas permis de reprendre quoi que ce soit de ce que vous leur aviez donné, - à moins que tous deux ne craignent de ne point pouvoir se conformer aux ordres imposés par Allah. Si donc vous craignez que tous deux ne puissent se conformer aux ordres d'Allah, alors ils ne commettent aucun péché si la femme se rachète avec quelque bien. Voilà les ordres d'Allah. Ne les transgressez donc pas. Et ceux qui transgressent les ordres d'Allah ceux-là sont les injustes.

230. S'il divorce avec elle (la troisième fois) alors elle ne lui sera plus licite tant qu'elle n'aura pas épousé un autre. Et si ce (dernier) la répudie alors les deux ne commettent aucun péché en reprenant la vie commune, pourvu qu'ils pensent pouvoir tous deux se conformer aux ordres d'Allah. Voilà les ordres d'Allah, qu'Il expose aux gens qui comprennent ».

⁶⁴³ Voir Coran S. 26, V. 165-166 ; S. 27, V. 54-55 ; etc.

⁶⁴⁴ Sourate 4 Verset 3 : « Et si vous craignez de n'être pas justes envers les orphelins... Il est permis d'épouser deux, trois ou quatre, parmi les femmes qui vous plaisent, mais, si vous craignez de n'être pas justes avec celles-ci, alors une seule, ou des esclaves que vous possédez. Cela afin de ne pas faire d'injustice (ou afin de ne pas aggraver votre charge de famille) ».

D'autres pratiques sont précisées par les savants à partir de données scripturaires, analysées à la lumière d'un hadith. Partant d'une interdiction coranique, ils en tirent une conséquence se traduisant en une règle prohibitive, en sollicitant les propos allusifs tenus par le prophète à ce propos. C'est le cas notamment de la prohibition de la filiation paternelle de l'enfant né hors mariage. Le Coran ne s'y oppose pas formellement. Mais les savants, s'inspirant de la fornication⁶⁴⁵, comprise comme la relation sexuelle hors mariage, ainsi que d'un récit prophétique⁶⁴⁶, en tirent les conséquences pour faire interdire l'établissement de la filiation paternelle qui en résulte.

269. Ces précisions étant apportées, il convient maintenant de reprendre chacune des institutions pour découvrir comment les concilier avec le droit français de la famille actuellement en vigueur. Cette démarche ayant pour objectif de permettre au citoyen français de confession musulmane de vivre sa foi tout en se conformant au droit de son pays, la tentative de rapprochement n'a d'intérêt que dans les hypothèses où la matérialisation de la règle musulmane à travers une situation juridique, risque de ne pas coïncider avec le droit français.

Ainsi, doivent être écartées d'emblée les prescriptions islamiques s'analysant en une interdiction. En effet, l'interdiction impliquant un empêchement de faire, la règle de conduite qui en résulte constitue nécessairement une abstention. Et en s'y conformant, le fidèle ne crée nullement une situation juridique dont la matérialisation demande à être prise en compte par le droit français. Or, ce sont précisément ces situations juridiques matérialisant une prescription musulmane et sollicitant leur admission par le droit français, qui justifient cette étude. Il en est ainsi de la disparité de culte interdisant le mariage d'une musulmane avec une non musulmane, et de l'accès au mariage pour les couples homosexuels. La loi française laissant le choix de l'époux à l'initiative des intéressés, le problème de la conciliation se trouve dès lors éludé. La conciliation doit être recherchée dans l'accès au mariage par la femme, qui doit nécessairement être représentée par le tuteur matrimonial. La démarche vaut

⁶⁴⁵ Le verset 32 de la Sourate 17 est sans équivoque à ce sujet lorsqu'il dit : « Et n'approchez point la fornication. En vérité, c'est une turpitude et quel mauvais chemin ». On peut également citer la Sourate 25, et précisément ses versets 68 à 71.

⁶⁴⁶ D'après le Prophète Muhammad, « L'enfant appartient au lit et le fornicateur recevra la pierre » (rapporté par Boukhari, 2043, et Mouslim, 1457. Voir également *al-Moughni* d'Ibn Qudama, tome 7, p. 129.

également pour la dévolution successorale, la polygamie, la répudiation et le statut de l'enfant naturel. Ce sont là des situations réglementées par le droit musulman, et susceptibles de heurter la conception française, ce qui peut paraître gênant lorsque la personne confrontée à ce dilemme est de confession musulmane.

270. L'Islam exige de la femme qu'elle soit représentée par le *Wali*. Une telle approche est difficilement conciliable avec la conception française qui soumet la conclusion du mariage à l'échange du consentement des époux, ce qui exclut tout mécanisme de représentation. Comment surmonter cette difficulté ? En vérité, cette conciliation est tout à fait envisageable ne peut se réaliser de façon directe. Il est nécessaire de recourir à certains subterfuges.

Le droit français connaît trois modes de conjugalité, que sont le concubinage, le pacte civil de solidarité (Pacs) et le mariage, auquel ne peuvent accéder directement les français de confession musulmane s'ils veulent se conformer à leurs convictions religieuses. Deux cas de figure se présentent ici pour surmonter l'obstacle de la nécessité de la représentation de la femme par le *Wali*, le recours au concubinage ou au Pacs, avant de se présenter devant l'officier d'état civil. Dans chacune des hypothèses, le mariage sera d'abord célébré en la forme musulmane, qui sera par ailleurs considéré par le droit français comme une pure situation de fait, donc assimilable au concubinage. Partant, les époux peuvent parfaitement se présenter devant l'officier d'état civil pour accéder au mariage civil. Subsiste néanmoins le risque de la répression, eu égard à la violation du principe de la primauté du mariage civil sur le mariage religieux du point de vue de la célébration. En pratique, cette difficulté n'apparaît nullement insurmontable, puisque la clandestinité de la célébration y contribue fortement.

La souscription d'un Pacs reste une alternative sérieuse, d'autant plus qu'ici la règle de la primauté précédemment énoncée ne s'applique pas. Ainsi, après s'être mariés religieusement, les français de confession musulmane peuvent conclure le pacs avant d'aller se marier à la mairie, sans que la femme n'ait besoin d'être représentée, puisqu'elle est considérée comme mariée par sa loi religieuse, avant de se présenter devant l'officier d'état civil.

271. En matière successorale, le Coran prescrit au Musulman à l'approche de sa mort, « et s'il laisse des biens, de faire un testament en règle en faveur de ses père et mère et de ses plus proches. C'est un devoir pour les pieux » (Coran, S2-V180). La particularité vient de ce que les règles successorales islamiques sont d'ordre public. Elles ne peuvent être donc être modifiées par la volonté de l'homme. Même si le fidèle est autorisé à établir un testament, la

volonté ainsi exprimée doit nécessairement se conformer aux règles précisément prévues à la Sourate 4 du Coran. Ce caractère d'ordre public rend dès lors la conciliation très délicate avec les règles successorales françaises, notamment la succession *ab intestat* ou dévolution légale, celle qui s'applique lorsque le défunt n'a pas expressément organisé sa succession. La divergence entre les deux conceptions résultant tout d'abord du privilège de masculinité consacré par le droit musulman, mais également en ce qui concerne les ordres d'héritier.

Autre différence non négligeable, l'héritier de confession islamique, contrairement à la conception française, n'est pas le continuateur de la personne du de *cujus*, restant ainsi tenu des dettes de celui-ci, puisqu'il est précisément « un successeur aux biens, chargé de la liquidation de la succession, dans l'intérêt des créanciers héréditaires »⁶⁴⁷. Ce qui donne un léger aperçu de la complexité du droit successoral musulman.

Cependant, le droit français en vigueur reconnaît une grande part à la volonté dans ce domaine, si bien que la dévolution légale est en réalité d'application supplétive. Elle ne s'applique que lorsque le défunt n'a pas organisé lui-même sa succession. La règle est donc la dévolution volontaire, à défaut, on applique la dévolution légale, conformément aux énonciations de l'article 721 du Code civil⁶⁴⁸. On peut donc s'engouffrer dans cette brèche ouverte par le droit français, et faire un testament conforme à la dévolution successorale musulmane. Cette issue heureuse n'aura de sens que pour autant qu'elle ne rencontre pas d'obstacle en pratique. C'est toute la difficulté avec cette institution, dont la mise en œuvre est susceptible de faire intervenir différents mécanismes qui doivent être pris en compte, notamment l'action en réduction et le droit de retour qui peuvent mal s'accommoder des règles successorales islamiques.

Mais comme dans les hypothèses précédentes, où nous mettions en avant la liberté dans le respect des prescriptions islamiques qui présentent une incompatibilité irréductible avec le droit français, on peut éluder le problème en disant simplement que tout fidèle respectant sa religion acceptera la volonté de son parent, laquelle traduit leurs convictions réciproques. Le père français de confession musulmane peut donc en toute liberté organiser sa succession en conformité avec les prescriptions de la Sourate 4 du Coran, et répartir son patrimoine en

⁶⁴⁷ L. MILLIOT, F.P. BLANC, *op. cit.*, p. 479. Voir également, et de manière générale sur l'étude du droit successoral, p. 475 et s.

⁶⁴⁸ L'article 721 du Code civil rappelle en effet que « les successions sont dévolues selon la loi lorsque le défunt n'a pas disposé de ses biens par des libéralités ». Le principe de la dévolution volontaire traduit d'ailleurs bien l'objectif de la loi du 3 décembre 2001, qui est celui de renforcer le rôle de la volonté dans ce domaine.

tenant compte du privilège de masculinité. Il n'est cependant pas exclu que des enfants, ou encore des frères et sœurs veuillent faire jouer l'action en réduction ou le droit de retour. Pareille initiative est de nature à mettre ainsi en branle les prescriptions islamiques. Cependant, à ce stade, la question de la compatibilité ne se pose même pas, puisqu'en amont le père aura déjà agi sur la base de sa foi. Si sa volonté venait à être contestée par la suite en application du droit civil français, il ne peut rien lui être reproché du point de vue religieux, puisque ces agissements ne lui sont nullement imputables⁶⁴⁹.

272. Le cas de la polygamie reste résolument à part, de par l'incertitude qui l'affecte quant aux conditions de son accès. Si la justice qui sous-tend cet accès est comme nous l'avons dit précédemment, doit s'entendre dans son acception économique, c'est-à-dire celle qui implique que chaque époux polygame puisse subvenir équitablement aux besoins de ses épouses, il apparaît difficile au regard des conditions de vie actuelle que cela puisse être envisageable en France. Même dans les pays présentés comme majoritairement musulmans, la tendance est à l'encadrement de cette pratique, par les restrictions qui frappent son accès et le droit de regard reconnu à la femme, soit par la suppression pure et simple. Preuve qu'il ne s'agit là que d'une pratique autorisée et non obligatoire. On ne saurait donc lui reconnaître la noblesse de l'impérativité qu'elle n'a pas. Le droit musulman peut très bien être rapproché de l'esprit de l'article 147 du Code civil qui proscrie la bigamie, même si l'Islam n'est pas aussi catégorique. En toute logique, la polygamie telle que conçue par l'Islam ne devait pas avoir lieu en France, car c'est économiquement insupportable.

Si à tout hasard elle devait avoir cours, ce sera nécessairement du moins pour les unions venant après celle célébrée devant l'officier l'état civil, de simples situations de fait. L'épouse officielle pourrait ainsi être tentée, lorsqu'elle n'est pas d'accord avec cette situation, d'obtenir le prononcé du divorce aux torts exclusifs du mari, qui se serait rendu coupable de manière répétée d'infidélité, bien qu'agissant en conformité de sa foi. Mais l'endogamie confessionnelle caractérisant de telles relations peut exclure cette éventualité, puisque la femme musulmane peut tout à fait craindre de froisser Allah, et accepter ainsi le

⁶⁴⁹ La tentative de conciliation, telle que nous la concevons, implique la volonté de rapprocher une règle islamique avec une règle française dont les solutions s'opposent, mais sans jamais que cela ait pour conséquence de transgresser la première, puisque l'idée est précisément de permettre à tout français de confession musulmane, de vivre sa foi dans le respect du droit étatique. Et l'action en réduction, ainsi que le droit de retour, lorsque leur mise en œuvre s'inscrit en faux avec le droit musulman, s'éloignent résolument de cette perspective, au même titre d'ailleurs que la disparité de culte et le mariage homosexuel.

comportement de son époux qui est constitutif d'une faute au sens de la loi étatique, puisque celui-ci entretient une relation tout à fait valide au regard du droit musulman par l'entremise de la polygamie.

273. Le statut de l'enfant reste ici sans doute le plus problématique, tant en ce qui concerne l'établissement de sa filiation paternelle, lorsqu'il est né hors mariage, que lorsque la question de son adoption est envisagée. Comment dans ces circonstances concilier le droit musulman qui ignore la filiation paternelle hors mariage, ainsi que l'adoption, avec les règles du Code civil ? Et qu'en est-il du sort de l'enfant et de l'exercice de l'autorité parentale lorsque la filiation est établie à l'égard des deux parents et qu'intervient une séparation ? L'analyse démontrera que la théorie de l'équivalence peut jouer dans certaines hypothèses et pas dans d'autres.

Une interprétation rigoureuse du droit musulman exclut toute possibilité d'établissement de la filiation paternelle, lorsque l'enfant est né hors mariage. Des artifices sont par ailleurs trouvés pour tempérer cette rigueur, mais ne peuvent être effectifs qu'avec la complicité du père. Qu'en est-il lorsque celui-ci refuse de reconnaître l'enfant ? L'établissement de la filiation se fera nécessairement par voie judiciaire. Cependant, le père peut tout à fait refuser de se soumettre au test de paternité conformément à l'article 16-11, qui exige pour l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, le consentement préalable de l'intéressé. Néanmoins, le juge qui a ordonné la mesure d'expertise pourra tirer les conséquences du refus du père, lorsque celui-ci est corroboré par d'autres indices permettant de présumer la paternité, pour établir la filiation⁶⁵⁰. Il faut donc un refus complété par des éléments extérieurs, dont la preuve peut être apportée par tout moyen. Une telle approche peut sembler en contradiction avec la proscription islamique, dans son application rigoureuse. Mais si le père s'est sciemment rendu coupable d'un stupre, pourquoi devrait-on se soucier de ce que l'établissement forcé de la paternité contrevient à ses convictions, puisqu'il les a lui-même délibérément remis en cause ?

274. Toutes ces analyses démontrent bien que l'idéologie libertaire qui préside aux rapports familiaux, tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux, permet bien à certains égards, de concilier la foi musulmane avec le droit français actuellement en vigueur. Il n'y a pas à

⁶⁵⁰ Cass civ. 1^e, 12 juin 2013, n°12-19569, *AJ fam.* 2013, p. 442, note G. Vial.

proprement parler d'incompatibilités à déplorer si l'on appréhende les règles des deux systèmes, tant que le français de confession musulmane ne cherche pas à aller outre les prescriptions de sa religion, et tant qu'on ne cherche pas inversement à étendre dans la religion islamique des institutions qu'elles prohibent. Au final, et les règles étatiques, et la foi islamique seront préservées sans heurt.

Et puis, le lecteur aura bien saisi notre démarche, qui se veut purement conciliatoire, et sans aucune forme de revendication. Le droit français se contente de proposer des modèles, laissant à chacun le soin de puiser dans ce fond commun les institutions qui coïncident le mieux avec ses aspirations, et donc ses convictions. Il en est ainsi de l'établissement de la filiation hors mariage, de l'adoption, ou encore tout récemment le mariage homosexuel. Et quand il est célébré par un officier d'état civil de confession musulmane dans un état laïc, il n'est pas exclu que cela puisse être assimilé en un état de nécessité, puisque l'autorité agissant dans le cadre de ses fonctions viole la loi islamique pour échapper à la sanction pénale à laquelle il s'expose en cas de refus.

275. Ainsi et en définitive, l'étendue de la réglementation du droit français dans les relations familiales largement entendues laisse la possibilité à chacun d'organiser sa vie en conformité avec ses convictions religieuses. Si d'aventure, certaines de ces règles heurtent la foi des uns et des autres, en l'occurrence les musulmans, cela ne devrait pas les préoccuper outre mesure. Et comme le rappelle un verset coranique, personne n'a été institué pour être le gardien des autres, puisqu'« il n'y a pas de contrainte en religion », et surtout « personne ne portera le fardeau d'autrui ». L'on ne pouvait pas être plus clair. Reste désormais à faire la lumière sur l'étendue de l'extension du droit commun dans le statut personnel mahorais.

Section 2 : Une extension prétendument inachevée

276. Aujourd'hui, c'est en vain que l'on cherchera des règles de droit local qui ont survécu à la vague de réformes voyant le droit commun investir profondément le domaine d'application des particularismes locaux. Quel que soit leur statut civil, de droit local ou de droit commun, les habitants de Mayotte sont en principe soumis aux mêmes règles, en l'occurrence le droit commun. L'analyse révèle en effet que, tout en rappelant l'existence du statut personnel mahorais dans l'ordonnance du 3 juin 2010 ratifiée par la loi du 7 décembre 2010, le législateur n'en a pas moins supprimé les règles.

Il convient de rappeler cependant qu'il ne s'agit nullement ici de critiquer la méthode législative, mais seulement de démontrer que le législateur a vidé le statut personnel mahorais de toute sa substance, même si cela ne se vérifie pas au premier abord (§2). Il faudra au préalable analyser les domaines qui relèvent expressément du droit commun (§1).

§1/ Les domaines expressément soumis au droit commun

277. Le droit applicable à Mayotte en matière personnelle et familiale n'est pas unifié, puisque la dualité statutaire subsiste. Le statut personnel mahorais est cependant foncièrement régi par le droit commun. La situation résulte surtout de l'émiettement de l'action législative, qui n'en reste pas moins méthodique et ordonnée. La réforme s'est faite progressivement. Elle a consisté tout d'abord en une restriction du domaine *ratione materiae* du statut personnel par la loi du 11 juillet 2001 relative au statut de Mayotte, avant le triomphe des principes de liberté et d'égalité dans les matières ainsi maintenues, suite à l'adoption de la loi de programme pour l'outremer du 23 juillet 2003, par la fondamentalisation du droit local. Une telle issue rendait sans réel intérêt la compétence de la justice cadiale, et c'est logiquement que cette institution a été dépossédée de ses attributions juridictionnelle et extrajuridictionnelle par l'ordonnance du 3 juin 2010, restant désormais cantonnée à la seule fonction de la médiation sociale. À Mayotte, la résolution des litiges familiaux relève de la compétence exclusive des juridictions civiles.

L'analyse de la réforme du statut personnel mahorais révèle une assimilation partielle des règles régissant le mariage (A), et le triomphe du droit commun dans le domaine de l'état civil, de la propriété foncière, mais également relativement à l'organisation de la justice (B).

A) L'assimilation partielle de l'institution matrimoniale

278. S'il est un domaine dont l'assimilation peut paraître comme la plus aboutie, c'est inéluctablement le mariage, tant dans sa formation que dans sa dissolution. Désormais, les règles du Code civil relatives à la formation du mariage s'appliquent aux bénéficiaires du statut personnel mahorais (1), ainsi que la réglementation du divorce (2).

1) L'application des règles civilistes relatives à la formation du mariage

279. Le sort du mariage traditionnel est d'abord lié aux évolutions affectant les règles relatives à l'état civil, mais également au triomphe de l'idéologie libertaire et égalitaire en droit local. L'assimilation des règles relatives au mariage s'est donc faite de façon

progressive. Il est question de laïcisation parce que le mariage dans sa formation surtout est longtemps resté sous l'influence du droit musulman. En application des principes islamiques, le mariage doit être célébré par une autorité religieuse, en présence de deux témoins, la femme devant être représentée par son tuteur matrimonial, le Wali, qui doit en tout état de cause relayer son consentement. Ce sont ces spécificités qui ont été supplantées par des règles inspirées du Code civil. À telle enseigne qu'actuellement, et en droit local, la célébration du mariage obéit aux règles de droit commun.

280. La laïcisation de l'institution matrimoniale a été initiée par l'ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil. Son article 26 rappelle que le mariage, bien qu'encore célébré par le Cadi, doit l'être en présence de l'officier de l'état civil de la commune de résidence des futurs époux, à qui il est demandé de dresser immédiatement l'acte de mariage, avant son inscription sur les registres d'état civil. Cette laïcisation à l'état embryonnaire entend d'abord remédier aux imperfections ayant affecté l'enregistrement des actes du mariage, et emporte donc modification des articles 26 et 27 de la délibération n° 61-16 du 17 mai 1961 de l'assemblée territoriale des Comores relative à l'état civil comorien. La nouvelle réglementation présentait cependant des limites pratiques. Il fallait nécessairement à chaque célébration d'un mariage, informer l'officier d'état civil. La difficulté vient de ce que la célébration traditionnelle, bien que prévue longtemps à l'avance, pouvait avoir lieu à n'importe quel moment, notamment en week-end. Si le Cadi pouvait être présent, on ne peut pas être si catégorique concernant l'officier d'état civil sollicité pour dresser l'acte de mariage. Dans les faits, la règle n'était pas nécessairement respectée⁶⁵¹. Une intervention législative s'imposait.

La solution est venue avec la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration⁶⁵². Une nouvelle modification allait affecter l'article 26 de la délibération de l'assemblée territoriale des Comores n° 61-16 du 17 mai 1961 relative à l'état civil à Mayotte, et précisément son deuxième alinéa. L'article 111 de la loi du 24 février 2006 rappelle en effet que le mariage ne peut être célébré qu'en mairie par l'officier d'état civil de la commune de résidence de l'un des futurs époux, en présence de deux témoins. Ce qui signifie que la femme doit nécessairement donner expressément son consentement devant l'officier d'état

⁶⁵¹ J.-B. SEUBE, *op. cit.*

⁶⁵² Loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, *JORF* n°170 du 25 juillet 2006 p.11047

civil, pour permettre à l'union ainsi célébrée de produire pleinement ses effets. L'institution de Wali est donc supprimée. L'évolution ainsi relevée ne rapprochait qu'imparfaitement le mariage local au mariage de droit commun, puisque le législateur n'avait pas formellement prévu des dispositions comparables à celles figurant aux articles 63 à 73 relatifs aux actes de mariage. Il a fallu attendre l'ordonnance du 3 juin 2010, qui rappelle dans son article 7 que « 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 ».

Par ailleurs, le législateur ne s'est pas contenté seulement de laïciser la célébration du mariage, il a également étendu en droit local, la conception monogamique du mariage. Le nouvel article 52-2 de la loi statutaire du 11 juillet 2001 issu de la loi du 21 juillet 2003 dispose en effet que « Nul ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du ou des précédents ». Cependant, si la loi du 21 juillet 2003 a interdit la polygamie uniquement aux personnes en âge de se marier au 1^{er} janvier 2005, l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 la supprimera définitivement, sans remettre en cause les unions polygamiques en cours. La suppression pour l'avenir de cette spécificité locale s'est accompagnée d'une abrogation formelle des règles locales relatives au mariage. Désormais, seul est valable le mariage célébré en la forme civile. Tout mariage célébré par-devant l'autorité religieuse reste une union de fait, assimilable au concubinage aux yeux de la loi. Seul reste valable le mariage célébré en conformité avec les prévisions du Code civil. Les règles relatives à l'opposition au mariage ainsi que celle portant demande en nullité sont applicables aux personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte.

281. En définitive, l'alignement sur le droit commun ne semble désormais souffrir d'aucune exception, les qualités et conditions requises pour se marier sont les mêmes pour tous, indépendamment du statut civil d'appartenance. Convient-il néanmoins de rappeler substantiellement que l'âge requis pour se marier a également connu une évolution progressive. Alors que le droit local permettait le mariage à l'âge nubile, ce qui favorisait le mariage des jeunes filles, le législateur est intervenu dans un premier temps pour le fixer à 15 ans pour la femme et 18 pour l'homme (art. 16 de l'ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil), il est désormais à 18 ans pour tous (art. 9 de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010).

La laïcisation de l'institution matrimoniale ne pouvait avoir de sens que pour autant qu'elle était accompagnée d'une judiciarisation de la rupture du lien matrimonial.

2) La transposition de la réglementation du divorce

282. La judiciarisation de la rupture du lien conjugal existait déjà sous l'ancien système. Il était en effet prévu que la femme pouvait demander le divorce par la voie judiciaire au Cadi conformément à l'article 9 du décret du 1^{er} juin 1939. Ce mode de rupture du lien conjugal, à l'initiative exclusive de la femme ne doit cependant pas être confondu avec rachat *khôl*, qui est une institution islamique permettant à la femme de se libérer du lien matrimonial moyennant une certaine somme d'argent. Le mécanisme susvisé est une pure innovation du législateur colonial, même s'il est difficile d'attester de sa mise en œuvre. La judiciarisation de la rupture du lien conjugal dont il est question résulte tout simplement de l'extension des règles du divorce en droit local. Ces règles s'appliquent aux unions célébrées avant et après cette extension, même celles célébrées en la forme locale.

Cette évolution s'inscrit dans la lignée des résolutions affichées par la loi statutaire du 11 juillet 2001 relative à Mayotte. En application de son article 52, « la Collectivité départementale et l'État se devaient de mettre en œuvre conjointement les actions destinées à assurer à Mayotte l'égalité des hommes et des femmes ». Celle-ci a fait défaut dans les rapports entre époux, comme en matière de rupture du lien matrimonial. L'homme a disposé d'une prérogative unilatérale, lui permettant de façon tout à fait discrétionnaire de mettre fin au mariage sans possibilité d'opposition de la femme, le tout à l'abri de tout contrôle cadial. À l'opposé, la femme devait racheter sa libération du lien conjugal, ou demander au Cadi sous des conditions bien définies par le décret de 1939 dans son article 9, un divorce judiciaire. Après avoir rappelé les causes de dissolution du mariage en droit local que sont le décès, le divorce ou la séparation judiciairement prononcée, le nouvel article 52-3 de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, dans sa rédaction issue de la loi de programme pour l'outre-mer de 2003, posait en effet, que « la rupture unilatérale de la vie commune par l'un des époux est une cause de divorce ». L'extension de la répudiation au profit de la femme résulte d'une lecture implicite de cette disposition. Cette bilatéralisation de l'initiative de la rupture du lien matrimonial était devenue nécessaire par souci de faire triompher l'égalité entre les époux, tant en ce qui concerne les conditions et les effets de la dissolution du mariage, comme se plaie à le rappeler l'article 52-3 précité.

283. L'ambiguïté rédactionnelle de cette disposition a contraint le législateur à intervenir. La loi du 26 mars 2004 réformant le divorce lui a apporté une modification substantielle. En vertu de son article 32, les dispositions du Code civil relatives au divorce et

à la séparation de corps s'appliquent également aux personnes relevant du statut personnel mahorais, mais uniquement ceux accédant à l'âge requis pour se marier à compter du 1er janvier 2005. Ce qui signifiait indubitablement que les hommes engagés dans les liens du mariage en la forme locale avant cette date, pouvaient continuer à user de leur prérogative maritale. Ainsi, la pénétration en droit local du principe monogamique du mariage, avec la suppression de la polygamie à Mayotte, s'est accompagnée d'une « occidentalisation » des causes de la dissolution désormais introduites en droit local, favorisant son assimilation progressive aux règles du droit local commun⁶⁵³. Ce constat est corroboré par la suppression définitive de la répudiation par l'ordonnance du 3 juin 2010. Quelle que soit la forme de célébration de l'union, religieuse ou civile, seuls le décès et le divorce tel que prévu par le Code civil sont de nature à mettre fin au mariage à Mayotte.

Ces évolutions s'inscrivent dans la lignée de la laïcisation des règles relatives à la formation du mariage. Elles s'avèrent néanmoins imparfaites, car la loi ne dit rien sur les effets personnels du mariage et encore moins sur les effets patrimoniaux. Comment dès lors invoquer par exemple un divorce pour faute, résultant d'une infidélité imputable à l'un des époux, ou caractérisée par un abandon de domicile, obligations du mariage prévues respectivement par l'article 212 et 215 alinéa 1^{er} du Code civil, sachant que cela n'est pas 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 ? Autant d'interrogations sur lesquelles nous reviendrons ultérieurement par des développements plus amples.

284. Si l'assimilation du mariage dans sa formation ainsi que l'occidentalisation des causes de rupture du lien conjugal semblent constituer les réformes les plus abouties, en ce qui concerne l'aspect substantiel du droit local, l'assimilation est également complète en ce qui concerne les règles de forme.

B) L'assimilation complète des règles de forme et de la justice

285. Originellement et relativement à la sanction des règles du statut civil de droit local, la réglementation était remarquable par la simplicité du formalisme et la souplesse de la procédure, tant au regard des actes qu'en ce qui concerne le fonctionnement de la justice cadiale. La réglementation adoptée dans ces domaines est fortement inspirée du droit

⁶⁵³ E. CADOU, *op. cit.*, p. 332.

métropolitain, ce qui facilite d'une certaine façon l'alignement sur le droit commun, du moins si l'on excepte la justice cadiale. Il importe de prendre la mesure de cet alignement. L'on constate ainsi, et relativement à l'état civil et à la propriété foncière, une oscillation entre actualisation et adaptation (1). L'étendue des réformes affectant le statut personnel mahorais s'est accompagnée d'une organisation juridictionnelle en adéquation avec celle-ci. Et c'est fort logiquement que le législateur a confié le contentieux du statut civil local aux juridictions civiles (2).

1) L'état civil et la propriété foncière

286. L'introduction de l'état civil et du régime de l'immatriculation en droit local répondait à la nécessité de faciliter l'identification des personnes et des terres. La réglementation mise en place, bien que remarquable par sa souplesse, n'a pas donné satisfaction. S'est ainsi posée la question de la réforme de ces institutions. Unanimement souhaitée, elle ne révèle pas moins des points de désaccord tant en ce qui concerne les nouvelles règles à instaurer qu'au regard de la technique à adopter. Au centre des préoccupations, la volonté d'éviter les erreurs passées tout en apportant des solutions nouvelles, qui soient non seulement en adéquation avec la réalité de la société mahoraise, mais surtout sensibiliser les autorités et la population locales de l'intérêt de leur respect.

287. Parmi les évolutions souhaitées en droit local, la réforme de l'état civil reste indubitablement la plus attendue⁶⁵⁴, en ce que l'exercice de tout droit implique nécessairement l'identification du sujet qui en est titulaire. Tel n'était pas le cas en droit local. L'instauration d'un état civil fiable constituait donc d'une certaine façon la priorité. Cependant, plus que la modernisation des textes, l'accent devait être mis sur la responsabilisation des officiers d'état civil et des administrés quant à la nécessité de leur respect.

Inutile de s'appesantir encore sur la gestion calamiteuse de l'état civil à Mayotte, sans oublier les complications nées de l'immigration massive surtout clandestine, venant de toute part de la zone océan indien⁶⁵⁵. D'autres difficultés plus techniques sont cependant à relever. Il en est ainsi des limites du mode local de désignation des personnes. La pratique des

⁶⁵⁴ P. BROSSIER, *op. cit.* ; P. SCHULTZ, *op. cit.* ; K. SZKLARZ in Association France-Outre-mer, *Mayotte à la croisée des chemins : colloque organisé au Palais du Luxembourg le 22 février 2001*, Association France-Outre-Mer, 2001, p. 48 et s.

⁶⁵⁵ S. PARICARD, *op. cit.*, p. 87 et s.

vocables devait ainsi disparaître pour laisser la place au principe patronymique. Ces réformes étaient souhaitables au regard de la particularité de l'institution. À la croisée des chemins entre intérêt privé et intérêt public, puisque, « l'état civil est essentiel à la sécurité juridique des personnes et relève de la compétence exclusive de l'État souverain »⁶⁵⁶. Institué par l'administration coloniale pour pallier son inexistence sur le territoire mahorais, l'état civil peut ainsi être détaché sans difficulté des matières relevant du statut civil de droit local. La réforme de l'état civil à Mayotte constituait à n'en point douter une entreprise d'envergure. Si bien que certains auteurs ont préconisé une « modernisation dans le temps et par l'expérimentation »⁶⁵⁷.

288. La modernisation de l'état civil à Mayotte passait nécessairement par la restauration des actes préexistants ou devant préexister, et demeurés inexploitable. Il a fallu ainsi reconstituer l'état civil de chaque mahorais. La réalisation d'une entreprise d'une telle importance a contraint le législateur à mettre en place une Commission de révision d'état civil, communément appelée la CREC. En application de l'article 18 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, celle-ci a eu principalement pour mission d'« établir les actes de naissance, de mariage ou de décès qui auraient dû être portés ». Elle a dû donc s'employer activement pour remédier à la défektivité de l'état civil de droit local, soit en suppléant les actes n'ayant pas été dressé alors qu'ils auraient dû l'être, voire ceux classés à tort dans le registre de droit local, soit en reconstituant ceux qui sont perdus ou détruits, ou encore corriger certaines irrégularités affectant certains actes, ou ceux dont l'exploitation est impossible eu égard à l'état de leur conservation (art. 20 de l'ordonnance précitée)⁶⁵⁸. En somme, il fallait proposer un état civil fiable, tout en opérant un « véritable forçage des mentalités »⁶⁵⁹ au respect des règles relatives à la tenue des registres et celles portant sur l'enregistrement des actes⁶⁶⁰. La gestion de l'état civil est désormais centralisée dans chaque

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 90

⁶⁵⁷ P. SCHULTZ, *op. cit.*, p. 113.

⁶⁵⁸ De nombreux actes présentaient en effet des lacunes. Cela pouvait porter sur des indications de date ou du lieu de naissance, ou encore sur l'absence de signature.

⁶⁵⁹ S. PARICARD, *op. cit.*, p. 99

⁶⁶⁰ Relativement à l'enregistrement des actes, le législateur a prévu quelques aménagements pour tenir compte de la réalité locale, en allongeant à quinze jours notamment le délai pour déclarer l'enfant au lieu de trois comme cela se passe en métropole. Par ailleurs, en érigeant comme valide le seul mariage célébré devant l'officier d'état

mairie, étant précisé que le greffe du Tribunal de grande instance doit conserver des copies informatisées des registres.

Par ailleurs, des mesures ont été prises concernant l'identification des personnes. Il a été ainsi mis fin à la pratique locale des vocables multiples. Désormais, chaque citoyen français originaire de Mayotte possède un nom patronymique choisi par l'un des membres d'une fratrie et s'imposant à tous. Chaque nouveau-né prend le nom de son père, s'il est issu d'un mariage (art. 2 de l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000), ou celui de la mère s'il est né hors mariage, auquel peut être substitué celui du père, en cas de reconnaissance et avec l'accord de la mère (art. 3 de l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000). Il convient de rappeler que la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, ne s'applique à Mayotte comme le suggère son article 25 que six ans après la promulgation de celle-ci, soit le 1^{er} janvier 2007. Cette entrée en vigueur différée s'explique par les difficultés inhérentes à la fiabilisation de l'état civil. Etant donné que cette mission a entendu par ailleurs attribuer un nom patronymique à chaque Mahorais qui en est dépourvu, il aurait été difficile de mettre en pratique immédiatement les nouvelles règles.

289. La réforme de la propriété foncière était pareillement liée à des considérations de sécurité juridique affectant la propriété. L'une des solutions consistait à supprimer le caractère optionnel du recours au régime de l'immatriculation, en le généralisant. Cette entreprise pouvait être accompagnée par l'extension pure et simple du décret de 1955 sur la propriété foncière, tel qu'il s'applique en métropole. Cependant, le législateur a préféré un système plus adapté à la réalité locale. Et pour ce faire, il a fallu au préalable résoudre la problématique du cadastre.

L'initiative de réformer la propriété foncière remonte à 1996. Elle tendait précisément à « la constitution d'une propriété foncière transparente, enregistrée et régulée »⁶⁶¹. Cela passait par la suppression du système foncier fondé sur la vivification des terres mortes, qui avait fini par prospérer. D'autres difficultés restaient à résoudre. En effet, de nombreux terrains

civil, le législateur a certes voulu permettre à la femme de donner elle-même son consentement, mais du point de vu du formalisme, il s'agit surtout de résoudre les difficultés liées à l'enregistrement des actes du mariage. Concernant les actes de décès, l'article 15 de l'ordonnance n°2000-218 du 8 mars 2000 impose désormais leur déclaration préalable avant toute inhumation. À Mayotte, les enterrements avaient lieu sitôt intervenu le décès d'une personne.

⁶⁶¹ C. BARTHES, « Effets de la régularisation foncière à Mayotte... », *op. cit.*, p. 99-114

domaniaux ont été investis par des particuliers. Inversement, et concernant les terrains d'appartenance privée, nombreux sont les propriétaires dans l'impossibilité de prouver efficacement leur propriété. Cette carence a profité à l'administration qui s'est approprié d'innombrables propriétés privées réputées à tort sans maître.

Pour les autorités locales, la réforme foncière était indispensable pour le développement de l'île ; ce qui présupposait la généralisation de l'immatriculation et l'enregistrement régulier des mutations affectant les immeubles. En définitive, il fallait éradiquer le système foncier coutumier jugé impropre au développement économique de l'île. Cet objectif précisé, restait à déterminer la nature de la législation à mettre en place.

Et comme pour l'état civil, un immense travail devait être fait en amont. La régularisation de certaines occupations était nécessaire, notamment celle intervenant conformément aux prescriptions coutumières, et donc sans titre, et portant sur des parcelles réputées appartenir à la Collectivité. Il fallait attribuer chaque terrain à son propriétaire véritable, particulier ou administration. Aujourd'hui, les règles relatives à la propriété foncière à Mayotte figurent dans les articles 2509 et suivant du Code civil, et résultent de l'ordonnance n° 2005-870 du 28 juillet 2005 portant adaptation de diverses dispositions relatives à la propriété immobilière à Mayotte et modifiant le livre IV du Code civil⁶⁶².

290. Le législateur a fait le choix de généraliser l'immatriculation, plutôt que d'étendre régime de la publicité foncière tel qu'issue des décrets de 1955. Ainsi, tous les immeubles doivent être immatriculés sur le livre foncier de Mayotte, conformément aux prévisions de l'article 2511 du Code civil. L'article 2521 du même code précise que pour être opposable aux tiers, cette immatriculation doit en tout état de cause porter mention des droits réels immobiliers (la propriété immobilière, l'usufruit de la même propriété établi par la volonté de l'homme, l'usage et l'habitation, etc.), les baux d'une certaine durée, les quittances ou cessions d'une durée équivalente à trois années de loyer de fermage non échus, ainsi que les droits soumis à publicité.

L'article 2511 du Code civil prévoit cependant une exception. Il résulte en effet de son dernier alinéa que « les droits collectifs immobiliers consacrés par la coutume ne sont pas soumis au régime de l'immatriculation », sauf à supposer qu'ils soient transformés en droits individuels. En somme, le régime de l'immatriculation n'a vocation à régir que les seules

⁶⁶² Ordonnance n° 2005-870 du 28 juillet 2005 portant adaptation de diverses dispositions relatives à la propriété immobilière à Mayotte et modifiant le livre IV du Code civil, *JO* n°175 du 29 juillet 2005 p. 12393.

propriétés individuelles, à l'exclusion donc de celles grevées de droits collectifs, qui restent soumis à la coutume jusqu'à la disparition du caractère collectif desdits droits.

291. Toutes ces évolutions affectant le statut civil de droit local applicable à Mayotte ont eu nécessairement une incidence sur le sort la justice cadiale. Cet émiettement progressif ne pouvait qu'annoncer la disparition inéluctable pour cette institution.

2) La consécration de la compétence exclusive du juge civil

292. La consécration de la compétence exclusive des juridictions civiles dans les litiges portant sur le statut civil particulier à Mayotte résulte de l'ordonnance du 3 juin 2010, et plus précisément son article 16-I⁶⁶³, mettant ainsi fin et de manière définitive cette fois à la justice cadiale. Le principe est aujourd'hui à l'article L 216-1 du Code de l'organisation judiciaire, en vertu duquel « Le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires relatives à l'application du statut civil de droit local entre citoyens relevant de ce statut ». Un tel aboutissement était inéluctable compte tenu des évolutions affectant en profondeur les spécificités mahoraises.

Il était en effet impossible, au regard de l'étendue des réformes réalisées de maintenir les juridictions locales. Eriger le juge civil comme seul compétent pour connaître des litiges s'élevant en droit local apparaissait dès lors comme une solution opportune et surtout logique, puisque le statut personnel mahorais, bien que maintenu dans son principe et arbore une coloration fortement teintée du droit commun. Du reste, l'ordonnance de 2010 concrétise un vœu très ancien, remontant à l'époque coloniale.

293. Alors que sa disparition était vivement souhaitée bien avant le rattachement administratif de Mayotte à Madagascar par l'article 2 de la loi du 25 juillet 1912, la justice cadiale a été maintenue par le décret de 1939, avant que son fonctionnement ne soit précisé par la délibération du 3 juin 1964. La disparition du Territoire des Comores en 1976 n'y a rien changé. Lorsque le maintien de Mayotte dans la République a été confirmé par un vote massif en faveur du « Oui », on a vu accroître le nombre de Cadis dans l'île. Drôle de destin donc pour cette institution : toujours décriée, et cependant longtemps maintenue dans ses attributions.

⁶⁶³ 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,

Il faut reconnaître qu'en sa qualité de juge de proximité, le Cadi a souvent présenté un gage pour une population mahoraise en quête d'identité. Jusqu'à récemment d'ailleurs, c'est un Cadi qui est intervenu pour mettre fin à un conflit villageois, faisant suite à une rencontre de football s'étant mal déroulée dans l'une des villes de la Commune de Mamoudzou⁶⁶⁴. Cette intervention salutaire démontre encore l'importance de l'institution cadiale, dans la société mahoraise, notamment en matière de médiation sociale. C'est désormais la seule fonction reconnue aux Cadis, qui ont perdu tout pouvoir juridictionnel, tout en cessant d'être notaires, et se voyant méconnaître toute intervention sur les actes relatifs à l'état civil.

294. À l'évidence, la disparition de la justice cadiale avait déjà été actée par la loi statutaire de 2001 avant que le législateur ne fasse un pas en arrière, pour la ressusciter, lui adjoignant par ailleurs la concurrence des juridictions de droit commun en 2003, en consacrant une option de juridiction en leur faveur. La loi statutaire du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, tout en délimitant le domaine *ratione materiae* du statut civil particulier avait prévu dans son article 61 la compétence exclusive des juridictions de droit commun assistées d'assesseurs cadis. Ce choix d'une juridiction échevinale s'inspirait du modèle calédonien, tout en s'en éloignant, puisque, contrairement aux assesseurs coutumiers calédoniens, les cadis assesseurs ne s'étaient pas vu reconnaître par la loi statutaire, une voix délibérative. Cependant, sans jamais que la nouvelle organisation juridictionnelle ne soit mise en œuvre, le législateur a opéré un retour en arrière, puisque la loi de programme d'outre-mer de 2003 va rétablir les pouvoirs juridictionnels des Cadis, tout en leur imposant cependant la concurrence des juges civils. La compétence concurrente entre les juridictions de droit commun et les cadis est arbitrée par la volonté des parties, et la mise en place de l'option de juridiction⁶⁶⁵.

Cette avancée législative a nécessairement favorisé « le transfert du contentieux familial vers la juridiction de droit commun », permettant ainsi la saisine régulière du juge aux affaires familiales par des femmes, « la procédure de droit commun leur garantissant une égalité procédurale par rapport aux hommes »⁶⁶⁶. Au regard des mutations profondes affectant le statut personnel mahorais, il s'est agi à n'en point douter d'une phase expérimentale, voire

⁶⁶⁴ <http://lejournaldemayotte.com/societe/affrontements-une-fin-officielle-de-conflit-a-ete-signe/>

⁶⁶⁵ Cette option de juridiction était doublée d'une option de législation antérieurement consacrée par le législateur de 2001 (art. 52-1 *in fine* de la loi du 11 juillet relative à Mayotte).

⁶⁶⁶ J.-J. HYEST, M. ANDRÉ, Ch. COINTAT et Y. DÉTRAIGNE, « Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités », *Rapports d'information* n°115 (2008-2009), 27 novembre 2009.

transitoire, préparant l'avènement, cette fois-ci sûre et définitive de la compétence du juge civil. Une évolution somme toute en parfaite adéquation avec l'extinction progressive du statut civil de droit local applicable à Mayotte.

295. Pourtant et indépendamment de la suppression des particularismes locaux, la consécration de la compétence exclusive des juridictions civiles était tout à fait envisageable, puisque du point de vue constitutionnel, l'exercice du statut personnel ne rendait nullement indispensable le maintien de la justice cadiale⁶⁶⁷. Aujourd'hui acquise, cette compétence exclusive des juridictions civiles participe manifestement de la volonté de remédier à certains dysfonctionnements chroniques de cette institution musulmane.

Pour rappel, la doctrine l'a vivement critiquée. Quant à la population mahoraise, elle n'a eu de cesse, semble-t-il, de lui témoigner sa désapprobation, en ce qui concerne ses attributions juridictionnelles, ne manquant pas au besoin de s'en remettre au juge civil. Ces attaques ont contraint le Conseil général de Mayotte à faire des propositions tendant à la modification du fonctionnement de la justice cadiale, soit en lui enjoignant la concurrence du juge civil, soit en cantonnant les Cadis aux seules fonctions de médiation et notariales, leur déniaient toute compétence juridictionnelle et en ce qui concerne l'état civil⁶⁶⁸. Il semblerait que ce soit cette dernière solution qui a eu la préférence du législateur, même s'il est désormais acquis que les Cadis ne peuvent plus exercer des fonctions notariales.

296. Avec l'unification de l'administration de la justice à Mayotte disparaît le pluralisme judiciaire. Cette unification ne s'est cependant pas accompagnée de l'unification du droit civil à Mayotte, dans les rapports familiaux, preuve que l'assimilation du statut personnel mahorais est inachevée.

§2/ L'apparente survivance de certains particularismes locaux

297. Le législateur n'a pas expressément étendu tout le droit commun dans les matières jusqu'alors réservées au statut personnel mahorais. Celui-ci est d'ailleurs maintenu dans son principe. En plus de rappeler l'existence du statut personnel, le législateur a laissé planer

⁶⁶⁷ Voir O. GUILLAUMONT, « Statut personnels et Constitution. Contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *op. cit.*

⁶⁶⁸ P. SHULTZ, *op. cit.*, p. 110

l'incertitude quant aux règles applicables dans certains domaines, en attestent les quelques notables oublis législatifs (A). L'ordonnance du 3 juin 2010 ainsi que la loi du 7 décembre 2010 la ratifiant semblent révéler pourtant que le statut personnel mahorais a été dépouillée de toutes ses sources, ce qui signifie que le droit commun s'applique par défaut (B).

A) Une survivance résultant d'oublis législatifs

298. L'incertitude règne sur le droit applicable à certaines situations que la réforme du statut personnel mahorais aurait oubliées. Il en est ainsi des effets personnels et patrimoniaux du mariage, des règles successorales, et de la filiation, en ce qui concerne l'enfant né hors mariage.

299. L'institution matrimoniale dans sa formation et dans sa dissolution est désormais soumise aux règles du Code civil pour les bénéficiaires du statut civil dérogatoire du droit commun. Le législateur est resté silencieux quant aux effets personnels et patrimoniaux du mariage. Tout au plus, l'article 10 de 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, qui n'est en réalité qu'une reprise de l'article 53 de loi statutaire du 11 juillet 2001, indique-t-il 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 »⁶⁶⁹.

Cette reprise condensée des articles 223 et 225 du Code civil constitue donc la seule extension du statut impératif de base. La tendance se confirme d'ailleurs lorsqu'on s'intéresse à la rédaction de l'article 75 du Code civil tel qu'il s'applique dans le statut personnel mahorais. Il ressort en effet des énonciations de l'article 7 de l'ordonnance du 3 juin 2010 que de la rédaction ordinaire de la disposition précitée, le législateur a supprimé le passage qui exige de l'officier d'état civil qu'il fasse lecture de certains droits et obligations du mariage⁶⁷⁰, qui relèvent la plupart d'ailleurs du régime primaire. Ainsi, lorsque les futurs

⁶⁶⁹ Il ne s'agit pas à proprement parler d'une innovation, puisque cela se rencontrait déjà en pratique et de longue date. Le législateur s'est donc ici contenté de formaliser une pratique existante.

⁶⁷⁰ L'article 7 de l'ordonnance du 3 juin 2010 rappelle en effet que :

« 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 supprimée ;

époux sont de droit local, l'officier d'état n'a pas à leur lire les articles 212 et 213, le premier alinéa des articles 214 et 215, ainsi que l'article 371-1 du Code civil. Cette solution a de quoi surprendre, lorsqu'on sait que le lien conjugal peut être rompu en cas de décès de l'un des époux, ou en application des règles du Code civil relatives au divorce. Des difficultés sont nécessairement à prévoir et nous y reviendrons plus tard.

300. La remarque vaut également pour les successions. Dans ce domaine, il a d'abord été initialement déclaré dans l'article 52-4 nouveau de la loi statutaire du 11 juillet 2001, qu'« est interdite toute discrimination pour la dévolution des successions qui serait contraire aux dispositions d'ordre public de la loi ». Cette disposition a cependant été supprimée par la loi du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte⁶⁷¹, qui par son article 31 a ratifié l'ordonnance du 3 juin 2010. La seule règle applicable en matière successorale reste dès lors l'article 12 de ladite ordonnance qui rappelle clairement l'interdiction de toute discrimination pour la dévolution des successions qui serait contraire aux dispositions d'ordre public. Or les inégalités successorales sont caractéristiques du droit local. D'où il suit que l'interdiction des inégalités successorales emporte un effet abrogatif sur l'ensemble des règles successorales locales, si bien qu'il subsiste indéniablement dans ce domaine un vide juridique. Il est en effet impossible d'appliquer le droit musulman et la coutume en matière successorale sans discrimination. La seule possibilité envisageable reste inéluctablement l'application du droit commun.

301. L'autre situation problématique reste indubitablement le cas épineux de l'enfant naturel⁶⁷². Il faut croire que les avancées législatives réalisées par l'ordonnance de 2005⁶⁷³

2° Le premier alinéa de l'article 75 est ainsi rédigé :

« 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 (c'est nous qui soulignons). ».

Pour rappel, l'alinéa premier de l'article 75 du Code civil est ordinairement rédigé comme suit :

« Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futurs époux des articles 212 ».

⁶⁷¹ Loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, JORF n°0284 du 8 décembre 2010 p. 21459.

⁶⁷² Sur la situation de l'enfant mahorais en général, voir E. CADOU, « Le statut de l'enfant dans l'océan indien :

mettant fin à la distinction entre enfant légitime et enfant naturel n'ont pas trouvé écho en droit local. La difficulté réside ici exclusivement dans l'établissement de la filiation paternelle, au regard notamment de la prénance du droit musulman qui ne reconnaît une telle filiation qu'en présence d'un mariage. Le législateur a fait un premier pas en décidant tout d'abord la possibilité d'une dation de nom avec l'accord de la mère, permettant ainsi à l'enfant de porter le nom de son père (art. 3 de l'ord. n° 2000-218 du 8 mars 2000). Cette dation de nom n'emportant cependant aucun effet juridique.

Ratifiant l'ordonnance, l'article 65 de la loi de programme pour l'outre de 2003 a supprimé cette incongruité, avant que la loi relative à l'immigration et à l'intégration de 2006 ne vienne ajouter un nouvel alinéa à son article 3, précisant que le mécanisme de la dation de nom ne s'applique que pour les enfants naturels dont les deux parents son de statut civil particulier⁶⁷⁴. Désormais, la dation du nom produit des effets juridiques. La substitution du nom du père à celui de la mère emporte ainsi reconnaissance et établissement de la filiation paternelle. Les évolutions ainsi constatées sur le statut de l'enfant naturel restent à parfaire, puisque subsiste tout de même une difficulté, et pas des moindres, celle portant sur l'éventualité d'une action en recherche de paternité, telle que prévue aux articles 340 et suivants du Code civil.

302. Si ces oublis législatifs restent déplorables, leur existence ne serait qu'apparente, du moins si l'on analyse minutieusement l'ordonnance du 3 juin 2010 et la loi du 7 décembre 2010 la ratifiant. En effet, l'unification du droit de la famille serait quasiment acquise à Mayotte.

B) Des oublis dissimulant une assimilation quasi-complète

l'enfant mahorais », *op. cit.*

⁶⁷³ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JO* 6 juillet 2005 p. 11159.

⁶⁷⁴ Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, *JO* n°170 du 25 juillet 2006 p. 11047. Cette modification résulte précisément de son article 107 qui dispose : « L'article 3 de 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 est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Pour l'application de l'alinéa précédent, le père et la mère doivent être des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte. A défaut, la filiation ne peut être établie que dans les conditions et avec les effets prévus par le code civil. » ».

303. Affirmer que l'unification du droit des personnes et de la famille est acquise à Mayotte, n'a rien de saugrenu. On peut toujours objecter que le statut civil particulier a été maintenu dans son principe, qu'une procédure de renonciation bien détaillée a été instituée, que le législateur autorise le juge à appliquer le droit commun à titre supplétif en cas de carence, de silence ou d'insuffisance du droit local, et qu'il admet enfin la possibilité pour les bénéficiaires du statut personnel mahorais de soumettre ponctuellement leurs rapports au droit commun, par le mécanisme de l'option de législation. Ces objections peuvent néanmoins être combattues comme cela va être démontré.

304. L'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010 dispose qu'« en cas de silence ou d'insuffisance du statut civil de droit local, il est fait application, à titre supplétif, du droit civil commun ». Dans un premier temps, cette solution peut être considérée comme une volonté du législateur de prévenir certaines lacunes de son entreprise en confiant au juge la tâche de la parfaire son œuvre. L'application supplétive du droit commun constituerait ainsi une sorte de palliatif aux éventuels oublis législatifs. Le raisonnement vaut également pour la possibilité reconnue par la disposition précitée aux justiciables de droit local de soumettre certaines situations au droit commun par le recours à l'option législative.

On relève à juste titre qu'aucune précision ne filtre quant à l'application supplétive du droit en cas de silence ou d'insuffisance du droit local. Le silence pourrait s'entendre ici d'une absence de réglementation dans une matière connue du droit commun. Une telle solution s'éloigne résolument de la position adoptée par le législateur à l'égard du statut coutumier kanak, et constamment rappelée par la Cour de cassation, excluant tout recours au Code civil pour compenser le silence ou les lacunes de la coutume. Le kanak de statut coutumier reste en tout état de cause, et pour l'ensemble du droit privé, soumis à sa coutume, sauf à renoncer à son statut particulier au profit du droit commun⁶⁷⁵, qui peut être désormais non pas le droit métropolitain, mais le droit civil calédonien issu du transfert de compétence de l'Etat vers la

⁶⁷⁵ L'article 7 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie rappelle en effet que « Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes ». Interprétant cette disposition dans le cadre d'une saisine avis, la Cour de cassation a clairement rappelé que les bénéficiaires du statut coutumier ne peuvent en aucune façon se prévaloir des règles du Code civil lorsque les coutumes auxquelles ils sont soumis sont lacunaires ou insuffisantes. La règle est claire : toute la coutume et rien que la coutume en matière civile. V. Cass., 16 déc. 2005, avis n° 005 0011 : *Bull. civ.* 2005, avis n° 9, p. 13 ; *Rev. jur. politique et éco. Nouvelle-Calédonie*, 2006, n° 7, note P. Frezet ; *RTD civ.* 2006, p. 516, obs. P. Deumier.

Nouvelle-Calédonie dans cette matière⁶⁷⁶. Quant à l'hypothèse d'insuffisance du droit local justifiant l'application supplétive du droit commun, elle laisse dubitative au regard notamment de sa définition.

305. De prime abord, ce qui est insuffisant se comprend de ce qui est déficient ou encore médiocre, et qui ne permet donc pas d'atteindre la solution escomptée. Ce qui implique indéniablement une appréciation par rapport à une référence. Et si la référence ici est le droit commun, il est clair que l'insuffisance doit s'entendre ici de l'inaptitude du droit local, lorsque la règle existe, à atteindre le résultat susceptible d'être atteint par le droit commun. Dans les faits, le juge devra nécessairement rechercher la règle de droit local, si elle existe, pour justifier en cas d'insuffisance l'application du droit commun.

Il peut sembler difficile que le juge s'accommode de toutes ces tracasseries. Et la tentation est forte de voir l'application supplétive du droit commun en cas d'insuffisance du droit local se muer comme jadis dans certaines colonies, en application substitutive⁶⁷⁷. Si la tendance a été critiquée par le passé, une telle approche dans un statut civil particulier outrancièrement assimilée, n'aura absolument rien de scandaleux. Tout au plus, ce serait une façon pour le juge de poursuivre et d'achever l'entreprise législative, puisqu'il apparaît clairement que c'est au juge et à la volonté individuelle que le législateur a entendu confier ce rôle.

306. Par ailleurs, il appert que le droit commun applicable à titre supplétif est nécessairement celui qui s'applique aux justiciables de statut civil de droit commun, c'est-à-dire la version mise à jour du Code civil applicable à Mayotte, en l'occurrence le Livre V répertoriant les articles 2489 et suivants, tout en tenant compte bien évidemment de certaines

⁶⁷⁶ Depuis le 1^{er} juillet 2013, la Nouvelle-Calédonie a hérité de la compétence législative en matière de droit civil. Si bien qu'il n'y a plus une dualité mais une triadité de statuts civils, le statut coutumier kanak, le statut civil métropolitain, et le statut civil calédonien, issu des règles adoptés dans le cadre de ce transfert de compétence législative. Des conflits internes de lois sont bien évidemment à prévoir. Sur la question, voir S. SANA-CHAILLE DE NERE, « Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit-civil. – Réflexions sur l'élaboration d'une règle de conflit », *JDI*, Janv. 2014, doct. 2, p. 33-50 ; E. CORNUT, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », *JDI*, Janv. 2014, doct. 3, p. 51-88.

⁶⁷⁷ Voir notamment X. BLANC-JOUVAN, *op. cit.*, p. 134

exclusions prévues par le législateur lui-même à l'endroit du statut civil particulier. Quant à la possibilité reconnue au juge de combler le silence ou les lacunes du droit local par l'application supplétive du droit commun, elle doit nécessairement porter sur l'une des matières composant ce statut civil particulier, et doit tenir compte surtout des matières limitativement énumérées à l'article premier de l'ordonnance du 3 juin 2010. Celles-ci sont constituées de l'état et la capacité des personnes, des régimes matrimoniaux, des successions et des libéralités. La solution est différente concernant l'option législative à l'initiative des bénéficiaires du statut civil particulier, puisque le législateur ne semble lui reconnaître aucune limite.

En outre, une procédure de renonciation au statut personnel a été mise en place, supplantant celle traditionnellement applicable et issue de l'avis du Conseil d'Etat du 22 novembre 1955. Le dispositif résulte de l'article 57 de la loi statutaire du 11 juillet 2001 repris par l'article 3 de 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. La renonciation est univoque et ne peut intervenir qu'au profit du droit commun, contrairement aux solutions admises en Nouvelle-Calédonie⁶⁷⁸. Comme par le passé l'initiative ne peut venir

⁶⁷⁸ On dénombre en effet deux cas d'accession au statut coutumier kanak (art. 12, alinéa 1, et 13, alinéa 2 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie), un cas de retour au statut coutumier (art. 13, alinéa 1), étant précisé que l'article 15 de la même loi énonce en des termes généraux que « toute personne a le droit d'agir pour faire déclarer qu'elle a ou qu'elle n'a point le statut civil coutumier », disposition dont l'interprétation peut prêter à confusion. Sur le fondement de l'article 15 de la loi organique de 1999, la première chambre civile de la Cour de cassation a récemment consacré, dans un arrêt du 26 juin 2013, une action en revendication de statut basée sur la possession d'état, sans pour autant donner des précisions quant aux conditions de sa mise en œuvre (Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-30.154 D. 2013, p. 2092, obs. Isabelle Dauriac ; *JCP G* 23 septembre 2013, n°39, obs. Etienne Cornut). La particularité de cette action d'essence prétorienne provient de ce qu'elle ne tient nullement compte des indications fournies par les articles 12 et 13 de la même loi qui permettant respectivement l'accès au statut coutumier à condition de justifier une possession d'état d'une durée de cinq ans pour toute personne de parent de statut civil mixte âgée de 21 ans au plus, et la possibilité d'un retour au statut coutumier dans un délai de cinq à compter de la promulgation de la loi précitée, délai arrivé normalement à échéance en 2006. Or dans cette affaire, le demandeur a non seulement fait sa demande au-delà de 2006, mais il est surtout âgé de 30 ans. Elle rejette ainsi le pourvoi formé par le parquet contre l'arrêt de la Cour d'appel de Nouméa du 19 avril 2012 qui a jugé que « toute personne a le droit d'agir pour faire déclarer qu'elle a ou qu'elle n'a point le statut civil coutumier (en rappel à l'article 15 de la loi organique de 1999, mais rajoute surtout), et cette action en revendication de statut n'est conditionnée que par la preuve d'une possession d'état non équivoque, durable et continue correspondant au statut civil revendiqué » (*CA Nouméa, 19 avr. 2012, n°11/384*). Une telle approche peut laisser entendre que la Cour de cassation admet très facilement l'accès au

que d'une personne majeure, capable et qui agit en connaissance de cause, à condition cependant que sa situation ne soit pas incompatible avec le droit commun⁶⁷⁹.

La renonciation ne s'applique qu'à la seule personne du renonçant, et n'étend nullement ses effets de manière automatique aux enfants. Il importe pour ces derniers de faire une demande séparée, comme le suggère le décret du 11 septembre 2002 portant application de l'article 57 de la loi statutaire⁶⁸⁰. La procédure de renonciation est donc désormais ouverte aux enfants mineurs, lorsqu'ils sont capables de discernement. Ils doivent cependant être entendus par le juge qui doit en tout état de cause motiver sa décision pour écarter l'audition.

307. Toutes ces prévisions semblent donner un sens au maintien de principe du statut personnel mahorais, et sont pareillement de nature à laisser supposer que certaines règles de droit local sont encore en vigueur, et auraient nécessairement vocation à s'appliquer dans les situations où le droit commun n'a pas été expressément étendu. Une telle affirmation mérite pourtant d'être nuancée si l'on se réfère à l'article 16 de l'ordonnance du 3 juin 2010, ainsi qu'à l'article 31 de la loi du 7 décembre 2010 la ratifiant et précisement son 13°.

Dans le II 5° et 6° de l'article 16 de l'ordonnance de 2010, il est respectivement rappelé l'abrogation de la délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la chambre des députés des Comores à l'exception de l'article 20, et du décret du 1er juin 1939 relatif à l'organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores. Quant à l'article 31 de la loi de 2010, il énonce dans son 13° ratifier « 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, sous réserve de la suppression du I de l'article 16 et, au 5° du II du même article, des mots : « à l'exception de l'article 20 ». Pour rappel, la délibération et le décret en question constituent les principales sources du statut personnel mahorais. Ce sont ces textes

statut coutumier kanak, ce qui n'est pas sans incidence sur la sécurité juridique.

Ces différentes approches selon le statut personnel envisagé, mahorais ou kanak sont révélatrices de la politique législative suivie, de tendance assimilationniste envers le premier et davantage tournée vers le relativisme culturel concernant le second, avec pour point commun les aspirations des bénéficiaires : les Mahorais souhaitent un ancrage indéfectible au sein de la République tandis que les Calédoniens revendiquent l'indépendance.

⁶⁷⁹ L'hypothèse visée ici reste indéniablement la situation de l'époux polygame, puisque la polygamie n'a été supprimée que pour le futur.

⁶⁸⁰ 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, *JO* 18 septembre 2002, p. 15344.

qui précisent les règles applicables, tant musulmanes que coutumières. En supprimant ces textes, le législateur a nécessairement rendu inapplicables les règles de droit local auxquels ils renvoient, si bien que désormais seul s'applique le droit commun, dans sa version applicable à Mayotte. Pour parvenir à ce constat, il a fallu passer par les mailles de l'incohérence des prévisions législatives. Nul doute que la pratique révélera de sérieuses difficultés.

308. Conclusion du titre deuxième. La réforme du statut personnel mahorais avait inéluctablement pour ambition de préparer la départementalisation de Mayotte, dont le processus a été initié par l'accord sur l'avenir de Mayotte de janvier 2000, et aujourd'hui acquise. Cependant, retenir ce seul argument politique paraît réducteur, tant il est vrai que le système mis en place à l'époque coloniale, et consolidé par l'assemblée territoriale des Comores, sans jamais être remis en cause par la loi du 24 décembre 1976 prenant acte de l'indépendance des autres îles constituant cet ancien TOM, et transformant Mayotte en Collectivité sui generis, présentait des limites pratiques. Des évolutions étaient donc à prévoir indépendamment de toute considération statutaire.

À l'analyse, il est apparu que ce système juridique présentait des incompatibilités avec les droits fondamentaux, ce qui compromettait toute chance de maintien de celui-ci. Reposant essentiellement et substantiellement sur des règles discriminant tantôt l'homme (la coutume) tantôt la femme (le droit musulman), la confrontation aux droits fondamentaux s'est révélée fatale. Du statut personnel mahorais, il ne reste que sa reconnaissance formelle, les règles le composant étant celles du Code civil. C'est pour cette raison que la doctrine tout en reconnaissant les contrariétés de certaines règles locales aux droits fondamentaux, n'en a jamais tiré les conséquences. Il était précisément craint le rejet d'institutions juridiques véhiculant des valeurs réputées contraires à celles ayant cours dans l'île.

Une telle conclusion procède indéniablement d'une appréhension erronée de la teneur du problème. Il n'est pas tant question de discuter de la compatibilité du droit musulman et du droit français, mais davantage de trouver des solutions au dilemme auquel est confronté le citoyen français de confession musulmane entre le respect du droit étatique et les règles issues de sa religion d'appartenance que l'on pourrait désigner sous l'expression de conflits de normes s'élevant dans sa conscience, dans les rapports familiaux. C'est donc à tort que la doctrine a majoritairement centré le débat sur cet aspect, comme si le cadre était celui du droit international où au moins deux législations d'États souverains revendiquent la compétence sur une situation juridique présentant un élément d'extranéité. Le Français de confession

musulmane peut parfaitement vivre sa foi en se conformant aux règles posées par l'État français dans les rapports familiaux, eu égard au droit positif en vigueur.

Contrairement à ce que laisse supposer le législateur en maintenant le statut personnel mahorais, et en permettant au juge d'appliquer le droit commun à titre supplétif pour en combler le silence, les lacunes et les insuffisances dans certaines circonstances, celui-ci n'a qu'une existence formelle, puisque dépouillé de ses différences sources. Des difficultés restent néanmoins à prévoir en pratique.

309. Conclusion de la première partie. Cette première partie a permis de mettre en évidence l'assimilation progressive du statut personnel mahorais, qui repose désormais sur une existence purement formelle, étant intégralement vidé de sa substance. Le processus s'est déroulé en deux phases. L'élaboration d'un statut civil particulier sous influence assimilationniste à l'époque coloniale a précédé la disparition pure et simple des spécificités ainsi maintenues, pour laisser place à des règles inspirées du Code civil, si bien qu'aujourd'hui, l'on peut légitimement s'interroger sur l'intérêt de maintenir à Mayotte la dualité de statuts civils.

Le statut originellement mis en place et dont le domaine d'application matérielle a été expressément défini par la délibération de l'assemblée territoriale des Comores de 1964, a constitué un savant mélange entre des institutions juridiques locales, du point de vue substantiel, accompagné de quelques avancées assimilationnistes en ce qui concerne les règles de forme, ce qui s'est traduit par l'introduction de l'état civil, du régime de l'immatriculation à titre optionnel cependant, ainsi que la mise en place d'une organisation juridictionnelle inspirée du modèle occidental, mais adaptée au contexte local. La pratique n'a pas été heureuse. L'état civil ne présentait aucune garantie, rendant malaisée l'identification des personnes. Le régime de l'immatriculation n'a été que modérément suivi par les Mahorais, préférant régime foncier coutumier, qui s'est révélé désastreux pour la sécurité juridique. La justice cadiale lacunaire dans son fonctionnement a attiré toute sorte de critiques. À l'évidence, des évolutions étaient souhaitables. Encore faut-il qu'un organe légiférant puisse accomplir cette tâche.

310. Les Comores ont accédé à l'indépendance en 1975. L'année suivante, Mayotte a été érigée en Collectivité sui generis empruntant administrativement l'organisation des départements avant la réforme de 1981. La compétence initialement reconnue à l'assemblée territoriale des Comores n'a pas été transférée au Conseil général de Mayotte, si bien que le

statut personnel est resté sans organe légiférant. Les Cadis n'ont pas fait œuvre créatrice pour faire évoluer le statut civil particulier, en accompagnant les bouleversements affectant l'île. Il a fallu attendre l'an 2000 et l'accord sur l'avenir de Mayotte, pour que soit enfin posée la question de l'évolution du statut civil dérogatoire du droit commun. La loi statutaire du 11 juillet 2001 a considérablement limité le domaine matériel du droit local, lui soustrayant par ailleurs l'état civil et la propriété foncière, faisant apparaître pour la première fois des institutions musulmanes, telles que la répudiation et la polygamie, connues jusqu'alors uniquement à travers la pratique et par renvoi au *Minhadj*, Code du statut personnel. Mais le spectre de la départementalisation de l'île guettait. L'horizon s'assombrit progressivement pour les particularismes locaux. L'affirmation du principe de son maintien ne doit pas tromper. La dualité statutaire n'est qu'un paravent. Les règles sont quasiment les mêmes pour les deux statuts. Les Mahorais de statut civil particulier sont aujourd'hui soumis aux règles du Code civil.

311. L'assimilation du statut personnel mahorais reste indubitablement une œuvre politique. Il s'est agi pour le législateur de préparer la départementalisation de l'île. Le régime législatif de l'article 73 de la Constitution étant exclusif de tout système, le maintien du droit local était devenu problématique. Le législateur aurait pu décider de supprimer d'un trait cet ensemble de règles, pour y étendre le droit commun, conformément à l'article précité. La méthode a été tout à fait différente, puisque l'assimilation du statut civil de droit local applicable à Mayotte a été obtenue en empruntant le canal de la fondamentalisation, preuve que la question de la réforme des spécificités mahoraises se posait indépendamment de toute considération statutaire. La fondamentalisation du droit local a été facilitée par le Conseil constitutionnel qui a donné sa bénédiction au législateur rappelant dans sa décision du 17 juillet 2003 que la garantie constitutionnelle se limite seulement à la reconnaissance de son bénéfice pour ceux qui n'y ont pas renoncé, sans jamais s'étendre aux règles qui le composent, qui doivent en tout état de cause respecter les droits et libertés constitutionnellement garantis. Le législateur ne peut cependant remettre en cause le statut personnel dans son essence. Ce qui explique l'inutile rappel de son maintien de principe, bien que foncièrement vidé de sa substance.

Puisant sa source dans l'article 75 de la Constitution, le statut personnel mahorais ne peut en effet être supprimé dans son principe par une loi ordinaire. Seule une révision de la disposition précitée reste envisageable. L'absence de révision constitutionnelle risque très sérieusement d'être source de difficulté dans la mise en œuvre du droit nouveau, tant pour le

juge que pour les justiciables. La doctrine a longtemps mis l'accent sur la délicate réception de règles « importées » de la métropole pour déployer toutes leurs forces sur un territoire de la République fortement dominé par la religion musulmane. Il est constamment rappelé que tout droit est à l'image de la société qu'il a vocation à régir. Cependant, les Mahorais eux-mêmes n'ont jamais hésité à mettre à mal les prescriptions islamiques donnant leur préférence aux institutions coutumières. Pourquoi ne pourront-ils pas s'accommoder des institutions métropolitaines ? L'instrumentalisation de l'Islam doit être rigoureusement combattue. Si la réception des règles du Code civil régissant désormais les rapports familiaux dans le domaine du statut personnel peut s'avérer problématique, c'est en vain qu'on en cherchera les raisons dans la prétendue incompatibilité du droit musulman avec le droit français. Les raisons sont ailleurs, et notamment dans la méthode législative suivie ainsi que les conséquences qui en découlent, révélant des difficultés liées à la détermination de la règle applicable et à sa mise en œuvre.

L'assimilation du statut personnel mahorais était à la fois nécessaire et inéluctable. La fondamentalisation du droit local composé de règles discriminant alternativement l'homme et la femme, rend son maintien illusoire. Il en a résulté un vide juridique à combler par le législateur. Seule restait envisageable l'extension du droit commun local ou métropolitain. Il est dès lors regrettable que tout le débat ait porté sur des considérations purement sociologiques, occultant les véritables problèmes soulevés par le statut personnel assimilé, comme cela va être examiné dans la deuxième partie.

Deuxième partie : La délicate application du statut personnel réformé

312. L'analyse du processus assimilationniste, qui se traduit par la substitution du droit métropolitain aux institutions locales, a permis de conclure à la compétence générale du droit commun dans les rapports familiaux. Ce constat n'est pas vérifiable du premier abord. Une première explication pourrait être fournie par la défaillance dans la technique législative. En effet, plutôt que de procéder à une réforme globale, déclarant la suppression pure et simple des particularismes locaux au profit du Code civil, le législateur, craignant sans doute une révolte des Mahorais- le droit de la famille constituant un domaine très sensible- a opté pour une intervention progressive et parcellaire. Ce choix comporte certaines contraintes, en ce qu'il oblige le législateur à maîtriser chacune de ses interventions pour s'assurer de la lisibilité et de la cohérence de l'ensemble, dont le manquement peut avoir des incidences en pratique. Il en est ainsi du nouveau dispositif.

La loi du 7 décembre 2010 ratifiant l'ordonnance du 3 juin 2010 reste le dernier texte adopté en la matière. Il en résulte abrogation du décret du 1^{er} juin 1939 et de la délibération du 3 juin 1964, textes consacrant initialement les sources du statut civil de droit local applicable à Mayotte, en l'occurrence le droit musulman et les coutumes locales. Maintenu dans son principe, mais substantiellement épurée de ses règles, le statut personnel mahorais est désormais soumis par défaut au droit commun, qui se voit ainsi reconnaître implicitement une vocation générale. Cette solution cadre mal néanmoins avec certaines dispositions de l'ordonnance précitée. Elle laisse supposer que des règles du droit local ont été maintenues. Subsiste donc le risque de contradiction des solutions en pratique.

313. Cependant, les difficultés pratiques vont bien au-delà de ces seules considérations. Se pose d'abord la question inéluctable des conflits de lois dans le temps apparaissant à chaque évolution législative. Aussi, le droit commun applicable au statut personnel et donc à Mayotte est presque celui ayant cours en métropole et dans les autres départements ultramarins. S'agissant du droit de la famille, il est désormais acquis qu'il ne s'appréhende pas à l'aune des seules règles du Code civil. En effet, on parle également du droit non-civil de la famille, qui embrasse différentes branches du droit s'adressant aux différents membres d'une famille. La difficulté vient de ce que la réglementation constituant cet ensemble n'a pas été totalement transposée à Mayotte. L'absence d'alignement suscite des interrogations et invite à réfléchir sur le bien fondé de ce choix législatif, et à envisager le cas échéant des évolutions.

La plénitude de compétence du droit commun précédemment découverte apparaît dès lors de concrétisation malaisée. Mais en ce qu'elle se révèle comme une entreprise législative incomplète, l'assimilation du statut personnel mahorais doit être achevée. Ainsi, après avoir examiné les difficultés pratiques soulevées par la mise en œuvre des nouvelles règles (Titre I) nous envisagerons les évolutions souhaitables (Titre II).

Titre I : Les difficultés inhérentes à la mise en œuvre des nouvelles règles

314. D'ordinaire, toute évolution législative soulève des questions de droit transitoire, traditionnellement appréhendées à travers l'étude des conflits de lois dans le temps. Brièvement, il s'agit de déterminer les situations juridiques susceptibles de relever de la loi ancienne, ainsi que celles qui seront régies par la nouvelle loi. L'assimilation du statut personnel mahorais ayant permis de supprimer toutes les spécificités de droit local au bénéfice des règles du Code civil, il apparaît clairement que ce changement de législation ne constitue pas en la matière une exception. La vocation générale du droit commun qui en résulte n'est pas clairement formulée par les textes, ce qui peut présager des tensions en pratique. On relève ainsi que certaines institutions ont été expressément soumises au droit commun, tandis que le législateur est resté silencieux pour d'autres, ce qui peut légitimement supposer qu'il y a survivance de certains particularismes locaux. Pareille solution est inconciliable avec le principe de la compétence exclusive du droit commun ressortant de l'analyse des textes.

Postulant la plénitude de compétence du droit commun dans le statut personnel, nous étudierons d'abord les difficultés liées à sa concrétisation en pratique (Chapitre I) pour nous intéresser ensuite aux inéluctables conflits de lois dans le temps (Chapitre II)

Chapitre I : Les difficultés soulevées par la plénitude de compétence du droit commun

335. Le principe de l'application générale du droit commun, qui sous-tend l'unification quasi certaine du droit de la famille à Mayotte, nonobstant le maintien de la dualité des statuts civils, risque de poser des problèmes en pratique. Il faut donc les appréhender et proposer des solutions. La tâche n'est pas aisée lorsqu'on sait le doute subsiste déjà en ce qui concerne l'état du droit positif, notamment à l'égard des justiciables qui ont besoin de connaître les règles édictées par les pouvoirs publics pour s'attacher à les observer. Les solutions à trouver sont immédiates, et excluent dans un premier temps toute référence à une intervention législative.

Si la plénitude de compétence du droit commun se révèle d'appréhension malaisée (Section 1), il n'en demeure pas moins que sa réalisation à travers les pratiques doit être encouragée (Section 2).

Section 1 : Une plénitude de compétence d'appréhension malaisée

336. La vocation générale du droit commun à régir les rapports juridiques naissant entre les personnes relevant encore du statut civil particulier soulève principalement deux difficultés. Outre le problème général d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi posé par l'ordre juridique formel dans son ensemble (§ 1), d'autres difficultés se manifestent spécifiquement dans certaines institutions (§ 2).

§1/ Un malaise généralement causé par l'inaccessibilité et l'intelligibilité du dispositif

337. Avant la réforme du statut personnel mahorais, la question de l'accessibilité et de l'intelligibilité de loi s'était déjà posée. L'accord sur l'avenir de Mayotte du 27 janvier 2000 entendait y remédier, en atteste son article 8 qui fait de la clarification du statut personnel, l'un des principaux objectifs. Or, qui dit clarification songe nécessairement à une opération destinée à faciliter l'accès et la compréhension de la loi. On ne peut cependant certifier que l'objectif soit atteint. Le nouveau dispositif est d'une complexité inutile et affligeante.

Il convient d'analyser d'emblée la teneur du problème (A), pour s'intéresser ensuite à ses causes (B).

A) La teneur du problème

338. Nous avons vu précédemment que le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 16 décembre 1999, érigé l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en objectif de valeur constitutionnelle⁶⁸¹. Cet objectif s'adresse au législateur, mais sa réalisation profite aux justiciables. Il lui enjoint concrètement de confectionner des lois de qualité. L'objectif de valeur constitutionnelle n'est atteint par le législateur que pour autant qu'il est garanti à l'endroit des justiciables une bonne connaissance des règles qui régissent leurs rapports ainsi qu'une meilleure compréhension du comportement attendu ; l'idée est de se prémunir contre toute application arbitraire de la loi, garantie qui ne peut résulter que de règles aux énonciations claires et dépourvues de toutes incertitudes⁶⁸². Or, le nouveau dispositif souffre clairement d'une absence de coordination (1), provoquant ainsi le risque d'imprévisibilité des solutions juridiques (2).

1) L'absence d'harmonie dans l'ordonnancement juridique

339. La difficulté envisagée ici porte fondamentalement sur l'incertitude des droits subjectifs. Il y a une certaine légitimité à espérer du droit qu'il ait « une qualité suffisante, mais également un caractère suffisamment prévisible pour les destinataires »⁶⁸³, précisément parce que « la loi est un facteur directeur du comportement des agents sociaux »⁶⁸⁴. Or, le nouveau dispositif ne présente pas toutes ces garanties. Il ne permet qu'imparfaitement aux justiciables de connaître précisément la teneur de leurs droits. Cette situation contrevient indéniablement à l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

340. C'est par son article 31 que la loi du 7 décembre 2010⁶⁸⁵ énonce la ratification de l'ordonnance du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître⁶⁸⁶. Alors que

⁶⁸¹ Voir *supra* n°157 et s.

⁶⁸² Cons. const. n°2001-455 DC, 12 jan. 2002, *JO* 18 jan. 2002, p. 1053.

⁶⁸³ J.-M. LARRALDE, *op. cit.* p. 13.

⁶⁸⁴ L. MADER, *op. cit.*, p. 8.

⁶⁸⁵ Loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, *JO* 8 déc.2010 p. 21459.

⁶⁸⁶ 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* 4 juin 2010 p. 10256.

l'article 16-I de l'ordonnance précitée supprime de manière expresse les attributions juridictionnelles des Cadis, l'article 31 de la loi qui la ratifie, et précisément son point 13 déclare ratifier cette ordonnance « sous réserve de la suppression du I de l'article 16 et, au 5° du II du même article, des mots : « à l'exception de l'article 20 » ». Qu'est-ce à dire ?

La lecture combinée de toutes ces dispositions révèle plusieurs informations, les unes claires, et les autres beaucoup moins, et exigent d'ailleurs pour leur découverte une analyse minutieuse des textes pour en apprécier l'exacte portée. Il résulte tout d'abord de l'article 16-I de l'ordonnance du 3 juin 2010 la suppression de la justice cadiale, et conséquemment la compétence exclusive des juridictions de droit commun. La règle est d'ailleurs confirmée par le Code de l'organisation judiciaire. Son article L. 216-1 qui énonce que « Le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires relatives à l'application du statut civil de droit local entre citoyens relevant de ce statut ». C'est la seule information claire parmi celles à divulguer. Pourtant, la poursuite de l'examen de ces textes révèle également que les Cadis ne sont plus notaires, ni tuteurs légaux des incapables et absents, ni administrateurs de *waqfs*, et encore moins représentants du défunt en cas de succession non réglée. Il apparaît surtout que toutes les règles substantielles du statut personnel mahorais ont été implicitement supprimées.

341. La suppression de l'exercice de la fonction notariale en droit local par les Cadis, et de manière générale toutes leurs attributions extrajuridictionnelles (tutelle légale des incapables, administration de *waqfs*, représentation du défunt en cas de succession non réglée) est à découvrir dans le point 13 de l'article 31 de la loi du 7 décembre 2010 qui ratifie l'ordonnance du 3 juin 2010. Et pour bien saisir la situation, il importe de partir de l'article 16-II, 5° de l'ordonnance. Celui-ci déclare abrogée la délibération du 3 juin 1964 de la chambre des députés des Comores à l'exception de son article 20. Or, c'est dans cet article que sont précisées les attributions extrajuridictionnelles des Cadis. Et le législateur rappelle avoir ratifié l'ordonnance précitée sous réserve notamment de la suppression de ladite disposition, et conséquemment des attributions extrajuridictionnelles des Cadis.

Dans ces matières, les règles applicables sont désormais celles du droit commun. Ainsi, les notaires installés à Mayotte remplacent les Cadis dans leur compétence notariale. Quant à la tutelle des incapables et la représentation du défunt en cas de succession non réglée, sont désormais applicables les règles du Code civil. Aussi, en abrogeant sans réserve les textes précités dans la ratification de l'ordonnance du 3 juin 2010, la loi du 7 décembre 2010 consacre-t-elle de manière implicite la compétence générale du droit commun, sous réserve cependant de quelques adaptations prévues dans certaines hypothèses. En outre, en ce qu'ils

précisent les règles de procédure en droit local, l'abrogation du décret de 1939 et de la délibération de 1964 emporte l'extension inéluctable du Code de procédure civile, englobant bien évidemment les procédures d'exécution.

En définitive, il apparaît tout d'abord une plénitude de compétence du droit commun dans le domaine du statut civil particulier, ensuite la compétence exclusive des juridictions civiles dans les litiges en naissant, et enfin l'extension du Code de procédure civile en lieu et place des règles procédurales applicables.

342. Cependant, si le principe de la compétence exclusive des juridictions civiles et son corollaire l'extension du Code de procédure civile ne semblent soulever au premier abord aucune difficulté d'accessibilité quant à leur connaissance, il en est tout autrement concernant la vocation générale du droit commun à régir le statut personnel mahorais. Ainsi, les bénéficiaires du statut civil de droit local applicable à Mayotte savent qu'ils doivent désormais se tourner vers le juge civil, étant précisé que la procédure à suivre résulte des règles du Code de procédure civile, ainsi que pour toute procédure d'exécution. Ils ignorent toutefois qu'ils ne peuvent plus, pour l'avenir en tout cas, et dès le lendemain de la publication au Journal officiel de la loi du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, se prévaloir devant lui de leurs particularismes locaux. Il subsiste donc une absence manifeste de coordination dans le nouveau dispositif, qui caractérise indéniablement un problème général d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Cela est d'autant plus grave que certaines matières sont expressément soumises au droit commun, d'autres ne le sont que de manière partielle, voire imparfaitement comme cela a été exposé précédemment⁶⁸⁷.

Ces inquiétudes sont d'autant plus légitimes que bien qu'ayant supprimé les sources traditionnelles du statut personnel mahorais, le législateur l'a maintenu dans son principe. Pareille solution peut paraître trompeur aussi bien pour le justiciable que pour le juge d'ailleurs. Il suffit pour s'en convaincre de lire l'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010. Les règles sont clairement formulées et font état de la possibilité pour le juge d'appliquer le droit commun à titre supplétif pour compenser le silence et les insuffisances du droit local, mais également de la faculté laissée aux justiciables de soumettre ponctuellement tout rapport juridique au droit commun. Et l'on peut difficilement soutenir que l'application supplétive du

⁶⁸⁷ Voir *supra* n°276 et s.

droit commun et le recours à l'option de législation soient institués pour régir des situations acquises sous l'ancien système.

A bien des égards, le législateur s'en remet bien au juge et aux bénéficiaires du statut personnel pour parachever son œuvre, comme si certaines spécificités mahoraises ont survécu. Cela démontre surtout qu'il n'a pas pris la mesure de son intervention et qu'il est dans l'impossibilité de remédier aux imperfections de son œuvre. Autrement comment justifier l'institution des mécanismes précités ?

343. Le problème d'accessibilité et d'intelligibilité inhérent aux règles consacrées par le nouveau dispositif révèle un manque de cohérence et de coordination de l'ensemble. Pareille situation empêche résolument les bénéficiaires du statut personnel mahorais de savoir qu'ils sont désormais soumis, et pour l'ensemble de leurs rapports au droit commun. Il y a donc des incertitudes, qui se muent en contradictions dans ce que M. Roubier appelle « l'ordre juridique formel »⁶⁸⁸, constitué de l'ensemble des règles de conduite édictées par les pouvoirs publics. Or, comme l'a si bien dit M. Ripert, « Pour qu'elle (la loi) prenne place dans l'ordre juridique réel il faut que (...) les juges répriment les violations qu'elle a établies, que les sujets de droit ne l'écartent pas pour se placer sous l'application d'autres règles »⁶⁸⁹. Mais pour que le juge puisse constater et sanctionner l'inobservation des règles de droit posées par le législateur, et que les justiciables s'accordent le loisir de s'en détourner leur en préférant d'autres, encore faut-il que l'ordre juridique formel soit clair et précis, en présentant des règles accessibles et intelligibles.

Le problème se pose donc ici en amont, et nécessairement avant toute éventuelle intervention judiciaire dans le cadre de la résolution d'un litige. Les citoyens doivent tout simplement savoir à quel droit ils sont soumis pour pouvoir s'y conformer par pur respect pour les normes juridiques en vigueur, et en prévention de tout trouble de l'ordre social, et donc indépendamment de toute intervention judiciaire. L'état actuel du droit positif ne le permet qu'imparfaitement. Subsiste par ailleurs un risque d'atteinte à la prévisibilité des solutions juridiques.

⁶⁸⁸ P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », *Etudes offerts à Gorges Ripert*, T. 1, LGDJ, Paris 1950, p. 9-27.

⁶⁸⁹ G. RIPERT, *op. cit.*, p. 363-364.

2) Le risque d'atteinte à la prévisibilité des solutions juridiques

344. Alors que l'absence d'harmonie dans l'ordonnement juridique se révèle comme une source d'incertitude des droits subjectifs, en ce que les justiciables ignorent la substance de leurs droits, le risque d'atteinte à la prévisibilité des solutions apparaît au stade de la résolution des litiges, et se comprend comme l'existence d'éventuelles contradictions dans les décisions de justice à raison de la même question. Cependant et d'une certaine manière, la seconde situation envisagée s'inscrit résolument dans la continuité de la première, puisque l'absence de coordination dans le nouveau dispositif est susceptible d'avoir des répercussions dans la pratique judiciaire. Ainsi et pour reprendre les propos de M. GénY, ce dispositif n'est pas de nature « à permettre l'assimilation de la substance juridique par le Corps social, à faire pénétrer le fond des préceptes dans le courant extérieur de la vie de l'humanité, bref à procurer la plus peine réalisation du Droit »⁶⁹⁰. En outre, la question afférente au risque d'atteinte à la prévisibilité des solutions juridiques en soulève une autre, et interroge précisément sur le fait de savoir si ce risque doit s'appréhender à l'aune des seules règles du Code civil régissant les rapports familiaux largement entendu. La résolution de cette difficulté apparaît dès lors comme un préalable.

345. La vocation générale du droit commun à régir le statut personnel mahorais doit être précisée dans sa portée. Cela signifie tout d'abord que toutes les règles du Code civil portant sur l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités, en référence à l'énumération faite par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010 sur le champ d'application *ratione materiae* du statut civil dérogatoire du droit commun, s'appliquent désormais. Et s'il est encore besoin de le rappeler, cela veut dire également que toutes règles du Code civil en dehors des matières sus-énumérées s'appliquent aux Mahorais de statut personnel. Dans les deux cas, l'application du Code civil doit se faire conformément aux prévisions de ses articles 2489 et suivants, c'est-à-dire sous réserve d'adaptation toutes les fois où cela est expressément formulé pour chaque situation juridique.

Concernant particulièrement les matières relevant du statut personnel, il faudra également tenir compte de certaines restrictions prévues par le législateur. Aussi, et comme

⁶⁹⁰ F. GENY, « La technique législative dans la codification civile moderne » in *Le Code civil 1804-1904 : Livre du Centenaire*, Dalloz 2004, p. 992.

toutes les règles régissant les rapports familiaux ne se limitent pas aux prévisions du Code civil, mais comprennent également des consécutions prétorienne, celles-ci sont également invocables par les justiciables de statut civil particulier devant le juge. Ainsi, et à titre d'exemple, ceux-ci peuvent parfaitement conclure un pacte civil de solidarité, comme ils peuvent se prévaloir des solutions jurisprudentielles sur les fiançailles, ou encore sur le concubinage ; étant précisé, que les règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale, et les conséquences en résultant en matière de responsabilité civile, s'appliquent également. Encore faut-il qu'ils réalisent et prennent conscience de tout ce potentiel.

C'est toute la difficulté avec ce nouveau dispositif. Et l'on peut naturellement craindre des divergences dans les solutions, lorsque le juge sera sollicité pour vérifier l'existence ou non d'un droit subjectif. Le manque flagrant de logique d'ensemble, tel qu'il a été décrit précédemment peut aboutir à des contradictions au niveau des décisions rendues.

346. En toute hypothèse, et face à un litige, la même question se pose au juge : « l'acte ou le fait qui lui est soumis tombe-t-il sous l'application de la loi et de quelle loi ? »⁶⁹¹. Il y a donc en amont de tout règlement de contentieux en justice, la recherche préalable de la règle de droit applicable à l'espèce, suivie de la vérification de l'existence des conditions posées pour sa mise en œuvre, enfin la conclusion de la reconnaissance ou non du droit subjectif allégué, selon qu'il y a ou pas concordance entre les conditions propres à fonder l'application de la règle de droit dont on se prévaut et les circonstances de la cause, conformément à ce que M. Motulsky a appelé la « réalisation du droit »⁶⁹².

La détermination de la règle de droit applicable reste malaisée, eu égard à la complexité du nouveau dispositif, et le problème d'accessibilité et d'intelligibilité qui en résulte. Le travail de recherche du juge se trouve dès lors fortement entravé, et les imperfections de l'entreprise législative sont de nature à favoriser l'émergence de différences d'appréciation selon le juge saisi. Comme pour le justiciable confronté à la difficulté de connaître la substance de ses droits, le juge ne pourra que délicatement assumer son office. Il n'est donc pas étonnant que les obstacles qui se présentent au justiciable soient les mêmes que ceux que pourrait rencontrer le juge. La lisibilité du droit dans ce nouveau dispositif est parsemée d'embûches.

⁶⁹¹ G. RIPERT, *op. cit.*, p. 379.

⁶⁹² H. MOTULSKY, *op. cit.*

347. On pourra toujours objecter que c'est le rôle du juge de chercher à caractériser l'existence d'une règle de droit pour pouvoir ainsi mettre fin à un litige, au besoin en ayant recours à des techniques d'interprétation. Mais quelle sera sa réaction, selon le lieu, à Mayotte, à la Réunion, ou encore en métropole, pour ainsi devant toutes les juridictions judiciaires de la République ? Il n'est pas saugrenu de craindre par exemple une application différente de la règle de droit dans les matières qui n'ont pas été expressément soumises au droit commun. C'est le cas notamment de la filiation de l'enfant né hors mariage, des effets du mariage, et du droit des successions, difficultés sur lesquels nous reviendrons d'ailleurs de manière spécifique.

Brièvement, dans ces matières, la loi est tantôt restée silencieuse (les effets du mariage) ou n'a pas achevé son œuvre (droit de successions et filiation de l'enfant né hors mariage). Or, cela a été dit à maintes reprises, et sans que cela ne se remarque de prime abord, le législateur a supprimé les textes consacrant les sources substantielles du droit local, tout en enjoignant formellement au juge de recourir au droit commun pour suppléer le silence et les insuffisances du droit local (art. 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010). Or, il s'agit là manifestement d'une orientation faite par le législateur quant à l'attitude à adopter par le juge dans l'interprétation de la loi. Et naturellement, la possibilité d'une application supplétive du droit commun suggère indéniablement que certains particularismes ont survécu. Autrement pourquoi l'avoir envisagé ? Peut-on seulement concevoir une application supplétive du droit commun pour pallier les carences d'un droit local désormais inexistant ? Il y a là à n'en point douter, une certaine incohérence⁶⁹³.

348. L'introduction du nouveau dispositif dans l'ordre juridique réel s'avère donc problématique, ainsi que l'interprétation des règles qui le composent. Et la compétence exclusive reconnue aux juridictions civiles accroît considérablement les complications.

Contrairement au système initial, c'est-à-dire celui institué avant la vague de réformes de la dernière décennie, il n'y a plus de compétence d'attribution au profit des juridictions de

⁶⁹³ D'ailleurs, il se pourrait fort bien que le juge saisi d'une demande portant sur les matières précitées et fondée sur le droit local, soit contraint de faire droit à celle-ci, en statuant sur le fondement de la règle invoquée ; étant néanmoins précisé que la solution inverse reste tout à fait envisageable, et ce d'autant que plus le juge peut être tenté d'appliquer le droit commun arguant du silence ou de l'insuffisance du droit local. Or dans les deux cas, le juge se conforme aux prévisions législatives, du fait de leurs énonciations contradictoires.

droit local⁶⁹⁴. Les justiciables du statut civil dérogatoire du droit commun n'ont plus à s'en remettre à la justice cadiale pour la résolution des litiges les opposant. Le juge civil étant le seul désormais investi de cette mission, la demande peut donc être faite devant n'importe quelle juridiction civile, où qu'elle se situe sur le territoire de la République. Il est fort probable selon que le juge saisi siège à Mayotte, en métropole, ou à la Réunion où réside une forte population mahoraise, que la décision soit différente sur une même question. Et l'on ne peut guère parier sur un coup du sort pour espérer une harmonie *ex nihilo* des solutions.

Ce risque existe. Et parce qu'il existe, il ne faudrait pas en minimiser la portée. Les juges réunionnais et mahorais connaissent parfaitement la réalité de la situation mahoraise concernant la problématique générale de l'accessibilité du droit, ou de sa lisibilité. Ils peuvent être confrontés à la même difficulté que les justiciables et croire à tort au maintien de certains particularismes locaux, et en pérenniser ainsi l'application. Le juge métropolitain ignorant la réalité socio-juridique mahoraise peut à l'inverse décider d'appliquer les règles du Code civil, même si c'est la solution préconisée implicitement par le législateur. Si ces hypothèses se vérifient en pratique, on peut sérieusement craindre le risque de contradiction entre les solutions jurisprudentielles, et donc une atteinte à la prévisibilité des solutions.

Il importe dès lors d'examiner les causes à l'origine du problème d'accessibilité et d'intelligibilité causé par le nouveau dispositif.

B) Les causes du problème

349. L'incertitude caractérisant l'ordre juridique formel provient principalement de deux causes. Elle résulte à la fois d'une défaillance dans la technique législative (1) et de l'absence d'évaluation législative, au demeurant improbable à réaliser (2).

1) Une technique législative défaillante

350. Il a été soutenu que « la tradition française se caractérise non seulement par la sacralisation de la loi, expression de la volonté générale, mais aussi par la qualité, la clarté et la simplicité de la norme » ; mais l'auteur de ce propos a immédiatement précisé que la

⁶⁹⁴ Certes, le caractère personnel de la loi donne la possibilité à son bénéficiaire de s'en prévaloir partout sur le territoire de la République, néanmoins la compétence d'attribution au profit de la justice cadiale, était de nature à justifier l'invocation d'une exception d'incompétence.

réalité actuelle est tristement autre⁶⁹⁵. Et l'on pourrait difficilement lui donner tort, tant il est vrai que les critiques à l'endroit notamment de la qualité de la loi ne manquent pas, et ne sont d'ailleurs pas tout à fait nouvelles⁶⁹⁶. Face aux imperfections récurrentes entachant la confection des lois, la tendance actuelle est à l'exaspération. Les causes peuvent résulter de la « production surabondante de textes généraux », communément appelée « inflation législative », comme elles peuvent tenir « à la fois au style et au contenu qui concerne la technicité accrue des textes »⁶⁹⁷, à telle enseigne que l'on a pu parler sans modération à propos de loi, qu'elle est « malade, décadente, en crise, mauvaise, décrépète, déclinante, en régression, flétrie, imparfaite, défectueuse, incorrecte, avortée, déficiente, médiocre, négligée, ratée, viciée »⁶⁹⁸. Tout n'est que désolation ! Comme si finalement la confection de la loi portait en elle les symptômes d'une maladie déjà connue, mais tristement incurable⁶⁹⁹.

351. Bien qu'étant une « notion variable dont chaque auteur voudrait assumer la reconstruction et la clarification », la technique législative peut être généralement considérée comme l'ensemble « des moyens de mettre en forme et de formuler les décisions ou propositions législatives ou, en d'autres termes, des instruments relevant du domaine formel permettant de rédiger de façon optimale le contenu d'une loi qui, lui, relève de la politique législative »⁷⁰⁰. En ce sens, « elle s'adresse en premier lieu aux légistes, c'est-à-dire aux personnes chargées d'élaborer des projets de lois »⁷⁰¹. En tant que technique, elle implique la maîtrise d'un certain savoir-faire.

⁶⁹⁵ H. PLAGNOL, « La complexité de la loi et ses solutions », in R. DRAGO, *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 1.

⁶⁹⁶ A son époque déjà, M. Ripert remarquait que « La législation a passé du régime de fabrication artisanale à celui de la grande industrie et des produits faits en série, sans d'ailleurs que la machine ait été perfectionnée » (G. RIPERT, *op. cit.*, p. 347).

⁶⁹⁷ J.-P. DUPRAT, « Genèse et développement de la légistique », in R. DRAGO, *La confection de la loi*, PUF, 2005, p.11-12.

⁶⁹⁸ V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative. Etude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ 2002, p. 1.

⁶⁹⁹ Les critiques portent donc et fondamentalement sur les problèmes inhérents aux aspects formels de la loi, attestant une imperfection dans « l'art de légiférer », entendu comme l'établissement de la loi « sous la forme la plus convenable pour son application », même si cet art présente des difficultés (G. RIPERT, *Les forces créatrices du Droit*, *op. cit.*, p. 346).

⁷⁰⁰ V. LASSERRE-KIESOW, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁰¹ L. MADER, *op. cit.*, p. 20.

Destinée à la confection des lois, elle suppose nécessairement un savoir-faire dans la meilleure façon de la mettre en forme. La loi ayant vocation à fixer la conduite des hommes en vue d'instaurer l'harmonie dans la société, la technique législative permet ainsi au législateur « de formuler des règles fixes, impérieuses, catégoriques, qui soient de nature à établir une délimitation certaine des intérêts humains en conflit et à assurer l'ordre nécessaire au développement de la vie sociale »⁷⁰². Ainsi, tout en recherchant la meilleure façon de mettre en forme la loi, la technique législative doit également être soucieuse du contenu de celle-ci, relativement aux rapports qu'entretiennent ces deux aspects au demeurant inséparables.

La meilleure forme à donner à la loi étant indissolublement liée au contenu juridique qu'elle consacre, celui-ci doit être clairement et précisément formulé, dans la perspective de son introduction dans l'ordre juridique, non seulement pour en faciliter la connaissance et la compréhension par les justiciables qui en sont les destinataires, mais surtout par le juge qui aura à en assurer l'application et l'interprétation⁷⁰³. Le but à atteindre par l'entreprise législative reste donc l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, ce qui en fait « le principe de base de la technique législative »⁷⁰⁴. Celle-ci doit nécessairement tendre à sa réalisation.

352. Selon Mme Lasserre-Kiesow, alors que « la politique législative concernerait le débat au fond » sur les mesures à adopter, « la technique législative viendrait, dans un second moment, extérioriser la décision politique »⁷⁰⁵. D'une certaine manière, la première établit les orientations à suivre, c'est-à-dire « les finalités politiques poursuivies »⁷⁰⁶, que la seconde s'attachera à réaliser, en les matérialisant par des énoncés normatifs, et nécessairement dans la perspective d'une meilleure intégration dans l'ordonnement juridique. La réforme du

⁷⁰² F. GENY, « La technique législative... » *op. cit.*, p. 994.

⁷⁰³ C'est pour cette raison sans doute, qu'il a été envisagé la question de l'évaluation de la technique législative à l'aune de la pratique judiciaire. Etant donné qu'elle « a consciemment été envisagée par rapport à la fonction juridictionnelle », il a paru nécessaire que de « rendre compte de ses effets pratiques sur la décision judiciaire » (V. LASSERRE-KIESOW, *op. cit.*, p. 215). La question constitue d'ailleurs l'objet d'étude de la deuxième partie de cette thèse, puisqu'elle y aborde « L'efficacité de la technique législative » (p. 215 et s.).

⁷⁰⁴ L. MADER, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁰⁵ V. LASSERRE-KIESOW, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁰⁶ C.-A MORAND, « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *Droit et Société* 10-1988, p. 410.

statut personnel mahorais ambitionnait de réaliser certains objectifs. Ceux-ci sont énumérés par l'article 8 de l'accord sur l'avenir de Mayotte du 27 janvier 2000⁷⁰⁷.

Au-delà du problème général concernant le statut administratif de Mayotte et du régime législatif à mettre en place, subsiste le cas spécifique du statut civil particulier. L'article 8 pose le cadre. Il est question de rénovation de l'état civil, de la mise en place du cadastre sur une période de cinq ans, avec des moyens à prévoir pour ce faire. Les Cadis devront à terme être cantonnés aux seules fonctions de médiation sociale. L'amélioration du statut de la femme mahoraise est également souhaitée. En définitive, il est question de poursuivre la clarification du statut personnel. Et pour donner une certaine efficacité à ce projet, il est prévu le renforcement des moyens à la disposition du service public de la justice pour en améliorer le fonctionnement. Tous ces objectifs ont été réalisés⁷⁰⁸, bien que le résultat reste consternant d'imprécision et d'incohérence. Comment le législateur a-t-il pu y parvenir sans atteindre l'essentiel, la clarification ?

Cette défaillance pourrait s'expliquer par le caractère fragmentaire, parcellaire de la réforme ; le législateur ayant opéré par tâtonnement⁷⁰⁹. Le choix a été donc fait en faveur d'une approche progressive et par matière. On ne peut d'ailleurs que saluer l'opportunité d'une telle option, tant il est vrai que les règles à faire évoluer, en ce qu'elles régissent les rapports familiaux, s'appliquent à un domaine très sensible, qui est « en rapports étroit avec la religion et la morale »⁷¹⁰. Une réforme d'ensemble aurait provoqué un sentiment de révolte chez les Mahorais⁷¹¹, parce que l'on toucherait à quelque chose d'essentiel pour eux, ce qui constitue leur culture. La réforme progressive demeure néanmoins un chantier impliquant de la part du législateur une plus grande attention, une vigilance accrue sur chacune de ses

⁷⁰⁷ Accord du 27 janvier 2000 sur l'avenir de Mayotte, *JORF* n°32 du 8 février 2000 p. 1985.

⁷⁰⁸ Voir nos développements sur l'extension du droit commun en droit local.

⁷⁰⁹ La pratique est d'ailleurs courante. Il n'y a donc au demeurant rien de choquant à ce que le législateur ait procédé de la sorte. En effet, dans son intervention, « le législateur avance souvent à tâtons », en ce « qu'il apprend par l'expérience ; les normes sont régulièrement adaptées en fonction de leurs résultats pratiques » (L. MADER, *op. cit.*, p. 7).

⁷¹⁰ L. MILLIOT, F.P. BLANC, *op. cit.*, p. 256.

⁷¹¹ M. KAMARDINE, qui est l'un des députés à l'origine de l'amendement ayant donné naissance à l'article 68 de la loi de programme d'outre-mer de 2003 supprimant entre autres la polygamie à Mayotte en a fait l'amère expérience. A l'occasion des législatives de 2007, toute la population mahoraise s'est dressée contre elle à travers un slogan « *Tout sauf Mansour Kamardine [TSM]* » (www.bousry.ali.free.fr/LegislativesMaor07.doc). M. Kamardine a effectivement perdu les élections législatives au profit d'Abdoulatifou ALY.

interventions pour donner une certaine cohérence à l'ensemble de son œuvre en construction. Il doit toujours avoir à l'esprit une vue d'ensemble de l'ouvrage à réaliser, de sorte que chaque matériau posé le rapproche de l'édifice finale. Autrement, il en résultera une confection en puzzle qui troublera nécessairement la vue. Et les critiques ne tarderont pas à s'abattre sur cet ouvrage raté.

353. Cinq ans se sont écoulés depuis l'adoption des derniers textes dans le domaine du statut personnel. L'ordre juridique formel n'a toujours pas été clarifié. Et l'on ne peut guère compter sur une improbable évaluation législative pour remédier à cet état de chose.

2) Une évaluation législative improbable

354. L'œuvre législative bien que souvent présentée comme l'expression de la volonté générale, n'en reste pas moins une entreprise humaine. Et en tant que telle, elle peut dissimuler des failles. En pareille circonstance, la perspective d'une nouvelle intervention législative devient souhaitable, révélant ainsi le caractère à la fois continu et inlassablement correctif de la création du droit, tout en essayant autant que faire se peut d'en assurer la stabilité à chaque évolution de celui-ci⁷¹². C'est un fait. Et le reconnaître implique nécessairement « qu'à intervalles réguliers, le législateur procède à une évaluation de son œuvre »⁷¹³, et opérer au besoin des modifications⁷¹⁴. Le cadre étant posé, reste à définir la notion d'évaluation législative⁷¹⁵ pour pouvoir découvrir en quoi sa réalisation reste problématique, envisagée à l'endroit de l'ordre juridique formel constituant le statut personnel mahorais.

355. Selon M. Mader, l'évaluation législative s'entend de « *l'ensemble des analyses basées sur l'emploi de méthodes scientifiques et portant sur la mise en œuvre et les effets*

⁷¹² Voir G. RIPERT, *op. cit.*

⁷¹³ J.-M. LARRALDE, *op.cit.*, p. 15.

⁷¹⁴ N. BERNARD, « Pour une évaluation législative qui réhabilite cet effet qu'on dit pervers. L'exemple du logement », *Ethique et économique*, 1, 2003, p. 1-20 (à consulter en ligne sur <http://Ethique-economique.org>).

⁷¹⁵ Sur la question de l'évaluation législative, voir L. MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, *op. cit.*; C.-A. MORAND (dir.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993.

d'actes législatifs »⁷¹⁶. S'agissant d'une méthode, la notion s'appréhende nécessairement aussi bien à travers son objet qu'au regard des instruments propres à en faciliter la réalisation. L'évaluation législative s'attache ainsi à observer l'application de la loi, tout en s'intéressant aux effets que celle-ci produit sur les comportements sociaux. Pour ce faire, elle utilise divers moyens constituant autant de critères, que sont traditionnellement l'effectivité, l'efficacité et l'efficience⁷¹⁷.

Considérée comme un « enjeu politique »⁷¹⁸, « seule à même de cerner les effets potentiels et réels d'une législation »⁷¹⁹, l'évaluation législative est désormais fort répandue puisque pratiquée par de nombreux pays comme la Suisse, qui l'a littéralement constitutionnalisée⁷²⁰, la France⁷²¹, ou encore les Etats-Unis⁷²². Elle justifie son succès par sa

⁷¹⁶ L. MADER, *op. cit.*, p. 44.

⁷¹⁷ M. Mader envisagerait quant à lui des critères supplémentaires. Il s'agit de la mise en œuvre et de l'impact (*ibid.*, respectivement p. 64-77 et p. 89-97).

⁷¹⁸ J. CHEVALIER, « L'évaluation législative : un enjeu politique », in *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Documentation française 1995, p. 13-27

⁷¹⁹ J.-D. DELLEY, « L'évaluation législative entre rigueur scientifique et utilité pratique. L'expérience de la commission externe d'évaluation des politiques publiques du Canton de Genève » in AUER, A., DELLEY, J.-D. et alii, (eds), *Aux confins du droit. Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert MORAND*, Bâle Helbing & Lichtenhahn 2001, p. 51.

⁷²⁰ L'article 170 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse dispose en effet que « L'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation ». Bien évidemment l'accent est mis sur l'efficacité, mais celle-ci nécessairement l'effectivité, et sans doute dans la perspective de l'efficience, dont elle constitue en effet un préalable.

⁷²¹ Comme exemple français, on peut notamment citer la loi du 1^{er} décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion (RMI) qui avait prévu sa propre évaluation. A cet effet, le Gouvernement devait remettre un rapport au Parlement avant le 2 avril 1992, conformément aux énonciations de l'article 52 paragraphe 3 (Loi n°88-1088 du 1^{er} décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion, *JORF* du 3 décembre 1988 p. 15119). L'article 52 paragraphe 3 de la loi de 1988 dispose : « Avant le 2 avril 1992, un rapport d'évaluation sera adressé par le Gouvernement au Parlement. Au vu des conclusions de ce rapport, le Gouvernement déposera un projet de loi visant à procéder aux adaptations qui lui apparaissent nécessaires ».

Par ailleurs, il a été créé en France un organisme d'évaluation appelé Office parlementaire d'évaluation de la législation, avec pour mission précise « de rassembler des informations et de procéder à des études pour évaluer l'adéquation de la législation aux situations qu'elle régit », ainsi que « simplification de la législation », conformément aux énonciations de l'article 6 quater de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires (*JO* n°0239 du 18 novembre 1958 p. 10335). Créé par l'article 3 de la loi n° 96-517 du 14 juin 1996 (*JORF* n°138 du 15 juin 1996 p. 8911), il a été supprimé par la loi n° 2009-689 du 15 juin 2009 tendant à modifier l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au

démarcation d'avec certains mécanismes de pur contrôle, utilisés par les administrations dans le seul but de déceler des irrégularités procédurales, puisqu'elle embrasse les actions étatiques dans leur entièreté à travers une approche globale, en proposant une « analyse plus complète, plus précise, moins sélective que les contrôles politiques » pour atteindre le but qu'elle se fixe⁷²³. Convient-il néanmoins de préciser qu'étudier les effets de la loi apparaît à bien des égards comme un projet fort délicat, si bien que pour y parvenir « l'évaluation législative tente d'en discerner tous les aspects et composantes ; elle décompose le problème général en une série de problèmes partiels », sous forme de questions, présentant la particularité de faire intervenir selon la question envisagée, chacun des critères précédemment énoncés⁷²⁴.

356. L'évaluation législative peut être destinée à s'assurer de l'effectivité, de l'efficacité ou l'efficience d'une loi. Brièvement, on peut dire que l'effectivité « mesure l'écart entre le droit et son application », l'efficacité « permet d'évaluer les résultats et les effets sociaux du droit », tandis que l'efficience « consiste à vérifier que les objectifs assignés à la règle de droit ont été atteints au meilleur coût »⁷²⁵. En d'autres termes, il s'agit respectivement de savoir si la loi est réellement appliquée, de s'assurer ensuite que les objectifs poursuivis ont été atteints, et de vérifier enfin si l'obtention des résultats s'est faite au moindre coût.

Cependant, bien que susceptibles d'appréhension distincte, ces notions n'entretiennent pas moins « une étroite relation » : l'efficience suppose en effet l'efficacité qui implique elle-même l'effectivité⁷²⁶. Elles vont d'ailleurs parfois jusqu'à se confondre⁷²⁷. Les questions

fonctionnement des assemblées parlementaires et à compléter le code de justice administrative (*JO* n°0137 du 16 juin 2009 p. 9784). Entre temps, est intervenue la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Désormais l'article 24 de la Constitution dispose dans son alinéa 1^{er} que « Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. *Il évalue les politiques publiques* (C'est nous qui soulignons) ».

⁷²² Aux Etats-Unis, l'évaluation a été également « institutionnalisée ». Cette information a été donnée par M. Mader, citant un auteur américain, dans *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, *op. cit.* p. 115.

⁷²³ J.-D. DELLEY, « Quelle contribution le législateur peut-il attendre de l'évaluation législative ? », *LeGes* 1990/2, p. 16.

⁷²⁴ L. MADER, *op. cit.*, p. 55.

⁷²⁵ F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit » in *Les usages sociaux du droit*, p. 127.

⁷²⁶ Alexandre Flückiger explique ainsi que « Le regroupement des trois concepts précédents sous une étiquette générale (l'efficacité, au sens large) est rendu nécessaire par l'étroite relation qui les unit : d'une part l'efficience ne peut être mesurée qu'à partir du moment où l'efficacité au sens étroit a été constatée ; d'autre part, l'effectivité d'une mesure constitue une condition nécessaire de son efficacité » A. FLÜCKIGER, « L'évaluation

auxquelles répondent ces critères sont habituellement les suivantes : « le comportement réel correspond-il au modèle normatif ? Quel est le rôle des autorités d'application dans la concrétisation des décisions législatives ? La législation atteint-elle le but visé ? Le résultat est-il obtenu au moindre coût ? Le résultat réel diffère-t-il des conséquences voulues ou attendues ? »⁷²⁸. Ce qui suppose bien évidemment un cadre normatif aux objectifs bien définis, pour rendre pertinente et intéressante la démarche évaluative, qui peut être aussi bien prospective que rétrospective. Elle est dite prospective lorsqu'elle « vise à apprécier les effets qu'une législation peut produire », et intervient nécessairement avant l'adoption de celle-ci, et rétrospective lorsqu'elle « tend à apporter un jugement sur ce qui est réellement produit »⁷²⁹. Elle ne peut dès lors avoir lieu qu'après l'adoption de la loi ; étant précisé qu'elles « impliquent une obligation de correction pour tenir compte des résultats de l'analyse des effets », chronologiquement sur le projet de loi ou sur la loi elle-même⁷³⁰. Il importe dès lors de découvrir le bien-fondé de l'improbabilité de l'évaluation du nouveau dispositif applicable dans le statut personnel mahorais.

ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, XLV-138 2007, p. 82-101, spéc. p. 86).

⁷²⁷ F. RANGEON, *op. cit.*, p. 126-149. La doctrine ne s'accorde pas nécessairement sur ces définitions. Au regard de la question qui nous occupe, nous n'entendons pas aborder ces débats doctrinaux. Sur l'effectivité par exemple, on a pu dire qu'elle « ne résulte pas seulement, ni même peut être essentiellement, des effets directs, quasi mécaniques, de l'application de la règle de droit [mais] s'opère aussi à travers les effets symboliques du droit, par le biais de représentations liées à l'existence ou au contenu des règles existantes » (D. LOCHAK, « Présentation », in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (CURAPP), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 6). Si bien qu'il a même été suggéré de faire une distinction entre « une approche « réaliste » du droit, qui s'intéresse à la réception des règles de droit par les tribunaux, et une approche sociologique soucieuse de vérifier « le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit » » (T. DUMORTIER, « La loi IVG : l'effectivité de quel droit ? », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2008, pp.119-134). L'on voit donc que les contours de cette notion paraissent flous. D'où le risque de confusion avec les autres notions. Sur l'ensemble de ces questions, voir la thèse de Richard Vincent, *Le Droit et l'effectivité, contribution à l'étude d'une notion*, Thèse de Doctorat, Paris 2, Panthéon Assas, 2003.

⁷²⁸ L. MADER, *op. cit.*, p. 55.

⁷²⁹ CH.-A MORAND, « Formes et fonctions de l'évaluation législative », in F. OST, B. JADOT (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1999, p. 208.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 208.

357. S'agissant d'apprécier les effets produits par la loi pour apporter au besoin des corrections relativement aux résultats révélés par l'analyse, l'évaluation à réaliser est nécessairement rétrospective. Or, une telle perspective suppose au préalable que soit précisément défini l'objet de l'évaluation, pour pouvoir ensuite réfléchir sur le critère devant être sollicité pour ce faire. Et c'est toute la difficulté ici. Les nouvelles dispositions du statut personnel mahorais dans leur formulation ne permettent guère d'envisager sereinement pareille initiative. L'incohérence légistique, qui ne facilite aucunement la lecture des règles, et encore moins leur interprétation, constitue à bien des égards un obstacle insurmontable. Survivance de certains particularismes locaux et compétence générale du droit commun sont concomitamment et concurremment énoncés. Sur quoi dès lors, pourrait bien porter cette évaluation ? Est-ce sur le respect de la compétence générale du droit commun ou plutôt sur la manière dont les pratiques sociales ou judiciaires assoient progressivement cette compétence générale en devenir, au détriment donc des spécificités locales maintenues ? L'incertitude règne résolument sur l'objet de l'évaluation. Les objectifs et la volonté du législateur étant difficilement décelables, toute démarche évaluative paraît ainsi vouée à l'échec.

Pourtant et étonnamment, la doctrine a relevé l'ambiguïté de l'attitude du législateur⁷³¹, qui après avoir vidé le statut personnel mahorais de sa substance l'a maintenu dans son principe, sans jamais toutefois dépasser le stade du seul constat, en l'incitant notamment à prendre clairement position, si ce n'est assumer la réalité de son œuvre, puisque c'est bien cela que sous-entendent toutes ces dénonciations, en proclamant formellement la compétence exclusive du droit commun. Aussi, un rapport a été rendu en 2012 à la demande de la Commission des lois, et aborde de manière générale la situation mahoraise et ses multiples problématiques, notamment le statut personnel⁷³². Tout en reconnaissant la suppression des sources de cette spécificité mahoraise, les auteurs de ce rapport s'interrogent sur son avenir, au lieu d'inviter le législateur, à une ultime intervention destinée à parachever son entreprise assimilatrice, comme aurait pu le faire également la doctrine.

⁷³¹ S. BLANCHY, Y. MOATTY, *op. cit.* ; E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte... », *op. cit.*.

⁷³² J.-P. SUEUR, Ch. COINTANT, F. DESPLAN, « Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis » *Rapport d'information n° 675 (2011-2012)*, Commission des lois du Sénat, 18 juillet 2012.

358. L'on remarque donc que cinq ans après les derniers textes adoptés, le désordre règne dans l'ordre juridique formel. Aucune initiative n'a été prise pour sortir du cercle des contradictions au demeurant irréductibles qu'il renferme. Pourtant « Le législateur est obligé, en donnant une règle nouvelle, de détruire la loi qui était jusqu'alors applicable »⁷³³, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence. Ce problème général se rencontre spécifiquement dans certaines institutions.

§2/ Un malaise spécifiquement perceptible dans certaines institutions

359. Le nouveau dispositif constituant le statut personnel mahorais souffre d'une absence générale d'harmonie. Il ne permet qu'imparfaitement de constater la compétence générale du droit commun. Ce qui peut rendre vaine toute tentative de systématisation en un ensemble cohérent et unitaire des nouvelles règles ainsi posées. Les choses se compliquent très sérieusement lorsqu'on sait que certaines institutions du statut personnels n'ont pas été expressément soumises au droit commun, ou le sont qu'imparfaitement. Des interrogations apparaissent en effet lorsque se pose la question de la règle de droit applicable aux effets du mariage, personnels et patrimoniaux. Le statut de l'enfant né hors mariage ne fait l'objet que d'une réglementation parcellaire. Concernant les successions, la loi interdit toute forme de discrimination. Ce qui rend inopérantes les règles musulmanes et les coutumes locales. La question de leur application ne se pose même plus d'ailleurs puisqu'il a été démontré que ces règles ont fait l'objet d'une abrogation par la loi du 7 décembre 2010 ratifiant l'ordonnance du 3 juin 2010. Les difficultés n'apparaîtront donc plus au stade de la détermination de la règle de droit applicable, mais davantage lorsque se pose la question de l'acquittement des droits de la succession par les éventuels héritiers pour entrer en jouissance. La question ne sera donc pas examinée ici. Seront seulement abordés l'ambiguïté sur la loi applicable aux effets du mariage (A) ainsi que les incohérences inhérentes au statut de l'enfant né hors mariage (B).

A) L'ambiguïté sur la loi applicable aux effets du mariage

360. Concernant le mariage, les bénéficiaires du statut personnel mahorais sont soumis, dans sa formation comme dans sa dissolution, aux règles du Code civil. Le législateur ne dit cependant absolument rien sur les effets personnels et patrimoniaux en résultant. Ce qui laisse

⁷³³ G. RIPERT, *op. cit.*, p. 308.

la porte ouverte à toutes les conjectures. Et les contradictions que renferme l'ordre juridique formel compliquent sérieusement la démarche, puisque deux types de règles semblent être simultanément reconnues, l'une de droit local et l'autre de droit commun. Or, l'application des énonciations qui résultent d'une règle relevant de l'un des systèmes peut théoriquement avoir des effets annihilateurs sur une règle prévue par l'autre et portant sur la même question. L'une devra nécessairement neutraliser l'autre. Il importe dès lors d'examiner la teneur du problème.

En ce sens, un bref rappel des règles relatives aux effets personnels et pécuniaires du mariage (1) précédera l'analyse des incidences de l'absence de leur transposition dans le statut personnel (2).

1) Bref rappel sur les règles relatives aux effets du mariage

361. La conclusion du mariage emporte des effets personnels et pécuniaires. Les premiers « touchent davantage à la personne »⁷³⁴, et en tant que tels sont dénués de toute valeur patrimoniale, en ce qu'ils ne s'apprécient pas en argent, et présentent surtout la particularité d'être réciproques entre les époux. Ils sont constitués des obligations de fidélité, d'assistance, de respect (art. 212 du Code civil)⁷³⁵ et de communauté de vie (art. 215, al. 1^{er} du Code civil). Les effets pécuniaires ou d'ordre patrimonial concernent quant à eux la gestion des biens des époux, soit entre eux ou à l'égard des tiers, et sont susceptibles de catégorisation. En effet, certains effets font l'objet d'une réglementation expresse, et s'imposent impérativement aux couples mariés, au même titre que les effets personnels ; cet ensemble étant communément appelé le statut impératif de base ou le régime primaire. D'autres peuvent résulter du choix d'un régime matrimonial. Il en résulte donc pour les futurs époux, obligation de rédiger un contrat de mariage par-devant notaire, sous peine de se voir appliquer par défaut le régime légal, conformément aux prévisions de l'article 1387 du Code civil⁷³⁶. D'ailleurs, et au moment de la célébration de l'union, l'officier d'état civil doit

⁷³⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 2, 21^e éd., PUF, 2002, p. 463.

⁷³⁵ L'énumération opérée par l'article 212 du Code civil retient également l'obligation de secours. Celle-ci n'en revêt pas moins un caractère pécuniaire et est de nature à se confondre à bien des égards à l'obligation de contribuer aux charges du mariage prévue à l'article 214 du Code civil.

⁷³⁶ Art. 1387 du Code civil : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent ».

s'enquérir de l'existence ou pas de ce contrat, avant d'en faire mention sur l'acte du mariage (art. 76 du Code civil), afin d'en informer bien évidemment les tiers.

362. En plus des effets personnels naissant du mariage, la loi a donc prévu un dispositif réglementant les effets d'ordre patrimonial, s'imposant aux époux indépendamment du régime matrimonial choisi par eux, c'est-à-dire le régime primaire. Brièvement, il s'agit de « solutions ponctuelles qui se superposent au régime choisi et le complètent ou le corrigent sur quelques points »⁷³⁷, qui « résolvent les problèmes ordinaires, ceux de la vie quotidienne des ménages »⁷³⁸, et présentant la particularité d'être d'ordre public, conformément aux énonciations de l'article 226 du Code civil⁷³⁹. Elles s'imposent donc aux époux qui ne peuvent en principe pas les écarter par convention. Cet ensemble révèle néanmoins des particularités, puisque certaines règles font état de « l'existence d'une association conjugale », assurent une autonomie aux époux, tout en reconnaissant au juge la possibilité d'intervenir en cas de crise⁷⁴⁰.

L'association conjugale se manifeste à travers l'obligation des époux de contribuer aux charges du mariage (art. 214 du Code civil), dans la solidarité des époux face aux dettes ménagères contractées pour l'entretien du ménage ou à l'éducation des enfants (art. 220 du Code civil), et enfin à propos du logement familial (art. 215, al. 3 du Code civil). Chaque époux bénéficie cependant d'une certaine autonomie qui lui permet ainsi d'ouvrir un compte bancaire (art. 221 du Code civil), d'exercer une profession et de percevoir librement ses gains et salaires (art. 223 du Code civil), et de gérer seul ses biens personnels (art. 225 du Code civil). Le juge peut également intervenir pour mettre de l'ordre dans le ménage en cas de crise, en modifiant judiciairement les pouvoirs des époux, soit en les augmentant, soit en les diminuant ; étant précisé que chaque époux peut également donner mandat à l'autre pour le représenter, tout en restant responsables des effets. Ainsi, autorisation peut être donnée à un époux d'agir seul dans les actes dont l'accomplissement nécessite le concours ou le

⁷³⁷ P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *Droit civil*, T2, 28^e éd., LGDJ, 2014, p. 13

⁷³⁸ Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille* 4^e éd., Defrénois, 2011, p. 685.

⁷³⁹ Il s'agit précisément des articles 212 à 226 du Code civil. En ce sens, l'article 226 rappelle que « Les dispositions du présent chapitre, en tous les points où elles ne réservent pas l'application des conventions matrimoniales, sont applicables, par le seul effet du mariage, quel que soit le régime matrimonial des époux ».

⁷⁴⁰ P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 16.

consentement des deux époux (art 217 du Code civil)⁷⁴¹, comme il peut être habilité à représenter l'autre pour les actes qu'il doit accomplir seul, lorsqu'il n'est pas en mesure de manifester sa volonté (art. 219 du Code civil)⁷⁴². Par ailleurs, lorsque le comportement de l'un des époux est de nature à porter atteinte aux intérêts familiaux, le juge peut décider de restreindre ses pouvoirs. Telle sont les prévisions des articles 220-1 à 220-3 du Code civil⁷⁴³.

363. En dehors de ces cas précis, et en ce concerne leurs rapports patrimoniaux, les époux ont la possibilité de choisir un régime matrimonial, auquel soumettre la gestion de leurs biens. A défaut, ils se verront appliquer à titre supplétif, le régime légal, c'est-à-dire, la communauté réduite aux acquêts. Aussi, le choix initial du régime matrimonial, qu'il soit conventionnel ou par défaut, est affecté d'un principe d'immutabilité. Rigoureusement appliqué par le passé, le principe connaît désormais quelques tempéraments.

364. De ce qui précède, seuls quelques aspects du régime primaire ont été expressément étendus dans le statut civil particulier. Le législateur ne fait aucunement référence à la possibilité pour les époux qui en relèvent d'opter pour un régime matrimonial proposé en droit commun, du moins de manière expresse. Ce qui n'est pas sans incidence en pratique.

2) Les incidences liées à l'absence de transposition dans le statut personnel

365. Du statut impératif de base, effets personnels et pécuniaires compris, seulement deux règles ont été étendues dans le statut personnel, mais exclusivement au profit de l'épouse. Il s'agit du droit d'exercer une profession et d'en percevoir librement les salaires (art. 223 du Code civil), ainsi que la gestion autonome des biens personnels (art. 225 du Code civil), apparaissant dans une forme condensée dans l'article 10 de l'ordonnance du 3 juin 2010⁷⁴⁴. Par ailleurs, le législateur ne dit absolument rien sur la question du choix du régime

⁷⁴¹ En pareille circonstance, l'acte ainsi accompli n'engage que son auteur.

⁷⁴² A l'inverse du cas précédent, l'acte accompli produit ses effets sur le patrimoine de l'époux représenté.

⁷⁴³ Cette restriction est prononcée par le juge lorsqu'il est établi de la part de l'époux qui en est frappé par un manquement grave aux devoirs du mariage mettant en péril les intérêts de la famille, justifiant pour le faire cesser une intervention d'urgence.

⁷⁴⁴ L'article 10 de l'ordonnance du 3 juin 2010, reprenant l'article 53 de la loi statutaire du 11 juillet 2001 abrogée, rappelle 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

matrimonial. S'inspirant du silence législatif, Mme Ralser conclut que les autres règles du régime primaire ne s'appliquent pas aux époux de droit local⁷⁴⁵. Avant de discuter du bien fondé de cette affirmation, il importe dans un premier temps d'en tirer les conséquences sur ses implications pratiques.

La conclusion aboutissant au maintien des spécificités locales dans les effets du mariage, à l'exclusion des énonciations de l'article 10 de l'ordonnance du 3 juin 2010, pourrait trouver sa justification dans l'article 7 de l'ordonnance du 3 juin 2010. En effet, tout en rappelant le principe de l'application du chapitre III du titre II du livre Ier du code civil qui traite des actes du mariage aux personnes relevant du statut civil particulier, cet article émet quelques réserves sur certaines dispositions dudit chapitre. Ainsi l'article 75 al. 1^{er} du Code civil dans sa version applicable aux personnes susvisées ne prescrit pas obligation pour l'officier d'état civil de faire lecture aux futurs époux des articles 212 et 213 du premier alinéa des articles 214 et 215, et de l'article 371-1 du Code civil. On peut en effet en déduire une volonté du législateur de ne pas étendre le régime primaire. Ce qui signifie en d'autres termes que le droit musulman et les coutumes locales continuent à s'appliquer dans les effets du mariage.

366. La nécessité d'une communauté de vie se rencontre en droit musulman, puisque le mariage emporte pour les époux une obligation de cohabitation. Une application rigoureuse des prescriptions islamiques oblige les époux à fixer le domicile conjugal dans la maison du mari. A Mayotte, la pratique la plus courante fait apparaître la tendance inverse. En application d'une coutume locale, les époux, après la célébration du mariage élisent domicile chez la femme, fraîchement propriétaire d'une maison construite par son père⁷⁴⁶.

Pour ce qui est des charges du mariage, il pèse sur le mari et père une obligation exclusive d'entretien de la femme et des enfants. Et en aucune façon, l'épouse ne peut être contrainte de subvenir aux besoins du ménage avec ses deniers propres. Ses biens restent d'ailleurs fortement protégés de l'emprise maritale par le droit musulman. Lorsque la défaillance du mari dans son obligation d'entretien est établie, le Cadi peut, sauf indigence caractérisée de celui-ci, libérer la femme du lien matrimonial, sur cette seule considération.

ses biens personnels ».

⁷⁴⁵ E. RALSER, *op. cit.*, p. 755-756.

⁷⁴⁶ En droit français, ce choix est en principe fait d'un commun accord entre les époux en application de l'article 215 al. 2 du Code civil.

Aussi, l'obligation d'entretien incombant au seul mari est-elle nécessairement exclusive de toute solidarité à l'égard de l'autre époux pour les dettes contractées pour l'entretien du ménage⁷⁴⁷. Par ailleurs, la possibilité pour la femme d'ouvrir librement un compte bancaire, comme la gestion autonome de ses biens personnels, existent déjà en droit musulman et dans les pratiques sociales mahoraises. Si bien que toute extension du droit commun par le législateur ne serait nullement révolutionnaire⁷⁴⁸.

Nonobstant ces dernières considérations, des différences existent entre les conceptions islamique et civiliste des effets du mariage. Le droit français est fondé sur le principe d'égalité, tout en consacrant des devoirs entre époux fortement imprégnés de réciprocité, tandis qu'en droit local, les droits et obligations naissant du mariage sont spécifiques à chaque époux. Aussi, la conception islamique du mariage fait-elle du mari un patriarche qui se voit confier la direction de la famille, alors que le droit français a de longue date abandonné une telle approche.

367. Préconiser l'application des règles locales relatives aux effets du mariage, comme le suggère Mme Ralser est insoutenable à plusieurs égards. Certes une telle solution se trouve justifiée par le législateur lui-même, qui a expressément exclu l'application du chapitre V du titre V du Livre I^{er} du Code civil, lequel porte sur les obligations naissant du mariage. Mais elle ne reste moins critiquable relativement à son impraticabilité. En premier lieu, cela remettrait en cause l'un des objectifs fixés par l'article 8 de l'accord sur l'avenir de Mayotte et portant sur la nécessité de faire triompher l'égalité dans les rapports entre l'homme et la femme et donc au sein du couple, par ailleurs rappelé par l'article 2 de l'ordonnance du 3 juin 2010⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ De toute manière, l'Islam fait peser la dette sur la seule personne qui l'a contractée. Cela est d'autant plus vrai qu'en matière successorale, les héritiers ne sont pas les continuateurs de la personne. Si bien que le partage ne peut intervenir que lorsque les dettes contractées par le *de cuius* ont été effectivement réglées, en se servant d'une partie de ses biens.

⁷⁴⁸ Il en est ainsi d'ailleurs des droits reconnus à la femme mariée de statut civil particulier, par l'article 10 de l'ordonnance du 3 juin 2010. Toutes ces pratiques ont cours de longue date à Mayotte.

⁷⁴⁹ Art. 2 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 dispose que « La collectivité départementale et l'Etat mettent en œuvre conjointement les actions destinées à assurer l'égalité des femmes et des hommes ». Il s'agit là en vérité d'une reprise de l'article 52 de la loi statutaire du 11 juillet 2001, abrogée. La référence à la Collectivité départementale au lieu du Département de Mayotte révèle encore que le législateur

Et s'il est encore besoin, rappelons que les sources du droit local ont été définitivement supprimées, conformément aux énonciations de l'article 16 de l'ordonnance du 3 juin 2010 dans sa version ratifiée. L'on peut donc difficilement soutenir une quelconque survivance des spécificités mahoraises. Il en résulte donc extension implicite du droit commun dans les effets du mariage. Enfin, et surtout, même à supposer maintenus ces particularismes locaux, leur application s'avère impraticable.

368. Les unions de droit local, même celles célébrées avant la réforme du statut personnel sont soumises pour leur dissolution aux règles du Code civil. La difficulté vient de ce que l'un des divorces prévus par le Code sanctionne justement le manquement aux devoirs et obligations du mariage, en l'occurrence le divorce pour faute. Prévu à l'article 242 du Code civil, celui-ci suppose pour son prononcé une faute résultant d'« une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage ». Or les devoirs et obligations susvisés sont précisément ceux prévus par certains articles composant le régime primaire, en l'occurrence les articles 212 et 215 al. 1^{er} du Code civil ; ceux-là même que le maire n'est pas tenu de lire, lorsqu'il est sur le point de célébrer un mariage entre personnes de statut civil particulier.

On ne peut pas comprendre que le législateur oblige les époux de statut civil particulier à mettre fin à leur union par le divorce, tel que réglementé dans le Code civil, sans les soumettre au préalable au régime primaire, dont l'inobservation de certaines des règles qui le composent est de nature à fonder le prononcé du divorce pour faute. Il apparaît clairement que le régime primaire a été de ce fait étendu dans le statut personnel mahorais, nonobstant les incohérences législatives ainsi constatées.

369. Concernant le choix du régime matrimonial, c'est-à-dire « l'ensemble des règles relatives aux rapports pécuniaires des époux entre eux et à l'égard des tiers »⁷⁵⁰, le législateur ne donne aucune précision. L'on peut donc penser dans un premier temps que la conception islamique fondée sur la séparation stricte des biens s'applique. Une telle solution reste néanmoins difficilement conciliable avec la suppression des sources du statut personnel. Par ailleurs, une autre difficulté reste à résoudre, celle afférente à la problématique du statut de l'enfant naturel.

n'est pas à jour. Même si à sa décharge, le texte officialisant la départementalisation de l'île, n'était pas encore adopté en 2010.

⁷⁵⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd, Dalloz, 2015, p. 1.

B) Les incohérences affectant le statut de l'enfant né hors mariage

370. Traditionnellement, la filiation se définit comme le lien unissant un enfant à ses père et mère. Mais à leur égard, l'établissement de ce lien n'est pas systématique, du moins envisagé du point de vue du père, notamment lorsque l'enfant est né hors mariage⁷⁵¹. En pareil cas, le père doit nécessairement reconnaître l'enfant pour établir la filiation (art. 316 du Code civil) ; étant précisé qu'une action judiciaire peut être intentée (art. 327 du Code civil), soit par la mère lorsque l'enfant est mineure, soit par l'enfant devenu majeur, jusqu'à ses 28 ans conformément aux prévisions de l'article 321 du Code civil⁷⁵². En droit local, aucune de ces possibilités ne profite à l'enfant né hors mariage, même si l'on a pu apercevoir une lueur d'espoir au début des années 2000.

En effet, l'enfant né hors mariage n'a de filiation établie qu'à l'égard de la mère. Privé de filiation paternelle, il ne peut venir à la succession de son père biologique. Inspirées du droit musulman, ces règles ont fait l'objet d'une application rigoureuse jusque dans les hautes sphères de l'organisation judiciaire, en atteste l'arrêt du 25 février 1997 de la première chambre civile⁷⁵³. Depuis, la situation s'est sensiblement améliorée, sans que cette évolution ne se traduise dans les textes par la reconnaissance à son profit de droits similaires à ceux prévus dans le Code civil. Si l'on peut saluer l'attitude de la Cour de cassation qui a reconnu l'établissement de la filiation paternelle, suite au refus du supposé père de prêter le serment décisif devant le Grand Cadi⁷⁵⁴, on ne peut en dire autant à l'endroit du législateur.

371. Parti en guerre contre les discriminations et inégalités que renferme le statut personnel mahorais, il a oublié l'enfant naturel, lui qui « n'est ni intégré juridiquement ni

⁷⁵¹ La filiation peut également ne pas être établie à l'égard de la mère, puisque la loi lui permet d'accoucher anonymement (art. 326 du Code civil). L'exercice de ce droit peut parfois provoquer un marasme inextricable. Voir l'affaire Benjamin, à propos d'un enfant ayant fait l'objet d'une reconnaissance prénatale avant l'accouchement anonyme de la mère, et déclaré pupille de la nation, et dont le père a tout fait pour faire produire ses effets à la reconnaissance anténatale, alors que l'enfant était placé en vue d'une procédure d'adoption plénière par sa famille d'accueil (Civ. 1^{re}, 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et 05-11.286, *Dr. fam.* 2006, com. 124, obs. Pierre Murat ; *D.* 2006, p. 1065, obs. I. Gallmeister et p. 1177, obs. B. Mallet-Bricout).

⁷⁵² Sur la question de manière générale, voir le dossier qui lui est consacré dans *AJ Fam.*, n°1 Janv. 2012.

⁷⁵³ Civ. 1^{re}, 25 février 1997, *op. cit.*.

⁷⁵⁴ Voir Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, n°05-16. 809, *Bull. civ. I*, n°262.

socialement »⁷⁵⁵. L'article 3 de l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000, modifié successivement en 2003 par la loi de programme pour l'outre-mer, et en 2006 par la loi relative à l'immigration et à l'intégration, a semblé pourtant vouloir enfin le sortir de cette « ghettoïsation juridique ». Ainsi, le père avec l'accord de la mère peut déclarer devant l'officier d'état civil conférer à l'enfant, par substitution, son propre nom. Cette déclaration emporte reconnaissance et établissement de la filiation. Le législateur s'empresse aussitôt de rappeler dans son dernier alinéa que le mécanisme de la dation du nom ne s'applique que lorsque les deux parents sont de statut civil particulier. Ainsi, pour l'enfant issu d'une union mixte ou de parents mahorais de statut civil de droit commun, les règles du Code civil relatives à la filiation s'applique.

Alors député de Mayotte, M. Abdoulatifou Aly a interpellé le Ministre de la justice sur l'incohérence du mécanisme de la dation du nom, fin 2011. La critique sera balayée d'un revers de main, au motif que « la dation de nom est conforme aux règles de la République »⁷⁵⁶. Celle-ci n'est pourtant pas assimilable à une reconnaissance, qui constitue un acte unilatéral par lequel un homme déclare être le père d'un enfant, pour établir ainsi la filiation à son égard. Certes, la dation de nom suppose une démarche volontaire du père, mais exige cependant pour aboutir et produire les effets attachés à la reconnaissance -qui constitue d'ailleurs l'une des résultante- l'aval de la mère. Si la mère refuse, la démarche du père, soucieux d'établir juridiquement le lien avec son enfant, est vouée à l'échec. Ainsi, et à la différence de ce que prévoit le Code civil, l'enfant naturel de droit local voit toute possibilité de reconnaissance par son père, être suspendue à la volonté de sa mère, sans qu'il soit possible par ailleurs d'intenter comme en droit commun, une action en recherche de paternité. Et l'on peut sérieusement douter, contrairement aux affirmations du Garde des Sceaux, que le respect effectif des droits fondamentaux puisse s'accommoder d'une telle différence de traitement.

372. Du reste, les avancées législatives en la matière laissent donc supposer qu'en dehors de ce cas expressément prévu, aucune possibilité ne s'offre à l'enfant. L'établissement de sa filiation paternelle demeure ainsi suspendu au bon vouloir du père biologique et à la volonté de sa mère, dont l'accord constitue un préalable à la déclaration portant dation de

⁷⁵⁵ L. SERMET, « Mayotte : évolution du statut personnel de droit local », *op. cit.*, p. 195.

⁷⁵⁶ 13^{ème} législature, Question n° 125443 de M. Aly Abdoulatifou, *JO* 27 décembre 2011, p. 13493 (pour la question) et *JO* 20 mars 2012, p. 2476 (pour la réponse).

nom. Il lui reste toujours la possibilité de renoncer au statut personnel. Or, cette initiative revient à la mère durant sa minorité. On peut difficilement penser qu'elle songe à une telle perspective après avoir refusé de donner son accord à la dation de nom. L'enfant devra nécessairement attendre d'avoir atteint la majorité pour agir lui-même, et doublement d'ailleurs : pour renoncer au statut personnel tout d'abord et tenter d'obtenir par la voie judiciaire, l'établissement de la filiation paternelle ensuite.

L'éventualité d'une telle initiative risque néanmoins de rencontrer des difficultés non négligeables en pratique. Le père peut faire échec à la prospérité de la demande en opposant son statut personnel prohibitif. Mais comme cela a été précédemment démontré, l'invocation des droits fondamentaux permettra de contourner cet obstacle⁷⁵⁷. La démarche n'en reste pas moins sérieusement et inutilement compliquée dans son principe. Et le nouveau dispositif de par son manque de clarté y contribuerait fortement. Il en ressort pourtant compétence exclusive du droit commun, consécutivement à la suppression des sources du droit local.

En attendant une intervention législative ferme sur la question, il importe de rechercher des solutions qui permettent en pratique de donner sens à cette affirmation.

Section 2 : Une plénitude de compétence à concrétiser par la pratique

373. En l'absence d'intervention législative susceptible de donner à l'ordre juridique formel la cohérence qui lui fait défaut, il faut explorer d'autres voies qui permettent de concrétiser la compétence générale du droit commun en pratique. S'il a été précédemment démontré que les principes contradictoires sur lesquels repose ce dispositif ne facilitent guère la connaissance par les citoyens de la substance de leurs droits, et laissent également subsister le risque d'atteinte à la prévisibilité des solutions juridique, au stade de la réalisation du droit devant le juge, force est de reconnaître que c'est sur ces mêmes acteurs que repose la résolution du problème. Cette éventualité est suggérée par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010 dans ses alinéas 3 et 4 lesquelles renvoient respectivement à l'application supplétive du droit commun en cas de silence ou d'insuffisance du droit local, et à l'option législative par les bénéficiaires du statut civil particulier. Mais ce ne sont pas ces mécanismes qui vont être sollicités.

La concrétisation de la plénitude de compétence du droit commun se fera conformément à une logique d'ensemble qui se déduit de l'assimilation de certaines matières, en faisant

⁷⁵⁷ Voir *supra* n°244 et s.

intervenir au besoin les techniques d'interprétation, ainsi que par l'invocation des droits fondamentaux. Cette dernière possibilité résulte de l'alinéa 2 de l'article précité qui rappelle que la mise en œuvre des règles du statut personnel doit se faire dans le respect des droits attachés à la citoyenneté française, en l'occurrence les droits fondamentaux. Le respect de ceux-ci peut être demandé au juge à l'occasion d'un litige par l'une des parties.

Cependant, en ce que l'intervention des différents acteurs dans l'uniformisation du droit n'opère pas de la même manière, le juge pour résoudre un litige, le justiciable pour opter en faveur d'une institution donnée, il importe dès lors de les aborder séparément. Ainsi l'analyse de l'uniformisation du droit par le juge (§1) précédera l'examen du rôle de l'autonomie de la volonté (§2).

§1/ Le rôle du juge

374. Chargé de faire appliquer la loi à l'occasion d'un litige, le juge apparaît naturellement comme l'autorité capable immédiatement d'instaurer l'harmonie qui fait défaut dans l'ordonnement juridique en recourant à certaines techniques d'interprétation. L'absence de coordination dans le nouveau dispositif a été révélée à l'issue d'une interprétation purement textuelle du nouveau dispositif. La démarche actuelle se propose de s'affranchir de cette technique d'interprétation, pour s'inscrire dans une logique de résolution du problème, que seule peut permettre d'atteindre une interprétation contextuelle, celle réputée « créatrice de sens »⁷⁵⁸.

Le juge devra donc restituer tout son sens au droit positif actuellement en vigueur dans le statut personnel mahorais, et lui donner l'occasion de déployer toute sa force. Il lui suffira d'observer que le législateur a supprimé les sources formelles du droit local ; ce qui crée un vide juridique que ne peut combler que la norme de référence commune, en l'occurrence le Code civil. Par ailleurs, cantonné à la mission de mettre fin aux conflits naissant des rapports sociaux, son intervention reste néanmoins exclusive de toute situation juridique nécessitant l'initiative de la volonté individuelle pour sa constitution. L'analyse se limitera donc aux seules difficultés dont la résolution émanera véritablement du juge.

La pratique judiciaire constitue l'occasion propice pour donner sens, de manière générale, à la plénitude de compétence du droit commun (A), tout comme l'intervention du juge peut permettre de le faire triompher dans certaines manières soulevant des difficultés (B).

⁷⁵⁸ V. LASSERRE-KIESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXIe siècle », *D.* 2002, p. 1157

A) Sur la plénitude de compétence du droit commun

375. En tant que système juridique, en ce qu'il a vocation à régir les rapports intéressant une catégorie de citoyens français, mahorais en l'occurrence, le statut civil particulier doit reposer sur « un ensemble cohérent d'éléments interdépendants », et donc être exclusif de désordre, d'incertitude et de contradiction⁷⁵⁹. Or le nouveau dispositif renferme des énonciations contradictoires, laissant supposer le maintien de certains particularismes locaux tout en consacrant implicitement la compétence générale du droit commun. Une approche logique et chronologique commandant l'application exclusive du droit commun. C'est en ce sens que devra statuer le juge. Le législateur ayant supprimé les sources formelles du statut personnel mahorais, le droit commun a nécessairement vocation à se substituer à elles.

Cependant, le droit commun doit être appréhendé à travers l'ensemble des institutions du droit des personnes et de la famille, et qui peuvent ne pas ressortir de l'énumération de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010 sur le domaine d'application *ratione materiae* du statut personnel mahorais. Quant aux règles dont le juge doit s'assurer de leur observation, elles ne se limitent pas exclusivement aux solutions formulées par le Code civil. Elles comprennent également celles consacrées par la jurisprudence.

Seront donc successivement abordées les institutions réglementées par le Code civil (1) et celles dont les règles procèdent de création prétorienne (2).

1) Les institutions réglementées par le Code civil

376. Il faut entendre ici les institutions faisant l'objet d'une réglementation d'ensemble, quelle que soit d'ailleurs l'interprétation faite par la pratique judiciaire. Sont ainsi et précisément visées les matières qui sont restées longtemps régies par le droit local, mais qui n'apparaissent pas expressément dans l'énumération de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010. Il en est ainsi de l'exercice de l'autorité parentale et de la protection des personnes majeures vulnérables. Les règles relatives à l'état civil et à la propriété foncière ayant fait l'objet d'une assimilation complète, avec adaptation cependant pour la seconde institution, ne seront pas abordées, d'autant plus que les difficultés pratiques susceptibles d'en résulter, sont d'une autre nature.

⁷⁵⁹ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 23.

377. Pour rappel, en droit local, l'autorité parentale appartient au père. Il se voit ainsi conférer un droit de tutelle lui permettant de veiller à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, mais également de gérer ses biens ; la mère étant simplement cantonnée à un rôle de garde et de surveillance lorsque l'enfant se trouve en bas âge. En cas de séparation, le père continue d'exercer son pouvoir, lors même que l'enfant reste avec la mère⁷⁶⁰. Une telle approche semble difficilement conciliable avec les règles relatives à la responsabilité civile, notamment celle des parents pour les faits commis par leurs enfants mineurs, qui s'appliquent aux personnes de statut civil particulier, d'autant plus que la situation ci-dessus décrite, n'est nullement ordonnée par une décision judiciaire.

La conception civiliste est résolument différente, puisque l'autorité parentale est réputée appartenir conjointement aux deux parents⁷⁶¹, tout en constituant « un ensemble de droit et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant », qu'ils peuvent exercer jusqu'à sa majorité à moins qu'il ne soit émancipé, et consiste à « le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect de sa personne » (art. 371-1 du Code civil). De manière générale, celle-ci porte aussi bien sur la personne de l'enfant que sur ses biens. Cependant, pour qu'elle soit reconnue aux deux parents, il faut que la filiation de l'enfant soit établie à leur égard. Bien évidemment, lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent, celui-ci l'exerce seul en attendant peut-être que la filiation soit établie à l'égard de l'autre ; situation que connaît habituellement l'enfant naturel.

Concernant les modalités d'exercice, le principe reste celui de l'exercice en commun de l'autorité parentale (art. 372, al. 1^{re} du Code civil), que les parents vivent ensemble ou séparés (art. 373-2 du Code civil). Cependant, si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge⁷⁶² peut

⁷⁶⁰ E. CADOU, « Le statut de l'enfant dans l'océan indien : l'enfant mahorais », *op. cit.*, spéc. p. 334.

⁷⁶¹ Les choses n'ont pas toujours été ainsi. En effet, pendant longtemps le Code civil a employé l'expression « puissance paternelle », en référence au rôle du père, chef de famille disposant de droits sur la personne de l'enfant et sur ses biens. L'autorité parentale lui a été substituée par une loi du 4 juin 1970, devenant progressivement une fonction assurée par les deux parents, dans un souci d'égalité (loi du 22 juillet 1987) ; principe qui survit même au prononcé du divorce (loi du 8 janvier 1993). Actuellement, c'est la loi du 4 mars 2002 qui s'applique.

⁷⁶² Il s'agit du juge aux affaires familiales, qui se voit ainsi confier la mission de veiller à la sauvegarde des intérêts de l'enfant mineur ainsi qu'au maintien de la relation avec ses deux parents (art. 373-2-6 du Code civil), devant parfois intervenir pour les concilier, voire leur imposer un médiateur familial en cas de désaccord (art. 373-2-10 du Code civil).

décider d'en confier l'exercice à un seul parent (art. 373-2-1). La loi autorise les parents vivant séparément à organiser par convention homologuée par le juge, les modalités d'exercice de l'autorité parentale, ainsi que la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, conformément aux énonciations de l'article 373-2-7 du Code civil. Ce sont ces principes qui s'appliquent désormais aux bénéficiaires de statut civil particulier, en substitution aux spécificités locales, qu'ils soient mariés, en concubinage ou vivent séparément, que devront faire triompher au besoin les juridictions civiles.

378. Les règles du Code civil relatives à la protection des personnes majeures vulnérables issues de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs⁷⁶³ leur sont également applicables. Cette solution résulte de la suppression de l'article 20 de la délibération du 3 juin 1964 par la loi du 7 décembre 2010, que l'ordonnance du 3 juin 2010 avait souhaité maintenir. Cet article énumère les attributions extrajuridictionnelles des Cadis, au nombre desquelles la tutelle des personnes incapables. Sont désormais applicables les règles prévues aux articles 415 et suivants du Code civil sous la vigilance des juridictions civiles. Il en résulte un système de protection des majeurs s'articulant autour de trois régimes, énumérés selon la gravité de la mesure sur la capacité de la personne qui en est frappée : la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle.

Brièvement et conformément aux énonciations de l'article 415 du Code civil, toute mesure de protection doit être respectueuse des libertés individuelles, des droits fondamentaux ainsi que de la dignité de la personne, se préoccuper de l'intérêt de la personne devant en bénéficier tout en favorisant autant que faire se peut son autonomie. En tout état de cause, le placement d'un majeur sous protection juridique nécessite l'intervention du juge. Les conditions de placement sous protection juridique des majeurs, ainsi que la finalité de la protection ressortent des énonciations de l'article 425 du Code civil. Ainsi, l'ouverture d'une protection juridique d'un majeur n'est envisageable que lorsque celui-ci se trouve dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts, en raison d'une altération médicalement assistée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de la volonté. La demande peut intervenir sur initiative d'un particulier ou du Ministère public et doit être adressé au juge de tutelle qui doit s'assurer que tous les éléments propres à justifier la mise en place de la mesure sont caractérisées, étant donné la gravité des

⁷⁶³ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JORF* n°56 du 7 mars 2007 p. 4325.

conséquences pouvant en résulter, et qui sont de nature à restreindre le pouvoir et la liberté de la personne à protéger.

Les juridictions civiles désormais seules investies de la mission de trancher les litiges s'élevant dans le statut personnel, et dans la perspective d'assurer la compétence générale du droit commun peuvent également appliquer les solutions jurisprudentielles.

2) Les solutions jurisprudentielles

379. Le droit commun des personnes et de la famille est également constitué de solutions d'essence prétorienne. Celles-ci concernent les fiançailles et le concubinage. A propos du concubinage -mais cela inclus également le Pacs, qui sera abordé ultérieurement, lorsqu'il s'agira d'analyser le rôle de la volonté individuelle-⁷⁶⁴ Mme Parisot semble écarter la perspective du bénéfice des règles en résultant pour les personnes relevant du statut civil particulier. Les développements qui vont suivre seront aussi l'occasion de démontrer le contraire.

380. Si l'application des solutions jurisprudentielles du droit commun aux personnes de statut civil particulier se justifie par l'extension implicite du droit commun par l'ordonnance du 3 juin 2010, elle se déduisait déjà de la laïcisation de l'institution matrimoniale. En effet, celle-ci est acquise depuis la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration⁷⁶⁵. Or, en limitant la validité du mariage à la seule union célébrée par l'officier d'état civil, le législateur a nécessairement envisagé que la règle qu'il pose ne sera pas suivie par l'ensemble des Mahorais de droit local, ayant lui-même prévu en plus du mariage, deux autres modes de conjugalité, en l'occurrence le concubinage (art. 515-8 du Code civil) et le pacs (art. 515-1 et s. du Code civil). Les bénéficiaires de statut civil particulier peuvent ainsi se satisfaire d'une union célébrée en la forme religieuse, qui relèvera d'une simple union de fait, au regard du droit positif en vigueur. Il s'agit bien là de la définition que l'article 515-8 du Code civil donne au concubinage, qui apparaît comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes,

⁷⁶⁴ Voir *infra* n°401.

⁷⁶⁵ Loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, *JORF* n°170 du 25 juillet 2006 p.11047

de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Et ce choix peut avoir été fait depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2006.

Par ailleurs, le mariage constitue également « l'aboutissement de volitions antérieures, voire de volontés : les fiançailles »⁷⁶⁶. Constitutives d'une promesse de mariage sans obligation civile, les fiançailles peuvent être rompues à tout moment. La jurisprudence a d'ailleurs rappelé que « toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans le mariage »⁷⁶⁷. Le principe est donc celui de la libre rupture des fiançailles.

Sitôt affirmée, cette règle doit néanmoins être nuancée, car dans certaines circonstances cette rupture peut engager la responsabilité de son auteur. Outre la réparation susceptible d'en résulter, d'autres difficultés sont à prévoir et peuvent porter sur le sort des donations consenties en vue du mariage⁷⁶⁸.

381. Le concubinage quant à lui peut donner lieu à divers contentieux. Bien que défini à l'article 515-8 du Code civil⁷⁶⁹, son régime juridique n'a pas été fixé par la loi, si bien que les règles applicables en la matière sont celles issues de la jurisprudence. S'agissant d'une union libre, aucune obligation personnelle n'en résulte. Un concubin ne peut obtenir du juge qu'il contraigne l'autre à subvenir aux besoins de l'autre⁷⁷⁰. La solidarité ménagère des époux

⁷⁶⁶ Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁶⁷ Cass. civ. 30 mai 1838 Bouvier c/ Coutreau, Sirey 1838 I p. 492.

⁷⁶⁸ En cas de rupture des fiançailles, l'article 1088 du Code civil frappe de caducité les donations consenties en vue du mariage, tant ceux émanant des ex-futurs époux entre eux, que ceux faites par les tiers. Les cadeaux reçus doivent dès lors être restitués lorsque le mariage en vue duquel ils ont été offerts n'a pas été célébré. La règle est néanmoins écartée pour les cadeaux d'usage, c'est-à-dire ceux réputés de « faible valeur ». La bague de fiançailles relève en principe de cette catégorie (Civ. 1^{ère}, 19 décembre 1979, *D.* 1981, II, 449). Son sort reste néanmoins influencé par l'origine de la rupture, sauf s'il s'agit d'un bijou de famille (Civ. 1^{ère}, 19 décembre 1979, *D.* 1981, 449) ou encore compte tenu de sa valeur pécuniaire importante relativement à la fortune de celui qui l'a offerte (CA Paris, 25 juin 1985, *RTD civ.* 1989, 280). S'agissant d'un bijou de famille, l'appartenance familiale doit être prouvée par tout moyen. Il en résulte un régime juridique fort complexe, allant de principe à exception et inversement. Ainsi, une rupture des fiançailles causée par la fiancée l'oblige à rendre la bague. Inversement, lorsqu'elle est imputable au fiancé, la promise éconduite conserve la bague.

⁷⁶⁹ Art. 515-8 du Code civil : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

⁷⁷⁰ La cour de cassation a en effet rappelé que l'obligation des époux des contribuer aux charges du mariage

prévue à l'article 220 du Code civil ne joue pas non plus entre concubins⁷⁷¹. Par ailleurs, chacun reste propriétaire des biens acquis avant l'entrée en ménage.

La solution vaut également pour ceux acquis durant la communauté de vie, sauf impossibilité pour les concubins de répartir les biens appartenant à chacun. En pareil cas, comme pour les biens acquis en commun, le régime de l'indivision s'applique. Si la rupture du concubinage est libre, le concubin délaissé peut obtenir réparation, « lorsqu'il existe des circonstances de nature à établir une faute de son auteur »⁷⁷².

D'autres actions de nature pécuniaire restent envisageables après la séparation des concubins, sans avoir pour objet la réparation d'un préjudice. Elles traduisent précisément la volonté d'obtenir la contrepartie d'un investissement consenti pendant la communauté de vie. Ainsi, après avoir contribué sans calcul au bonheur du couple, certains concubins sont soudainement rongés par des remords, regrettant une contribution qu'ils jugent trop excessive, voire injustifiée. Et pour mettre fin à leur chagrin, ils essaient d'obtenir devant le juge la reconnaissance d'une société créée de fait, ou invoquent le cas échéant l'enrichissement sans cause. Dans certaines espèces enfin, le concubin délaissé se prévaut d'une obligation naturelle consécutivement à la rupture du concubinage.

comme le prévoit l'article 214 du Code civil ne s'applique pas aux concubins (Civ. 1^{re}, 19 mars 1991, *Bull. civ.* I, n°92 ; *Defr.* 1993, article 35088, n° 63, obs. J. Massip. – Civ. 1^{re}, 17 octobre 2000, *Bull. civ.* I, n° 244 ; *JCP* 2001, II, 10568, note Th. Garé ; *JCP N* 2001, 1822 ; *D.* 2001, 497 note R. Cabrillac ; *Defr.* 2001, 93, obs. J. Massip ; *Droit de la famille* 2000, 139, note B. Beignier ; *RTD civ.* 2001, 111 obs. J. Hauser ; *RJPF* janvier 2001, p. 93, note J. Massip ; *D.* 2002, somm. p. 611, 497, obs. J.-L. Lemouland.

⁷⁷¹ Civ. 1^{re}, 27 avril 2004, n°02-16.291, *D.* 2004, Somm. p. 2968, obs. D. Vigneau ; *Dr famille* 2004, comm. 140, obs. V. Larribau-Terneyre.

⁷⁷² Civ. 1^{re}, 3 janvier 2006, n°04, 11.016, *inédit*. La rupture étant libre, le demandeur devra établir une faute qui lui est détachable. La faute peut avoir été commise soit au moment de la constitution du concubinage, soit pendant la communauté de vie en résultant, ou encore dans les circonstances de la rupture. Cette dernière est plus souvent admise par la jurisprudence (Voir par exemple CA Paris, 13 juin 2013, n°12/180000, *Dr. fam.* Oct. 2013, n°10, comm. 133, osb. J.-R. BINET). Elle est généralement caractérisée par son caractère brutal, grossier ou injurieux. Ainsi constitue une faute, le fait de congédier brutalement sa compagne après onze ans de vie commune pour la remplacer par une autre femme, sans subvenir à ses besoins, alors que celle-ci avait abandonné son emploi pour élever son fils ainsi que leur enfant commun (Civ. 1^{re}, 7 avril 1998, n° 96-10581, *inédit*). La demande se fait sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, et le préjudice réparable peut être pécuniaire ou moral. Sur la question de manière générale, voir A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage », in *Études offertes à Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI*, Litec 2002, p. 257

382. La prospérité de l'action tendant à la reconnaissance d'une société créée de fait implique que soient impérativement satisfaites les conditions propres à constituer une société au sens de l'article 1832 du Code civil. La Cour de cassation opère en la matière un contrôle d'une rigueur implacable. Dans une décision du 23 juin 2004, il a été ainsi rappelé la nécessité pour les concubins d'établir cumulativement, et sans qu'il soit possible de déduire ces conditions les unes des autres, « l'existence d'apports, l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et l'intention de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes éventuelles pouvant en résulter »⁷⁷³. A cet égard, la première chambre civile a refusé qu'un projet immobilier commun entre concubins puisse à lui seul caractériser l'existence d'une société créée de fait⁷⁷⁴. Moins rigoureuse cependant, la Cour d'appel de Bastia⁷⁷⁵, tout en rappelant ce principe, n'exclut pas que l'existence d'une société créée de fait puisse être caractérisée par le projet commun des concubins de construire la maison destinée à accueillir le couple et les enfants éventuellement. En l'espèce, l'acquisition du terrain ainsi que la construction de la maison provenaient des fonds propres de la compagne, ce qui explique le rejet de la demande du concubin.

383. Quant à l'action *de in rem verso* ou l'enrichissement sans cause, elle est souvent invoquée à titre subsidiaire⁷⁷⁶ pour palier l'échec de la précédente action⁷⁷⁷. Elle exige pour son aboutissement un enrichissement de l'un des concubins, un appauvrissement corrélatif de

⁷⁷³ Com. 23 juin 2004, *Gamba c/ Bonnard*, *D.* 2004, *AJ* p. 1976, obs. A. Lienhard et p. 2969, obs. D. Vigneau ; *RTD civ.* 2004, p. 487, note J. Hauser ; *RTD com.* 2004, p. 740, note Cl. Champaud et D. Danet ; Cass. com. 23 juin 2004, *Jolbit c/ Liroy*, *D.* 2004, *AJ* p. 1976, obs. A. Lienhard et p. 2969, obs. D. Vigneau ; *RTD civ.* 2004, p. 487, note J. Hauser ; *RTD com.* 2004, p. 740, note Cl. Champaud et D. Danet .

⁷⁷⁴ Civ. 1^{re}, 20 janv. 2010, n° 08-13.200, *D.* 2010. 718, chron. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2010. 132, obs. S. Milleville ; *RTD civ.* 2010. 306, obs. J. Hauser ; *RTD com.* 2010. 355, obs. C. Champaud et D. Danet.

⁷⁷⁵ CA Bastia, 31 oct. 2012, n°10/00939, *Dr. fam.* n°2, Fév. 2013, comm. 23, obs. V. V. Larribau-Terneyre.

⁷⁷⁶ Face à la tendance de certains juges du fond à déclarer irrecevable l'action *de in rem verso* en cas de rejet de celle fondée à titre principal sur l'existence d'une société créée de fait, la Cour de cassation est venue rappeler que « le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un contrat de société rendait recevable celle, subsidiaire, fondée sur l'enrichissement sans cause » (Civ. 1^{re}, 6 mai 2009, n°08-14.449, *Dr. fam.* 2009, comm. 68, obs. V. Larribau-Terneyre). Cette solution s'inscrit d'ailleurs dans la continuité de la jurisprudence de certaines cours d'appel. Voir notamment CA Nancy, 3 avr. 2006 et CA Aix-en-Provence, 25 janv. 2007, *Dr. fam.* 2007, comm. n° 120 et 216, obs. V. Larribau-Terneyre.

⁷⁷⁷ A titre d'exemple voir Civ. 1^{re}, 6 octobre 2010, n°09-68.657 et Civ. 1^{re}, 9 décembre 2010, n° 09-16. 795, inédits, *RTD civ.* 2011, p. 107, obs. J. Hauser.

l'autre, mais qui soit dépourvu de cause. En d'autres termes, celui qui invoque l'enrichissement sans cause ne doit pas avoir agi en recherchant une contrepartie, au risque d'être débouté de sa demande.

En pratique, la jurisprudence semble exiger un enrichissement et un appauvrissement corrélatif dont la disparité excède « ce que la contribution normale de chacun aux dépenses de la vie commune peut impliquer »⁷⁷⁸. A titre d'exemple, dans deux arrêts du 24 septembre 2008⁷⁷⁹ rendus à propos de deux concubins qui avaient respectivement consenti un investissement dans la rénovation de la maison de chacune de leur compagne, la Cour de cassation a admis l'indemnisation pour l'un (Civ. 1^{re}, 24 septembre 2008 n° 06-11. 294) pour la refuser à l'autre (Civ. 1^{re}, 24 septembre 2008 n° 07-11. 928). Dans le premier, l'accent a été mis sur la participation excessive dans la vie courante, tandis que dans le second, le demandeur s'est vu opposer sa contrepartie personnelle, à savoir l'intention de s'installer dans le logement de sa concubine.

384. L'obligation naturelle enfin « consiste, pour le concubin à l'initiative de la rupture, à ne pas laisser dans le besoin le concubin délaissé, sorte de devoir de secours qui serait la contrepartie de la communauté de vie qui s'est instaurée entre les membres du couple »⁷⁸⁰. Elle a été reconnue pour la première fois dans un arrêt du 6 octobre 1959⁷⁸¹. Depuis, la solution fait l'objet d'une application régulière ; la jurisprudence la faisant procéder d'un devoir de conscience. Or par définition, une obligation naturelle ne peut donner lieu à une exécution forcée. La preuve d'un engagement unilatéral du concubin est donc nécessaire, même si cet écrit reste difficile à établir. En tout état de cause, la satisfaction de cette exigence transforme l'obligation naturelle en obligation civile⁷⁸².

⁷⁷⁸ V. Larribau-Terneyre, note sous CA Bastia, 31 oct. 2012, n°10/00939 et CA Pau, 11 oct. 2012, n°12/4034, *Dr. fam.* n°2, Fév. 2013, comm. 23.

⁷⁷⁹ Civ. 1^{re}, 24 septembre 2008 n°06-11. 294 et n°07-11. 928, *Bull. civ.* I, n°s 211 et 212 ; *RTD civ.* 2008, p. 660 obs. J. Hauser ; *D.* 2008, p. 2430, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2009, somm. p. 140, note J.-J. Lemouland ; *AJ famille* 2008, p. 438, obs. Fr. Chénéde ; *Dr. famille* 2009, comm. 152, obs. J.-L. Gracia ; *JCP G* 2009, n°28, 115, n°10, obs. Y. Favier ; *Deffrénois* 2008, art. 38874, p. 2516, obs. E. Savaux.

⁷⁸⁰ O. GAZEAU, H. LEMAIRE, F. VANCLEEMPUT, « Les effets propres à la rupture volontaire du concubinage », *Deffr.* 2010, n°39145.

⁷⁸¹ Civ. 1^{re}, 6 oct. 1959, *D.* 1960, jur. p. 515, note Ph. Malaurie ; *JCP* 1959, II, n°11305, note P. Esmein.

⁷⁸² Civ. 1^{re}, 20 fév. 2008 n°07-15.978, *AJ. fam.* 2008, p. 208, obs. F. C. Dans cette affaire, un concubin avait contractuellement promis de verser 400 000 francs à sa compagne pour la construction d'une maison sur un

385. Toutes ces difficultés peuvent surgir au sein des couples de statut civil particulier qui ont donné leur préférence à une union célébrée en la forme musulmane au détriment du mariage civil, vivant ainsi en concubinage. Elles feront ainsi intervenir les juridictions civiles désormais seules compétentes. Outre ces considérations qui portent de manière générale sur la question de la plénitude de compétence du droit commun, le juge devra veiller au respect de celui-ci dans les institutions faisant apparaître un silence législatif.

B) Sur les difficultés spécifiques à certaines institutions

386. Deux hypothèses sont ici visées, les effets personnels et pécuniaires du mariage, mais appréhendés sous le seul angle du régime primaire (1) et le statut de l'enfant naturel (2).

1) L'application du régime primaire aux époux de statut civil particulier

387. L'extension du régime primaire dans le statut personnel mahorais se déduit tantôt de la suppression des sources du droit local, tantôt d'une logique d'ensemble de l'institution du mariage, qui implique que l'on ne puisse appliquer les règles du divorce de façon effective sans supposer le respect préalable du régime primaire. Autrement, c'est en vain qu'on invoquerait le divorce pour faute. Mais il existe une autre voie qui permet pareillement d'atteindre en pratique ce résultat. Il suffit en effet de tirer toutes les conséquences attachées au caractère d'ordre public des règles constituant le régime primaire.

388. Il convient de rappeler que cet ensemble est considéré de longue date par la jurisprudence comme résultant des effets du mariage⁷⁸³, à telle enseigne que les époux ne

terrain lui appartenant. La discussion portait précisément sur la nature de l'acte signé sous seing privé. Alors que le concubin soutenait dans son pourvoi qu'il s'agissait d'une libéralité dont il entendait d'ailleurs obtenir la nullité, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes qui avait retenu que l'engagement constituer finalement une compensation consécutive « au bouleversement matériel et moral que la rupture causait aux conditions d'existence de son ex-concubine et de sa fille naturelle ».

⁷⁸³ La première chambre civile a ainsi rappelé que « *Sous réserve des dispositions prohibitives du statut matrimonial de base relevant de la loi française des effets du mariage* (c'est nous qui soulignons) en raison de leur domicile en France, l'un ou l'autre des époux, placés sous le régime légal de la séparation de biens italienne organisée par le droit italien antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 19 mai 1975, peut, en vertu de l'article 815, alinéa 1er du Code civil, disposition applicable aux biens situés en France, demander, sans attendre la

peuvent en écarter les règles par convention. La liberté des époux se limite exclusivement au choix du régime matrimonial. Les règles du régime primaire s'imposent donc à eux par la seule considération tirée de leur statut ou de l'institution par laquelle ils ont entendue organiser leur vie commune⁷⁸⁴. C'est parce qu'ils sont choisis de se marier qu'ils ont tenus de se conformer à ces règles impératives. Réputées de « base », elles sont nécessairement frappées du sceau de la vitalité⁷⁸⁵, sans quoi les époux contribueraient à faire vaciller l'édifice du mariage, cadre dans lequel ils ont entendu mettre en commun leurs rapports personnels et patrimoniaux.

Si la conclusion du mariage ne laisse aucune alternative aux personnes choisissant ce mode de conjugalité quant aux respects du régime primaire, comment concevoir que les Mahorais de statut civil particulier soumis aux règles du Code civil dans la formation du mariage puissent y échapper ? On connaît pourtant la position de la Cour de cassation sur sa portée. Elle a clairement affirmé que « les règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux énoncés aux articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale »⁷⁸⁶, et qu'elles s'imposent conséquemment aux étrangers établis en France, étant « d'application immédiate »⁷⁸⁷.

389. Bien que s'agissant d'une solution de droit international privé, reflétant « ces infiltrations de la méthode des lois de police au sein du régime primaire »⁷⁸⁸, dès lors qu'elle appréhende tous les couples mariés qui habitent le territoire de la République, elle s'applique nécessairement à tous les Français d'abord, avant d'intégrer les étrangers établis en France ensuite. Il en est ainsi des époux mahorais de statut civil particulier, lequel ne peut en aucune

dissolution du mariage, le partage de l'indivision portant sur un immeuble situé en France que les époux avaient acquis indivisément (Civ. 1^{re}, 22 oct. 1985, *Bologna*, *JDI*. 1986. 1005, note G. Wiederkehr ; *D.* 1986. 241, note A. Breton ; *Defr.* 1986. 859, note A. Breton).

⁷⁸⁴ Les concubins ne peuvent d'ailleurs pas s'en prévaloir comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 27 avril 2007, à propos de la solidarité ménagère (Civ. 1^{re}, 27 avril 2004, n°02-16.291, *D.* 2004, Somm. p. 2968, obs. D. Vigneau ; *Dr famille* 2004, comm. 140, obs. V. Larribau-Terneyre).

⁷⁸⁵ Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 686.

⁷⁸⁶ Civ. 1^{re}, 20 octobre 1987, *Cressot*, cette *Revue*, 1988, 540, note Y. Lequette ; *Clunet* 1988, 446, note Huet.

⁷⁸⁷ M.-L. NIBOYET, G. de G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 4^e éd. LGDJ 2013, p. 51. (maj)

⁷⁸⁸ M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, *op. cit.*, p. 498.

façon être utilement sollicité pour faire échec à cette application. Non seulement, la célébration du mariage n'obéit plus aux règles de droit local, mais il apparaît clairement que les sources de droit local ont été supprimées. D'où il suit que le juge devra veiller au respect du régime primaire par tous les habitants de Mayotte, sans considération de leur statut civil, ni de leur nationalité.

Il pourra le faire tout d'abord en constatant le manquement à l'obligation de fidélité ou l'abandon du domicile conjugal caractérisant une faute imputable à l'un des époux, justifiant le prononcé du divorce prévu à l'article 242 du Code civil. Il sera également saisi par l'un des époux pour faire annuler la vente du logement familial ou des meubles le garnissant s'il apparaît que celui-ci n'a pas donné son consentement pour ce faire, comme l'exige l'article 215, alinéa 3, ou encore dans le cadre d'une action en contribution aux charges du mariage (article 214). Aussi, est-il tout à fait envisageable qu'il soit sollicité par un tiers poursuivant solidairement l'autre époux pour recouvrer sa créance, consécutivement aux achats effectués par l'un, et destinés à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants (article 220). Le juge pourra enfin intervenir comme le suggère l'ensemble des dispositions tendant à la résolution d'urgence en temps de crise dans la famille (articles 217, 219, ainsi que 220-1 à 220-3).

Toutes ces règles ont vocation à régir les effets du mariage des époux de statut civil particulier, dont la célébration est intervenue après l'entrée en vigueur de la loi du 24 juin 2006 relative à l'immigration et à l'intégration qui a rendu obligatoire la célébration du mariage de ces personnes devant l'officier de l'état civil. Par ailleurs, en plus d'appliquer le régime primaire aux époux de statut personnel, les juridictions civiles pourront également faire bénéficier le droit d'établir la filiation paternelle aux enfants naturel en relevant.

2) L'application du droit de la filiation à l'enfant naturel

390. L'autre problématique porte sur le statut de l'enfant né hors mariage. La seule avancée réalisée ici résulte de l'article 3 de l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 modifié, qui a prévu un mécanisme de dation de nom du père emportant simultanément reconnaissance et établissement de la filiation paternelle. La reconnaissance telle que prévue à l'article 316 du Code n'a pas été expressément étendue en droit local, et encore moins la possibilité d'un établissement judiciaire de la filiation paternelle conformément à l'article 327 du même Code. A l'évidence, cette situation est discriminatoire à l'égard de l'enfant naturel

de statut civil de droit local qui n'a pas à Mayotte les mêmes droits que son homologue de droit commun.

391. L'éradication des discriminations en droit local constitue pourtant l'une des finalités assignées à la réforme du statut personnel. Et pour donner sens à cet objectif, le législateur a introduit une disposition dans la loi-programme de 2003 -validée d'ailleurs par le Conseil constitutionnel⁷⁸⁹- rappelant 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 ». Le principe est d'ailleurs repris par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010. Sont visés ici les droits fondamentaux, aussi bien ceux garantis par la Constitution que ceux prévus par la Convention européenne des droits de l'homme, mais également et depuis l'accès de Mayotte au statut de RUP en janvier 2014, la Charte européenne des droits de l'homme depuis que Mayotte a accédé au statut de RUP au 1^{er} janvier 2014. S'agissant des droits constitutionnellement garantis, l'inconstitutionnalité de l'interdiction pour l'enfant naturel de droit local d'établir judiciairement sa filiation paternelle peut-être soulevée devant le juge ordinaire, et donner lieu à question prioritaire de constitutionnalité adressée au Conseil constitutionnel. A l'endroit des autres textes, le contrôle de conformité qui sera de type conventionnel, peut être réalisé par le juge ordinaire lui-même.

392. A l'évidence, l'invocation d'un droit fondamental, quel que soit l'instrument qui le garantit, n'exige pas une renonciation préalable au statut personnel. Validée par le Conseil constitutionnel en 2003, alors qu'elle apparaissait dans la loi-programme, la règle reprise à l'article 1^{er} alinéa 2 de l'ordonnance confirme ainsi « officiellement la soumission du statut personnel aux droits et libertés fondamentales »⁷⁹⁰. Dès lors le juge ne pourra plus se cacher derrière l'article 75 de la Constitution pour en refuser le bénéfice et encore moins sur la clause des nécessités locales formulée par la France dans la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que certains de ces protocoles additionnels comme elle a pu le faire en 2010 à l'égard du statut coutumier kanak⁷⁹¹, sous peine d'en faire une application *contra legem*.

Ainsi et concrètement, la mère pourra durant la minorité de l'enfant tenter d'établir judiciairement de sa filiation paternelle, tout comme l'enfant lui-même à sa majorité jusqu'à

⁷⁸⁹ Cons. const. n° 2003-474 DC, 17 juillet 2003, *op. cit.*

⁷⁹⁰ E. CADOU, « Le statut de l'enfant dans l'océan indien : l'enfant mahorais », *op. cit.*, spéc. p. 333.

⁷⁹¹ Cass. 1^{er} civ., 1^{er} déc. 2010, *op. cit.*

l'âge de 28 ans. A cet effet, elle pourra toujours solliciter une expertise biologique, qui est de droit depuis le fameux arrêt du 28 mars 2000⁷⁹², avec les conséquences qui en résultent en cas de refus du père supposé de s'y soumettre. En effet, la Cour cassation a confirmé la solution d'une Cour d'appel ayant décidé l'établissement de la filiation paternelle, suite au refus du père de se soumettre à l'expertise biologique complété par des éléments extérieurs, en l'espèce la production d'attestation prouvant la relation de la mère de l'enfant avec le père supposé⁷⁹³.

D'ailleurs, et de manière générale, tout le droit de la filiation – l'adoption incluse⁷⁹⁴ – a vocation à s'appliquer, étant donné que les sources du droit local ont été supprimées. Ce qui signifie qu'un père peut parfaitement reconnaître son enfant, sans avoir besoin d'avoir recours au mécanisme de la dation du nom. En pratique, les choses peuvent ne pas être aussi simples qu'on ne le suppose. Il peut bien se faire que l'officier de l'état civil qui ignore l'état réel du droit positif, le contraigne à passer par le mécanisme institué par l'article 3 modifié de l'ordonnance du 8 mars 2000. Soucieux d'établir juridiquement le lien entre lui et son enfant, le père s'y conformera sans sourciller. Il peut aussi décider d'attaquer en justice ce refus. Une telle initiative serait tout à fait légitime compte tenu de la compétence générale du droit commun. Une difficulté apparaîtrait néanmoins et porterait sur la question de la juridiction compétente pour en connaître, entre le juge administratif et le juge judiciaire. S'agissant d'un acte d'état civil, la logique commanderait de saisir le Procureur de la République du TGI du ressort de la mairie en cause, dont le refus justifierait de s'en remettre directement au Tribunal de grande instance de Mamoudzou, car ces difficultés ressurgiront sans doute et exclusivement à Mayotte⁷⁹⁵.

⁷⁹² Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12.806, *D.* 2000. Jur. 731, note T. Garé ; *ibid.* 2001. Chron. 404, obs. S. Le Gac-Pech ; *ibid.* Somm. 976, obs. F. Granet ; *ibid.* Somm. 1427, obs. H. Gaumont-Prat ; *ibid.* Somm. 2868, obs. C. Desnoyer ; *RTD civ.* 2000. 304, obs. J. Hauser.

⁷⁹³ Civ. 1^{re}, 12 juin 2013, n° 12-19.569, *AJ fam.* 2013. 442, obs. G. Vial.

⁷⁹⁴ Les chances de voir la filiation adoptive prospérer dans les familles mahoraises semblent très minces, si l'on se fie aux propos de M. Cadou. Ainsi, précise-t-elle, « l'adoption d'un petit musulman par un couple métropolitain étant plutôt mal vécue par la population locale » (E. CADOU, « Le statut de l'enfant dans l'océan indien : l'enfant mahorais », *op. cit.*, spéc. p. 329). De ce fait, la pratique de l'institution est très rare même envisagée à l'endroit des Mahorais eux-mêmes. Cela n'est d'ailleurs pas une surprise, lorsqu'on connaît la prégnance de l'Islam dans cette société.

⁷⁹⁵ Ignorant la réalité mahoraise, l'officier d'état civil métropolitain procédera comme à l'ordinaire, et acceptera la reconnaissance ainsi faite sans se poser de question.

393. Pareille mésaventure devrait être sérieusement envisagée lorsque l'enfant à reconnaître est celui d'un couple de statut civil particulier uni en la forme religieuse, vivant donc en concubinage relativement au droit positif en vigueur. Cette situation est assez insolite lorsqu'on sait que le mécanisme de la dation de nom a été précisément institué pour contourner la rigueur du droit musulman. Dans cette hypothèse pourtant, le contournement s'avère résolument sans intérêt. Tout au plus, il se révèle d'une tracasserie insoutenablement inutile. L'inertie du législateur contraint le juge à intervenir pour donner à ce dispositif l'harmonie qui lui fait défaut. Et face aux limites de l'intervention judiciaire, le justiciable peut être à son tour sollicité.

§2. Le rôle de la volonté individuelle

394. Certaines situations juridiques exigeant pour leur constitution ou avant l'application supplétive de la loi le cas échéant, l'intervention de la volonté individuelle, l'intervention du juge n'est dès lors d'aucune utilité. Les actes juridiques constituent indéniablement le domaine de prédilection de l'expression de la volonté individuelle. Mais il arrive également que la loi autorise celle-ci à écarter son application, pour recouvrer ensuite sa force contraignante dans son silence. Telle est la loi supplétive. Les deux hypothèses sont envisageables dans le statut personnel.

Cette éventualité est d'ailleurs rendue possible par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010 qui autorise dans son dernier alinéa l'utilisation de l'option de législation par les justiciables du statut civil de droit local applicable à Mayotte. Néanmoins, si l'autonomie de la volonté peut contribuer à l'effectivité de la vocation générale du droit commun (B), ce n'est pas sûrement pas par le biais de l'option législative (A).

A) Une manifestation dissociable de l'option législative

395. L'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010 dispose *in fine* 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 ». La tentation est forte de trouver dans cette disposition l'une des solutions idoines, l'instrument par lequel l'autonomie de la volonté peut contribuer à l'effectivité de la vocation générale du droit commun. Après le juge, le législateur trouve en chaque bénéficiaire du statut civil particulier un relais sérieux pour achever son œuvre assimilatrice. A l'évidence il n'en est rien et pour deux raisons d'ailleurs.

En premier lieu, la possibilité d'un recours à l'option législative a été doublement critiquée par la doctrine. Ensuite et surtout, cette éventualité apparaît sans intérêt lorsqu'il est postulé le principe de la vocation générale du droit commun.

La présence du mécanisme de l'option législative dans les textes relatifs au statut civil particulier n'a été que modérément accueillie par les auteurs. A son endroit, deux griefs sont principalement formulés. Il est d'abord reproché à l'option de législation son manque de précision quant aux conditions d'utilisation, mais également d'intervenir dans un domaine inapproprié, en l'occurrence celui du statut personnel. La critique est tantôt fondée sur le risque d'atteinte à la prévisibilité et à la sécurité des rapports juridiques, tantôt tournée vers l'éventuelle atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Ce sont ces deux critiques qu'il faut dans un premier temps mettre en évidence, avant d'examiner l'inutilité pure et simple de ce mécanisme au regard de la réalité du droit positif.

396. L'option législative apparaît dans de nombreux textes portant maintien des institutions juridiques traditionnelles dans les colonies françaises. Le statut personnel mahorais l'a originellement ignorée, laissant ainsi subsister une stricte dualité de statuts civils ne pouvant céder qu'en présence de rapports mixtes. Seule a été prévue l'option de juridiction permettant de saisir le Tribunal de première instance au lieu du Cadi, conformément à l'article 2 de la délibération de 1964, sans toutefois que son utilisation n'emporte option de législation. Il a donc fallu attendre la loi de programme de 2003 pour le voir enfin faire son entrée dans le statut personnel mahorais, pour être maintenu par l'ordonnance précitée de 2010.

Dès son introduction en droit local en 2003, l'option législative a été sévèrement critiquée par M. Sermet. Il lui a précisément reproché sa forte propension à favoriser « la pratique du *low-shopping* », tout en constituant un obstacle sérieux « à la pratique de la renonciation à la carte »⁷⁹⁶. La critique est d'autant plus justifiée qu'à la différence de l'option juridictionnelle, le recours à l'option législative reste une initiative impliquant une seule personne. La faculté ainsi reconnue s'avère d'autant plus dangereuse qu'aucune précision ne filtre quant aux conditions précises de son utilisation. Une telle lacune accentue résolument le risque d'atteinte à la sécurité juridique. Ainsi, chacun peut décider à dessein et continuellement d'être soumis de façon ponctuelle au droit commun, sans que cela n'emporte

⁷⁹⁶ L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme...*, op. cit., p. 76.

renonciation au statut personnel. Ce ne sont pourtant pas ces reproches qui sont formulées à son endroit, après son maintien par l'ordonnance du 3 juin 2010.

Mme Ralser regrette surtout que le législateur ait autorisé l'utilisation d'un mécanisme dont l'exercice contrevient indubitablement au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes⁷⁹⁷. Or l'état des personnes est précisément constitué d'un ensemble d'institutions réglementées par l'Etat permettant d'individualiser la personne dans « sa situation en tant que sujet de droits et de son statut familial »⁷⁹⁸. Dans cette perspective, il tend à la « stabilité de l'identité qui permet la reconnaissance interindividuelle en deçà des multiples variations que la liberté imprime en chaque existence personnelle »⁷⁹⁹. Quant au principe d'indisponibilité dont il est frappé, il « exprime cette soumission de la liberté des individus aux exigences de la loi »⁸⁰⁰ ; d'où l'exclusion de toute libre disposition par la volonté. On comprend mieux ainsi la réserve émise par Mme Ralser à l'endroit de l'option législative, même si elle n'est pas récente.

397. En remontant le temps en effet, et précisément à la période coloniale, on trouve trace de quelques observations critiques à ce propos. Outre l'imprécision affectant les conditions de son exercice et sa portée, qui reste fortement décriée, l'option législative est perçue comme attestant du « caractère non obligatoire des règles de droits traditionnels et comme une confirmation de la compétence générale de la loi française »⁸⁰¹. Si son application en matière contractuelle ne fait pas de doute, sa réception dans le domaine du statut personnel

⁷⁹⁷ E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte... », *op. cit.*, p. 747. Comme lors de son introduction en droit local en 2003, l'absence de précision quant aux conditions de mise en œuvre de cette faculté est pareillement critiquée. Par ailleurs, lorsqu'elle est utilisée continuellement, l'option de législation peut dissimuler une renonciation qui ne dit pas son nom.

⁷⁹⁸ P. VOIRIN, G. GOUBEAU, *Droit civil*, T.1, 35^e éd, LGDJ, 2015, p. 71.

⁷⁹⁹ X. DIJON, *La raison du corps*, Bruylant 2012, p. 27. On lira d'ailleurs avec profit les passages qui suivent. Ainsi l'auteur déclare « Lorsque le droit civil énonce, au cœur de la vie sociale, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, il met en évidence la part d'involontaire qui affecte le sujet, né sans l'avoir décidé, enfant de tels parents, relié à tel pays, etc. En même temps, le droit rappelle au sujet que son état si personnel qu'il soit, cristallise un ensemble de relations à autrui : à ses parents, à son conjoint, à ses enfants, à ses contemporains à son pays. N'est-ce pas précisément parce que cet état est relationnel qu'il ne peut être laissé à la pure et simple disposition de son titulaire ? » (p. 27-28).

⁸⁰⁰ M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « La liberté des personnes face au cadre de la loi », in M. GROSS, *Homoparentalité, état des lieux*, Eres, p. 47.

⁸⁰¹ G.-A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? op. cit.*, p. 67.

suscite de vives discussions doctrinales. La nature des matières en relevant a ainsi poussé M. Solus à en exclure l'éventualité⁸⁰².

Par ailleurs, sans véritablement contester la pertinence de cette thèse au regard des considérations théoriques qui la sous-tendent, M. Kouassigan concède qu'elle constitue « la conception idéale », mais se montre moins enthousiaste du point de vue de la pratique, convaincu en cela qu'elle s'analyserait en un non sens, compte tenu des intentions réelles du législateur colonial, lesquelles s'inscrivent indubitablement selon lui dans la perspective d'une « politique d'assimilation suggérée »⁸⁰³. Ainsi, au lieu d'arracher les autochtones de leurs particularismes locaux pour les soumettre au droit français de la famille, on les laisse vivre sous l'emprise de leurs traditions, tout en leur proposant d'y renoncer définitivement ou ponctuellement.

Du reste, et dans l'esprit, on relève bien une réticence doctrinale envers l'extension de l'option législative dans le statut personnel, eu égard à l'atteinte qu'elle peut porter au principe de l'indisponibilité de l'état de la personne.

398. Bien qu'imprécis, ce principe ne reste pas moins souvent rappelé par les tribunaux français. Depuis 1991, il est régulièrement sollicité pour réprimer la maternité de substitution, et précisément pour prononcer la nullité des conventions dites de « mères porteuses » qui en résultent, que la candidate soit française ou étrangère⁸⁰⁴. A cet égard, il a été soutenu que son invocation participe de la volonté de « défendre une certaine conception de la famille et de la maternité »⁸⁰⁵. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes connaît cependant et de

⁸⁰² H. SOLUS, *op. cit.*, p. 292.

⁸⁰³ G.-A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 68-69.

⁸⁰⁴ Dans un arrêt du 31 mai 1991, l'Assemblée plénière a ainsi retenu que « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes » (Cass. ass. plén. 31 mai 1991, *Bull. ass. Plén.* 1991, n° 4 ; *JCP* 1991, II, 21752, concl. Dontenville, note F. Terré ; *D.* 1991, p. 417, rapp. Y. Charrier, note D. Thouvenin ; *RTD civ.* 1991, 517, obs. D. Huet-Weiller). La solution a été rappelée dans trois arrêts du 6 avril 2011 (Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011 n° 09-664 86, n°09-17.130 et n° 10-19053, *AJ fam.* mai 2011, n°262, note F. Chénéde, B. Haftel et M. Domingo).

⁸⁰⁵ M.-X. CATTO, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », in séminaire *Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant*, La Revue des Droits de l'Homme n°3, juin 2013. <http://revdh.files.wordpress.com/2013/06/7seminairecatto1.pdf>.

longue date un essoufflement certain imputable à la fois au législateur et à la jurisprudence⁸⁰⁶. Ainsi, la loi du 8 janvier 1993⁸⁰⁷ a institué une dérogation à ce principe dans le cadre d'un accouchement anonyme, facilitant l'adoption de l'enfant que la mère n'a pas reconnu. Par ailleurs, alors qu'elle rejetait systématiquement le changement de sexe à l'état civil du transsexuel au nom de ce principe, la Cour de cassation opéra un revirement de jurisprudence en 1992 dans deux arrêts, en précisant que « le principe du respect dû à la vie privée justifie que l'état civil (du transsexuel) indique désormais le sexe dont elle a l'apparence »⁸⁰⁸.

Ces entorses restent toutefois strictement encadrées, si bien que même permises par la loi ou le juge, il n'en demeure pas moins qu'« un ordre public s'interpose, dirait-on, à l'intérieur même du sujet, entre sa volonté et son propre état pour permettre à autrui de le reconnaître en son identité »⁸⁰⁹. Et toute liberté laissée à la volonté individuelle apparaîtrait nuisible à la sécurité juridique des rapports sociaux. C'est en ce sens que l'on peut véritablement comprendre l'inquiétude de M. Sermet exposée en début d'analyse.

399. L'option législative peut à certains égards être considérée comme une dérogation prévue par la loi à l'endroit du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Mais sa formulation générale, l'absence de précision quant aux conditions de son utilisation, le manque d'encadrement législatif en ce sens, révèlent sa dangerosité et lui desservent fortement. Certes, « la règle de l'indisponibilité contient les éléments de son ambiguïté », en

⁸⁰⁶ Si le législateur et le juge ont admis quelques tempéraments au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, certains auteurs s'étonnent même que l'on puisse parler d'indisponibilité de l'état des personnes. Mme Leroyer soutient ainsi que « le terme même d'indisponibilité s'avère impropre en matière d'état des personnes et conduit à des confusions regrettables ». Selon elle, ce qui est indisponible est le contraire de ce qui est disponible, qui renvoie à ce dont on peut librement disposer, en l'occurrence les biens. Partant, l'indisponibilité doit s'analyser à ce qui constitue une entorse au droit de disposer librement d'un droit, ce qui ne peut s'exercer limitativement que sur un bien. Dès lors, l'indisponibilité voit son domaine circonscrit au seul droit patrimonial. En matière d'état des personnes, la préférence serait donnée à l'ordre public, dont l'indisponibilité « ne fait cependant que traduire la mise en œuvre » (A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 247-283, spéc. 260 à 265). Nous n'avons cependant pas voulu rentrer dans ce débat doctrinal, au risque de nous éloigner de la question qui nous occupe.

⁸⁰⁷ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JO 9 janvier 1993, p. 495.

⁸⁰⁸ Cass. ass. plén., 11 déc. 1992 n° 91-11.900 et n° 91-12.373, D. 1993. IR 1 ; *RTD civ.* 1993. 97, obs. J. Hauser.

⁸⁰⁹ X. DIJON, *op. cit.*, p. 28.

ce sens que refusant à toute personne la libre disposition de son état, « le droit est bien forcé de tenir compte de la réalité des vécus »⁸¹⁰, mais il n'en demeure pas moins que cette éventualité ne doit pas se faire en sacrifiant la sécurité juridique. Et c'est bien le tort que l'on peut adresser au mécanisme de l'option législative qui ne connaît de limite que celle que s'impose l'agent dans son utilisation. Et l'on ne saurait guère livrer ainsi en pâture les rapports juridiques en les laissant aux mains du hasard.

400. Nonobstant la pertinence des analyses qui précèdent, force est de reconnaître que donner de l'importance à l'option législative en l'état actuel du droit positif semble sans intérêt. Comme pour l'application supplétive du droit commun par le juge en cas de silence ou d'insuffisance du droit local, cette éventualité doit être écartée. Elle doit l'être d'autant plus qu'elle postule le maintien de certaines spécificités locales, ce qui paraît aujourd'hui inconcevable.

La solution à découvrir, et qui fera intervenir l'autonomie de la volonté implique que soit posé dès le départ le principe de la compétence exclusive du droit commun, puisque c'est bien cela qui ressort implicitement des énonciations de l'article 16 du 3 juin 2010 ratifiée, qui a abrogé les sources formelles du droit local. L'intervention de la volonté individuelle ne se manifesterait pas pour choisir une règle de droit commun en lieu et place d'une règle locale normalement applicable, mais précisément pour se conformer aux nouvelles règles qui régissent les rapports juridiques des personnes relevant de statut civil particulier, en l'occurrence le droit commun. Il s'agit là d'une conséquence forcée de la suppression des sources du droit local. Recourir à l'option législative apparaîtrait dès lors saugrenu. Et c'est en cela que ce mécanisme est inutile.

Ainsi donc, l'autonomie de la volonté ne peut se manifester à travers l'option législative car consécutivement à la suppression de ses sources formelles, il n'y a plus de situation juridique soumise au droit local, exclusion faite des considérations liées aux conflits de lois dans le temps. Même à supposer que les spécificités mahoraises soient maintenues, ce mécanisme ne peut être utilisé sans risque. Non seulement cela contreviendrait à la sécurité des rapports juridiques, mais subsiste également le risque manifeste d'une atteinte manifeste au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Cependant, l'exclusion de l'option législative comme moyen d'expression de l'autonomie de la volonté destinée à concrétiser la

⁸¹⁰N. GALLUS, *Le droit de la filiation : Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Larcier 2009, p. 439.

compétence exclusive du droit commun n'empêche nullement la liberté individuelle de produire ses effets dans certaines institutions.

B) Une intervention aux effets néanmoins certains

401. Si faire place à l'autonomie de la volonté dans les rapports familiaux -domaine où l'Etat marque la législation de son empreinte et de son emprise- risque de porter atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, force est de reconnaître que cette possibilité reste pourtant envisageable, comme le confirme la lecture du Code civil⁸¹¹. Il a même été suggéré de reconnaître un rôle à l'autonomie de la volonté dans le statut personnel en droit international privé permettant à chacun de choisir sa propre loi. Déjà applicable en matière contractuelle, l'initiative de l'étendre dans le statut personnel est venue de M. Carlier⁸¹² avant d'être critiquée par M. Goldstein⁸¹³.

Le Code civil étant la norme de référence des rapports naissant du statut civil particulier, deux hypothèses sont susceptibles de faire intervenir la volonté individuelle : la conclusion du pacs et le choix du régime matrimonial. L'initiative individuelle est fondamentale dans ces matières, soit pour donner vie à l'acte, soit pour choisir un modèle de régime matrimonial pour ne pas se voir imposer par défaut le régime légal. Dans aucune situation en effet, il ne peut être envisagé une intervention judiciaire en lieu et place de la volonté individuelle. Quant à la manifestation de celle-ci, elle n'implique nullement le recours à l'option législative.

402. Le pacte civil de solidarité ne ressort pas expressément de l'énumération 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 Mayotte. Il ne constitue pas moins, avec le concubinage et le mariage, l'un des modes de conjugalité prévus par le droit français. En outre, dans le Code civil, il apparaît dans la partie traitant des personnes, et précisément les dispositions réglementant leur état. Aussi, est-il acquis qu'après la conclusion du pacs, mention doit

⁸¹¹ Voir notamment I. SAYN, « L'évolution du rôle de la volonté individuelle dans l'encadrement juridique de l'organisation familiale », *Cahiers philosophiques* 2008/4 n°116, p. 69-86.

⁸¹² J.-Y. CARLIER, « Autonomie de la volonté et statut personnel », *Cahiers des Droits Maghrébins*, vol. 1, 1995, p. 5-17.

⁸¹³ G. GOLDSTEIN, « L'autonomie de la volonté dans le statut personnel. Lecture critique de la thèse de Jean-Yves Carlier », *Revue québécoise de droit international* 1997/10, p. 199-214.

désormais être portée en marge de l'acte de naissance depuis le 1^{re} janvier 2007. L'institution connaît d'ailleurs, dit-on, « un succès qui ne se dément pas »⁸¹⁴. Le mariage n'étant valide que célébré par l'officier d'état civil, il peut ne pas attirer certains Mahorais qui lui préféreront le concubinage ou le pacs, qui constitueront à certains égards la forme officielle d'une union musulmane.

Concernant le pacs, l'article 515-1 du Code civil le définit comme étant « un contrat conclu entre deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». Il exige donc pour sa conclusion l'intervention de la volonté individuelle. Et en tant que contrat, il reste bien évidemment soumis pour sa validité aux règles communes qui régissent sa formation. Ayant pour objet l'organisation de la vie commune entre les partenaires, il en résulte un certain nombre d'obligations comme l'aide matérielle et l'assistance réciproque, ainsi que la solidarité pour les dettes relatives aux besoins de la vie courante (art. 515-4 du Code civil). Si comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, le pacs suppose « une résidence commune, une vie de couple »⁸¹⁵-en écho à l'objet même de cette institution-, difficile cependant d'y déceler comme dans le mariage, des effets personnels dont le manquement serait sanctionnable. Il est donc impossible d'obtenir par la voie judiciaire la sanction de l'infidélité du partenaire⁸¹⁶.

403. Si le pacs suppose pour sa constitution l'initiative de la volonté individuelle, l'intervention judiciaire n'est pas à exclure, au regard notamment des droits et devoirs pécuniaires qui en résultent, mais également pour le contentieux résultant de la séparation. Le principe est celui de la libre rupture. Celle-ci peut néanmoins donner lieu à réparation dans certaines circonstances. Mais la sanction reste sans rapport avec la rupture elle-même, mais porte précisément sur son caractère fautif. Elle intervient sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, et suppose que le partenaire ait établi une faute dans la rupture lui ayant causé un

⁸¹⁴ Voir AVENA-ROBARET, « « Matrimonialisation » du pacs », *AJ fam.* 2001, p. 3.

⁸¹⁵ Cons. const., 9 nov. 1999, DC n°99-419, *JO* 16 novembre 1999, p. 16962, considérant n°28, *D.* 2000. 424, obs. S. Garneri ; *RTD civ.* 2000. 109, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 870, obs. T. Revet.

⁸¹⁶ La Cour d'appel de Montpellier l'a récemment rappelé, tout en envisageant son éventualité dans l'hypothèse où les partenaires s'y seraient expressément engagés (CA Montpellier, 4 janv. 2011, n°10/00781, *Dr. fam.* 2011, com. 89, obs. V. Larribau-Terneyre). A l'opposé, et avant la loi de 2006, le TGI de Lille avait pourtant admis l'existence du devoir de fidélité entre partenaires, en se fondant sur l'exécution de bonne foi du contrat que représente le pacs (TGI Lille. ord. réf., 5 juin 2002, *Dr. fam.* 2003, com. 57, note B. Beignier ; *RTD civ.* 2003, p. 870, obs. J. Hauser ; *D.* 2003, p. 515, note X. Labbé ; *RJPP* 2003. 38, note S. Valory).

dommage. D'après les juges montpelliérains, celle-ci « peut consister dans le fait de créer, d'entretenir ou d'aggraver un état de dépendance du partenaire, pour l'abandonner ensuite »⁸¹⁷. Le critère pour caractériser ce type de faute semble donc être une situation de dépendance imputable à l'autre partenaire, suivi d'un abandon, quelles que soient d'ailleurs les circonstances d'appariation de celle-ci⁸¹⁸.

En dehors de ce cas précis de la réparation fautive de la rupture du pacs, d'autres questions se posent. Elles portent fondamentalement sur la répartition de l'ensemble des biens utilisés par le ménage avant la séparation, mais également sur la transmission des biens au partenaire survivant prévu par un testament, lorsque la rupture du pacs résulte du décès de l'un des partenaires, ainsi que sur l'éventuel bénéfice de la protection concernant le logement⁸¹⁹.

Les Mahorais de statut civil particulier pourront donc conclure le pacs, mais devront en cas de litiges, s'en remettre au juge. L'autre possibilité faisant intervenir la volonté individuelle reste le choix du régime matrimonial.

404. A côté du régime primaire qui s'impose à tous les couples mariés et en application du principe de la liberté des conventions matrimoniales, le législateur reconnaît aux époux la possibilité d'organiser à leur convenance la gestion de leurs biens. Ils doivent ainsi établir un contrat de mariage par devant notaire, à défaut ils se verront appliquer le régime matrimonial prévu par la loi, « une sorte de vêtement de confection dont la loi habilite d'autorité les relations pécuniaires des époux qui, par ignorance ou à bon escient, se sont abstenus de commander à un notaire un régime sur mesure »⁸²⁰, c'est-à-dire le régime de la communauté des biens réduites aux acquêts.

Le contrat de mariage doit être rédigé avant le passage devant l'officier de l'état civil, qui doit d'ailleurs s'enquérir de son existence. En pareille circonstance, les époux doivent

⁸¹⁷ CA Montpellier, 4 janv. 2011, n°10/00781, Dr. fam. 2011, com. 89, obs. V. Larribau-Terneyre.

⁸¹⁸ La présence de la conjonction « ou » dans la phrase laisse bien supposer qu'il ne s'agit pas d'une énumération dont on pourrait déduire une exigence cumulative des conditions, mais plutôt d'alternative : soit que la situation de dépendance a été créée, soit qu'elle a été entretenue, soit qu'elle a été aggravée. Il y a donc trois situations de dépendance possibles.

⁸¹⁹ Sur l'ensemble de ces questions voir F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Pacs et famille, Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD. civ.* 2001, p. 529 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civil. – A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2007, étude n°1.

⁸²⁰ P. VOIRIN, G. GOUBEUX, *Droit civil, T.2, op. cit.*, p. 37.

fournir un certificat délivré par le notaire, et mention sera ensuite faite sur l'acte de mariage pour en informer éventuellement les tiers (art. 76, 8° du Code civil). Lorsqu'il constate que les époux n'ont pas signé de contrat de mariage, il en fera également mention. Cette défaillance justifiera ainsi l'application supplétive du régime légal. En application du principe de l'immutabilité du régime matrimonial, la célébration du mariage fait échec à tout changement de régime matrimonial qu'il y ait contrat ou pas. Le principe connaît cependant des tempéraments. Qu'en est-il du choix du régime matrimonial pour les époux de statut civil particulier ?

405. A l'évidence, comme pour l'ensemble des règles relatives aux effets du mariage, le législateur est resté silencieux. En vain, on cherchera une disposition qui rappelle de manière expresse aux Mahorais de statut personnel qu'ils doivent conclure un contrat de mariage par devant notaire pour ne pas être soumis au régime légal. Pourtant cette possibilité existe. Cette éventualité est en effet suggérée par l'article 7 de l'ordonnance du 3 juin 2010. Celui-ci énonce que les dispositions du Code civil relatives aux actes du mariage s'appliquent aux personnes relevant du statut civil de droit local, avec néanmoins quelques réserves. Pour ces personnes en effet, la référence au conseil de famille apparaissant aux articles 73 et 76 est supprimée. Or, l'article 76 du Code civil présente justement la particularité d'énumérer les mentions devant figurer dans l'acte de mariage, au nombre desquelles, l'existence ou non d'un contrat de mariage. Ce qui signifie *a contrario*, et en l'absence de réserve expressément formulée à ce propos que l'officier d'état civil doit s'assurer également que les époux de statut civil particulier ont établi un contrat de mariage ou pas, pour en tirer les conséquences. Et comme en droit commun, l'absence de contrat de mariage signifie application du régime légal.

406. Après renseignement auprès des mairies des Mayotte, il s'avère qu'à chaque célébration d'un mariage, et sans distinction de statuts civils, la question est posée et l'officier d'état civil ravise en apposant l'information sur l'acte de mariage. Si une telle pratique est conforme à la loi, celle-ci n'en reste pas moins critiquable dans sa formulation. En effet, Les époux de statut civil particulier et ceux de droit commun ne sont pas tout à fait logés à la même enseigne. La différence apparaît ici précisément au niveau de l'information portant sur la nécessité de rédiger un contrat de mariage par devant notaire, pour ne pas se voir imposer le régime légal. Cette information est déjà connue des personnes de statut civil de droit commun, tandis que celles de statut civil particulier l'apprennent au jour de la célébration du

mariage. La critique peut être nuancée en arguant de ce que l'éventualité d'un report de la célébration en attendant la rédaction éventuelle d'un contrat de mariage reste tout à fait envisageable. Mais une telle modération ne saurait aucunement dissimuler cette nouvelle tracasserie, qui fait inutilement perdre du temps aux époux de droit local, et qui peut être opportunément évitée par une formulation claire du législateur.

407. En définitive, et sans avoir recours au mécanisme obsolète de l'option législative, les personnes relevant du statut personnel mahorais peuvent conclure le pacs. Certes cette possibilité n'est pas expressément formulée par l'ordonnance du 3 juin 2010, mais le législateur ne l'a pas non plus interdite. Or ce que la loi n'interdit pas, elle l'autorise, d'autant plus que le statut civil dérogatoire du droit commun a été vidé de ses sources formelles. Quant au choix du régime matrimonial, il résulte d'une habilitation implicite. Au regard de ses implications, le législateur serait mieux inspiré en signifiant clairement cette éventualité, comme il devrait le faire d'ailleurs pour l'ensemble du droit commun, en énonçant purement et simplement sa plénitude de compétence désormais acquise.

408. Conclusion du chapitre 1^{er}. En supprimant les sources formelles du statut personnel mahorais, la législation a implicitement consacré la compétence exclusive du droit commun. Cette éventualité semble pourtant contrariée par certaines dispositions de l'ordonnance du 3 juin 2010 admettant à la fois l'application supplétive du droit commun en cas de lacune du droit local et le recours à l'option législative. Les justiciables et le juge peuvent légitimement penser que certaines spécificités ont été maintenues, ce qui est d'autant plus vrai que certains aspects ont été oubliés par le législateur. Le nouveau dispositif présente ainsi un problème général d'accessibilité et d'intelligibilité, qui peut d'ailleurs apparaître spécifiquement dans certaines matières. Pareille situation révèle indubitablement une défaillance dans la technique législative. Des corrections auraient pu être apportées, si le législateur avait procédé à une évaluation législative. Pour ce faire, l'objet doit être précisément défini, ce que ne permet pas le nouveau dispositif. La connaissance de la substance de leurs droits par les justiciables s'avère incertaine, ce qui accentue le risque d'atteinte à la prévisibilité des décisions judiciaires. Postulant la plénitude de compétence du droit commun, nous avons découvert dans le nouveau dispositif le moyen de lui donner toute sa cohérence. Ces solutions étant seulement ponctuelles, une intervention législative s'impose pour déclarer formellement la soumission des Mahorais de statut civil particulier pour

l'ensemble de leurs rapports au droit commun. Le principe étant néanmoins acquis, se pose désormais la question afférente au droit transitoire.

Chapitre II : Les difficultés relatives aux conflits de loi dans le temps

409. Toute évolution législative invite à réfléchir sur le champ d'application dans le temps entre la loi abrogée et la nouvelle fraîchement entrée en vigueur. Le législateur peut lui-même fixer les conditions d'intégration dans l'ordonnement juridique de cette dernière, comme notamment introduire une disposition énonçant par exemple la rétroactivité de la nouvelle législation. Dans son silence, l'article 2 du Code civil énonce « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». De cette double proposition ressortent deux principes : l'un fondé sur la non-rétroactivité de la loi nouvelle et l'autre consacrant son effet immédiat. Se trouve ainsi exclue toute possibilité pour la nouvelle législation de faire remonter ses effets aux situations constituées antérieurement à son entrée en vigueur, et ayant produit leurs effets. Elle ne peut dès lors s'appliquer qu'aux situations naissant après son entrée en vigueur. Mais les choses ne sont pas aussi simples qu'on ne le laisse suggérer.

En effet, certaines situations peuvent avoir été constituées sous l'empire de la loi ancienne sans pour autant que leurs effets soient épuisés au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Des difficultés peuvent ainsi apparaître, interrogeant sur la loi applicable. A cet effet, il est admis de longue date que la loi nouvelle saisit les effets futurs des situations juridiques en cours. Toutes ces questions se posent relativement à la suppression des sources formelles du statut personnel mahorais au profit du droit commun.

410. A ce propos, il convient de rappeler que le législateur ne fournit aucune précision quant à la résolution éventuelle des conflits de lois dans le temps susceptible de s'élever consécutivement à la réforme du statut civil de droit local applicable à Mayotte. Aucune disposition rétroactive n'est prévue. Ce qui laisse suggérer que l'article 2 du Code civil doit pouvoir fournir les solutions propres à résoudre les conflits de lois dans le temps. La prohibition de principe de la rétroactivité de la loi ne soulève *a fortiori* aucune difficulté, justifiant une analyse. En effet, la loi nouvelle ne peut remettre en cause les situations juridiques constituées et dont les effets ont été consommés sous l'empire de l'ancienne loi. Il en est autrement des effets futurs. Dans cette hypothèse précisément l'effet immédiat de la loi s'applique.

Néanmoins, des difficultés apparaîtront lorsque les effets litigieux seront ceux émanant d'une union polygamique, eu égard à la suppression pour l'avenir de cette institution par l'article 9 de l'ordonnance de 2010. En effet, la conception monogamique du Code civil se révélera inadaptée. Il faudra dès lors envisager d'autres solutions. En outre l'article 11 a fait

disparaître la répudiation, en rappelant que les règles du Code civil relative au divorce s'appliquent à tous les époux de droit local, quelle que soit la date à laquelle la mariage a été célébré. Ce qui pose la question de l'application du régime primaire pour ces unions.

D'une manière générale, si le principe est bien celui de l'application immédiate du droit commun (Section 1), force est de reconnaître qu'une telle solution s'avère impraticable dans certaines hypothèses (Section 2).

Section 1 : Le principe de l'application immédiate du droit commun

411. Le principe de l'application immédiate du droit commun doit être compris ici, envisagé à l'égard des situations juridiques qui se sont constitués sous l'empire de l'ancien système, mais qui continuent à produire des effets. Etant donné que leur constitution n'est pas remise en cause, la difficulté provient précisément des leurs effets futurs. Ceux-ci seront en principe régis par le droit commun.

Ainsi affirmée dans son principe (§1), l'application immédiate du droit commun ne mérite pas moins d'être nuancée (§2).

§1/ L'affirmation du principe

412. L'application immédiate de la loi nouvelle aux effets futurs des situations juridiques constitués sous l'empire de la loi ancienne n'est pas expressément prévue par l'article 2 du Code civil. Il importe de revenir brièvement sur les conditions d'émergence de cette solution. En ce qu'elle se traduit concrètement au regard de la question qui nous occupe par l'application immédiate du droit commun, la détermination du fondement d'une telle solution devient un préalable (A) avant d'en envisager la portée (B).

A) Le fondement

413. La formulation de l'article 2 du Code civil sur les conflits de lois dans le temps s'avérant trop simpliste au regard des complications naissant de la mise en œuvre des deux principes qu'ils consacrent (la non-rétroactivité de la loi nouvelle et son application pour l'avenir), la doctrine est venue apporter des éclaircissements. A cet effet, deux théories se sont succédées, sans que la jurisprudence se soit expressément prononcée en faveur de l'une d'elles, appliquant diversement et à la mesure du possible les solutions ainsi préconisées. On oppose ainsi la théorie dite classique et fondée sur les droits acquis à la théorie dite moderne, émanant des travaux de M. Roubier.

414. La théorie dite classique propose pour la résolution des conflits des lois dans le temps, de distinguer les droits acquis des simples expectatives. Les premiers sont ceux qui ne peuvent pas être remis en cause par la loi nouvelle, précisément parce que « des intérêts se sont consolidés »⁸²¹, les rendant ainsi irrévocables ; solution que peut d'ailleurs justifier le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle. Les simples expectatives sont quant à elles constituées de droits subjectifs dont le bénéfice relève purement de l'espérance. Fondées sur une simple éventualité, elles ne peuvent que difficilement résister à la force obligatoire de la nouvelle loi. D'une manière générale et d'après la logique soutenue par les partisans de cette doctrine, c'est l'acquisition complète ou non d'un droit qui permet ainsi de les départager⁸²².

D'essence libérale et foncièrement dominé par l'individualisme⁸²³, la théorie des droits acquis a dominé tout le XIX^e siècle, avant de succomber sous le feu des critiques. On lui a tout d'abord reproché son caractère lacunaire, ne pouvant s'appliquer que sur des droits patrimoniaux, s'avérant désespérément inopérante s'agissant du droit de la famille⁸²⁴. Aussi, lui a-t-on fait grief de reposer sur un fondement douteux, en ce qu'elle suggère que la loi doit en tout temps garantir les droits qu'elle consacre.

Une telle approche est au demeurant inconcevable. En effet, sa concrétisation est nécessairement exclusive de toute éventuelle réforme législative⁸²⁵. Dans cette perspective, la doctrine des droits acquis prônerait la « défense des droits subjectifs contre les droits objectifs », auxquels ils doivent pourtant leur existence, si bien que « la vraie question n'est pas celle de la protection de tel ou tel droit subjectif, mais celle du conflit de compétence entre la loi ancienne et la loi nouvelle »⁸²⁶. Parce qu'elle a été incapable de proposer de vraies solutions aux difficultés posées par la succession des lois dans le temps, M. Roubier est venu proposer une nouvelle méthode qui a eu depuis les faveurs des auteurs et du juge, et répondant au nom de la théorie moderne⁸²⁷.

⁸²¹ F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob 1999, p. 99.

⁸²² P. ROUBIER, *Le droit transitoire-Conflits des lois dans le temps*, 2^e éd., Dalloz 2008.

⁸²³ F. OST, *op. cit.*, p. 99.

⁸²⁴ F. TERRE, *Introduction général au droit*, 10^e éd., Dalloz, 2012, p. 446 et s.

⁸²⁵ F. OST, *op. cit.*, p. 99.

⁸²⁶ F. TERRE, *op. cit.*, p. 447 et s.

⁸²⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*.

415. Délaissant l'approche fortement subjectiviste caractérisant la théorie des droits acquis, il adopte une approche plus objectiviste fondée sur la situation juridique, dont il remarque qu'elle peut connaître différentes phases, allant de sa constitution à son extinction. Entre ces deux moments, la situation juridique peut avoir produit instantanément ses effets, comme ceux-ci peuvent s'étaler dans le temps. En tout état de cause, les situations juridiques qui se sont constituées sous l'empire de la loi ancienne, tout en produisant pareillement leurs effets ne peuvent aucunement être affectées par les modifications législatives. Cette solution est ainsi justifiée par le principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle. Seules sont soumises à celle-ci, les situations juridiques qui lui sont postérieures. Est ainsi découvert le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle.

Néanmoins, et en dépit de cette apparente clarté, des difficultés peuvent apparaître relativement aux situations juridiques dont la constitution puise ses racines dans les dispositions de la loi abrogée, mais sans avoir produit tous leurs effets après une évolution législative. Quelle est la loi compétente, entre la loi ancienne et la loi nouvelle pour régir ces effets futurs ? Ici se situe précisément l'un des principaux apports de cette doctrine qui préconise les deux solutions selon le type de situation litigieuse. Ainsi, si le principe reste l'effet immédiat de la loi nouvelle, il sera néanmoins écarté au bénéfice de la survie de la loi ancienne en présence d'une situation contractuelle.

416. L'application immédiate de la loi nouvelle aux situations en cours s'explique par l'impossibilité d'envisager la solution opposée au risque de favoriser l'émergence de règles concurrentes à raison de la même matière ; « ce qui provoquerait inévitablement une confusion inextricable dans les rapports juridiques »⁸²⁸. Plus précisément, la solution est commandée par le souci d'asseoir l'unité de la législation étatique, préoccupation qui ne peut intéresser la matière contractuelle qui se singularise par la place reconnue à l'autonomie de la volonté, apparaissant comme « le moyen dans lequel la diversité pénètre le monde juridique », et dont l'intervention peut donner lieu à une multitude de situations juridiques remarquables chacune par sa spécificité, ce qui fait échec à toute appréhension de l'ensemble dans une logique unitaire⁸²⁹.

⁸²⁸ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 345.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 346-347.

Chaque contrat poursuivant un but précis, la loi nouvelle ne peut ainsi déployer sa force obligatoire sans préjudice sur les intérêts des parties⁸³⁰. Il est dès lors apparu opportun de laisser la loi sous l'empire de laquelle le contrat a vu le jour, le régir jusqu'à l'extinction des droits et obligations en résultant. D'où il suit qu'en matière d'état de personne, matière fortement réglementée par la loi, et dont les institutions échappent en principe à la libre disposition individuelle, la règle est bien celle de l'effet immédiat de la loi nouvelle pour les situations en cours. Ainsi se trouve justifié le fondement de l'application immédiate du droit commun dans les litiges naissant du statut personnel mahorais.

417. Toutefois, et avant d'analyser la portée de cette solution, il convient d'apporter quelques précisions utiles et générales sur les différents principes précédemment énoncés. Concernant tout d'abord le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle, il s'impose au seul juge, puisque le législateur peut y déroger. Aussi, et en dehors de cette éventualité, d'autres hypothèses permettent la rétroactivité de la loi nouvelle. Il en est ainsi des lois interprétatives ou encore lois pénales plus douces. Quant à la survie de la loi ancienne en matière contractuelle, la présence d'une disposition d'ordre public dans une loi nouvelle justifie le retour au principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle.

B) La portée

418. Le principe de l'application immédiate du droit commun interroge sur sa concrétisation sous différents aspects. La question se pose tout d'abord à l'égard des situations juridiques nées sous l'empire du droit local, aujourd'hui disparu, et qui continuent à produire leurs effets. Il est clair que pour ces situations, aucune remise en cause n'est envisageable, consécutivement à la prohibition de principe de la rétroactivité de loi. C'est le cas notamment des unions contractées sous la forme religieuse et ne pouvant être dissoutes qu'en référence aux règles du Code civil.

Par ailleurs, le statut personnel originel renferme des prescriptions prohibitives, comme l'impossibilité de l'enfant né hors mariage d'établir sa filiation paternelle. A ce propos, il s'agit de savoir si l'avènement du droit commun donne la possibilité à tout enfant dans ces conditions d'établir cette filiation par la voie judiciaire. La dévolution successorale enfin fait

⁸³⁰ P. VOIRIN, G. GOUBEAU, *Droit civil*, T.1, *op. cit.*, p. 26.

partie de ces matières qui ont été occultées par l'entreprise assimilatrice. Dans ce domaine, le législateur a seulement interdit tout partage du patrimoine du défunt entre ses héritiers révélant des discriminations. Comment concilier cette règle avec le principe de la dévolution successorale prévalant en droit commun ? Qu'en est-il enfin des droits de succession devant être acquittés par certains héritiers avant de pouvoir jouir des biens ainsi transmis ?

En ce qu'elle présente des difficultés nécessitant de longs développements contrairement aux autres matières (2), la dévolution successorale doit être traitée à part (1).

1) Sur le cas particulier de la dévolution successorale

419. Avec la suppression des sources formelles du statut personnel mahorais, le droit commun s'applique nécessairement par défaut aux rapports en résultant. Il en est ainsi en matière successorale. L'abrogation des textes étant intervenu avec l'ordonnance du 3 juin 2010, se pose la question de l'application dans le temps du nouveau droit positif. En ce sens, on peut s'inspirer de la solution retenue par la Cour de cassation dans un arrêt du 15 mai 2008 sur l'application dans le temps de la loi du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral⁸³¹. Elle a en effet posé que la loi de 2001 ne peut remettre en cause les successions qui ont fait l'objet d'un partage définitif au jour de sa publication, c'est-à-dire le 4 décembre 2001, pour ne saisir que les successions ouvertes à cette date, et dont le partage n'a pas été réalisé⁸³². D'où il suit que relativement aux successions intéressant les personnes soumises au statut civil particulier, le droit commun ne s'applique uniquement pour celles ouvertes le 4 juin 2010 et qui n'ont pas fait l'objet d'un partage. Ainsi, posé ce principe n'en appelle pas moins quelques précisions, tant il est vrai que de nombreuses difficultés peuvent surgir en pratique.

410. Il en est ainsi tout d'abord de l'article 12 de l'ordonnance du 3 juin 2010 qui déclare interdite toute discrimination pour la dévolution successorale qui serait contraire aux dispositions d'ordre public. A l'origine, cette disposition issue de l'article 68 de la loi de programme de 2003 visait seulement les enfants nés après sa promulgation, intégrant la loi

⁸³¹ Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JO* 4 déc. 2001 p. 19279.

⁸³² Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2008, n° 06-19.33, *Dr. fam. 2008*, comm. 105. Cet arrêt confirme d'ailleurs celui du 1^{re} avril 2008 rendu par la même chambre (Civ. 1^{re}, 23 janv. 2008, n° 05-20727, *Dr. fam. 2008*, comm. 46, note B. Beignier).

statutaire de 2001 pour devenir l'article 52-4. Cette loi a été abrogée par l'article 16 de l'ordonnance précitée. Si l'interdiction de discrimination a bien été maintenue, la condition temporelle d'application de la règle a disparu. Il s'ensuit généralisation de l'interdiction, qui s'applique donc à toutes les successions non encore ouvertes.

Sont naturellement visées ici les règles successorales musulmanes et le privilège de masculinité justifiant une part très amoindrie pour la femme au regard de celle recueillie par l'homme. Une interprétation stricte de l'article 12 de l'ordonnance de 2010 signifie qu'un testament répartissant le patrimoine du défunt de manière inégalitaire entre les héritiers doit être déclaré nul. Or, la compétence exclusive du droit commun est acquise depuis la publication de l'ordonnance précitée. Et en matière successorale, le principe est la dévolution volontaire. C'est seulement lorsque le défunt n'a pas pris ses dispositions de son vivant, que l'on appliquera la dévolution *ab intestat*. En d'autres termes, lorsque survient un décès, la volonté du *de cuius* doit être respectée pour autant qu'elle est exprimée dans un testament. Ainsi, l'article 895 du Code civil énonce-t-il que « le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ». Le testateur peut parfaitement organiser sa succession conformément au droit musulman, ce qui contrevient indéniablement aux prévisions de l'article 12 de l'ordonnance de 2010. Cette disposition apparaît donc inconciliable avec le droit commun désormais seul applicable, si bien que son éviction ne fait pas de doute. L'autre difficulté porte la situation très originale de l'époux polygame, dont le décès rend impraticables les règles du Code civil. La question fera néanmoins l'objet de développements ultérieurs.

411. Pour reprendre la solution retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 15 mai 2008 et précédemment citée, le droit commun s'applique à toutes les successions de droit local ouvertes le 4 juin 2010 et sur lesquelles il n'y a pas eu de partage. Pour ces successions ainsi que celles ouvertes par la suite, il faudra nécessairement distinguer selon que le *de cuius* a prévu ou pas un testament. En présence d'un testament, sa volonté doit être respectée. Le cas échéant, il sera fait application de la dévolution *ab intestat*, en tenant bien évidemment compte de la présence ou non d'un époux survivant, avec les conséquences qui en résultent relativement à l'acquittement des droits de succession.

Le testament doit satisfaire aux conditions de fond et de forme posées par le droit commun. Les premières portent sur l'existence du consentement, la capacité du testateur, l'objet et la cause ; tandis que les secondes exigent nécessairement un écrit, distinguant testament olographe et testament authentique, dressé donc par devant notaire. Relativement au

testament authentique, le Cadi n'exerçant plus la fonction de notaire, il faut dès lors s'en remettre au notaire de droit commun, conformément à l'article 16 de l'ordonnance du 3 juin 2010 ratifiée par la loi du 7 décembre 2010. A ce propos, convient-il de rappeler que le notaire fait l'objet d'avantage de sollicitation de la part des héritiers de statut civil particulier⁸³³. Le testament qu'il soit dressé par devant notaire ou simplement olographe peut néanmoins refléter dans ses dispositions la dévolution successorale musulmane. Dans cette perspective, la femme héritera nécessairement d'une part très faible. En d'autres termes, la part dévolue à son frère peut excéder la quotité disponible et empiéter ainsi sur la réserve héréditaire. Celle-ci ayant vocation à limiter la liberté de toute personne de disposer de ses biens à titre gratuit, la sœur sera tout à fait fondée à exercer dans les délais fixés par la loi, une action en réduction, même si elle ne pourra prétendre seulement qu'à une indemnité⁸³⁴.

412. Concernant la dévolution *ab intestat*, une attention particulière doit être portée sur le sort de la maison offerte par le père à sa fille à marier conformément à une coutume locale, en cas de décès de celle-ci. Ce transfert de propriété à titre gratuit au bénéfice de la fille constitue bien une donation au sens du Code civil. Or en matière successorale, il existe ce qu'on appelle le droit de retour. Celui-ci profite tantôt aux collatéraux privilégiés (art. 757-3 du Code civil), tantôt au père et mère donateurs (art. 738-2 du Code civil), mais également à l'adopté simple (art. 386-1 du Code civil). Par ailleurs, le droit de retour peut avoir été stipulé dans l'acte de donation. Ce droit de retour conventionnel prévu à l'article 951, alinéa 1 du Code civil constitue en réalité une condition résolutoire caractérisée par le prédécès du donataire, et qui emporte anéantissement automatique de la donation, puisque le bien est restitué au parent donateur survivant⁸³⁵. Le droit de retour légal s'applique donc par défaut. La transmission coutumière du bien s'effectuant par la seule remise des clés à la future épouse, voir un terrain nu à bâtir, le droit de retour conventionnel doit nécessairement être écarté. Seul reste donc envisageable le droit de retour légal.

Ce dernier relève de la variété des successions anormales, c'est-à-dire celles qui se détachent des règles dévolutives ordinaires pour opérer dévolution en fonction de l'origine du bien⁸³⁶. Dans cette perspective, et en principe « le donateur recouvre le bien qu'il a avait

⁸³³ C. KUHN, C. POPINEAU, *op. cit.*, p. 59.

⁸³⁴ Sur la question, voir B. VAREILLE, « Nouveau rapport, nouvelle réduction », *D.* 2006, p. 2565.

⁸³⁵ P. VOIRIN, G. GOUBEUX, *Droit civil*, T.2, *op. cit.*, p. 143.

⁸³⁶ F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4^e éd. Dalloz 2013,

donné si le donataire précède sans postérité »⁸³⁷. Mais le Code civil consacre actuellement trois cas de droit de retour légal : celui des collatéraux privilégiés, celui des père et mère donateurs, et celui de l'adopté simple. L'adoption n'existant pas en droit local, ce dernier cas ne devrait pas nous intéresser.

413. En principe et conformément aux prévisions de l'article 757-2 du Code civil, en cas de décès de l'un des époux, et en l'absence de descendants, mais également des père et mère, le conjoint survivant recueille toute la succession. L'article 757-3 du Code civil vient néanmoins tempérer cette règle pour les biens reçus par le défunt de la part de ses ascendants, soit par succession, soit par donation. Il consacre ainsi un droit de retour au profit des frères et sœurs. Celui-ci ne joue que dans l'hypothèse du prédécès des ascendants, à condition toutefois que le défunt soit sans postérité. En pareille circonstance, les biens concernés sont partagés par moitié entre les frères et sœurs et le conjoint survivant. Quant au droit de retour légal des ascendants privilégiés, c'est-à-dire les père et mère, il est prévu par l'article 738-2 du Code civil. Celui-ci précise par ailleurs que ce droit ne déploie ses effets qu'à « concurrence des quotes-parts fixées au premier alinéa de l'article 738 ». En d'autres termes, le droit de retour des père et mère n'est pas intégral et se réduit précisément à leur part successoral respectif. Il n'y a donc pas possibilité de cumul.

En tout état de cause, et en vertu de l'article 738-2 du Code civil, le droit de retour des ascendants privilégiés ne joue que dans l'hypothèse où le défunt serait sans postérité. La jurisprudence est néanmoins venue l'étendre dans le cas d'une renonciation à la succession des enfants⁸³⁸. En outre, ce droit de retour peut être obstrué par le droit au logement du conjoint survivant. La transmission coutumière au profit de la fille à marier portant sur un bien immobilier, deux droits seront en concurrence, celui des parentes donateurs et le droit au logement du conjoint survivant. Comment sortir de ce marasme ?

414. M. Blanchard a fait des propositions. Rejetant l'exclusivité des droits en conflit au demeurant impossible à satisfaire, il suggère que le droit de retour des parents soit exécuté en

p. 206 et s.

⁸³⁷ Ph. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, 5^e éd. Defrénois 2012, p. 75.

⁸³⁸ Voir pour ce cas Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2012, n°11-14.104, *Bull. civ.* 2012, I, n° 112 ; *D.* 2012, p. 277, note D. Autem ; *RTD civ.* 2012, p. 762, obs. M. Grimaldi ; *Defr.* 2012, art. 40628, note I. Dauriac, *Dr. fam.* 2012, comm. 126.

valeur. Même s'il concède que cette solution présente des défauts, force est de reconnaître qu'elle apparaît comme « la moins imparfaite et la seule à combiner les droits de chacun, évitant un choix arbitraire entre les droits du conjoint et ceux des père et mère du défunt. Elle participe au délicat compromis entre la promotion du conjoint survivant et un certain recul des ascendants »⁸³⁹.

En l'absence d'alternative, on peut difficilement lui donner tort. Ce sont donc toutes ces difficultés que posera la matière successorale. Reste à déterminer l'effet immédiat du droit commun sur les autres situations juridiques en cours.

2) Relativement aux autres matières

415. L'application immédiate du droit commun dans les matières autres que les successions doit également être précisée. Sont ainsi concernés les mariages célébrés en la forme locale et soumis aux règles du divorce quant à leur dissolution. Concernant ces unions, se pose par ailleurs la question de l'application du régime primaire. La situation de l'enfant né hors mariage appelle également des précisions, relativement à l'éventualité d'une action en recherche de paternité.

416. La laïcisation de la célébration du mariage étant définitivement acquise depuis la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration⁸⁴⁰, la possibilité de voir les unions célébrées après la publication de cette loi, sanctionnés pour nullité lorsque les conditions sont satisfaites, doit être envisagée. Pour ce faire, certaines précisions doivent au préalable être apportées. Si le législateur a bien exigé des personnes de droit local qu'elles se marient devant l'officier d'état civil pour la validité de leur union depuis le 26 juillet 2006, force est de reconnaître que c'est seulement en 2010 avec l'ordonnance du 3 juin, et précisément son article 7, qu'il est venu expressément ajouter l'application des règles du Code civil relatifs aux actes de mariage, aux qualités et conditions requises pour se marier, aux formalités relatives à la célébration, aux oppositions et aux demandes en nullité. L'adoption du texte précisé coïncide avec l'assimilation effective des règles relatives à la formation du mariage de droit local. La nullité étant une sanction intervenant au stade de la formation du

⁸³⁹ Ch. BLANCHARD, « Le conflit du droit viager au logement du conjoint et du droit de retour légal des père et mère », *Defr.* 2009, art. 39020, p. 2047 -2060.

⁸⁴⁰ Loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, *JO* 25 juil. 2006 p.11047

mariage, dès lors et *a fortiori*, toute action en ce sens ne sera recevable que pour autant qu'elle attaque une union contractée à partir du 4 juin 2010.

Pour les unions célébrées antérieurement, la question de leur validité ne se discute guère. Célébrées en la forme locale avant 2006, elles restent valides sous réserve de leur transcription à l'état civil, même par jugement supplétif. Célébrées après la publication de la loi de 2006, elles sont également valides à la seule condition d'avoir fait intervenir l'officier de l'état civil, autrement il s'agira purement et simplement d'unions de fait, relevant en tant que telles des solutions applicables au concubinage.

417. La question se pose ensuite sur l'éventualité d'une soumission des mariages de droit local en cours au régime primaire. Là encore, des distinctions doivent être faites. Comme expliqué précédemment, il appert que le régime primaire s'applique sans discussion aux mariages célébrés après le 4 juin 2010⁸⁴¹. Pour les autres unions, des doutes subsistent.

Avant de rendre obligatoire la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil en 2006, le législateur avait déjà étendu en droit local la réglementation du divorce en 2004, mais uniquement pour les personnes en âge de se marier le 1^{re} janvier 2005⁸⁴². Ce qui signifie que toutes les personnes mariées depuis ce jour sont soumises au régime primaire, autrement elles n'auraient pas pu, du moins pour celles qui l'auraient voulu, valablement invoquer le divorce pour faute⁸⁴³. En d'autres termes, toutes les personnes en âge de se marier le 1^{re} janvier 2005 et qui l'ont fait, sont depuis et jusqu'à aujourd'hui soumises au régime primaire⁸⁴⁴. Qu'en est-il des unions célébrées avant le 1^{re} janvier 2005 ? Ces unions de droit local ont continué à être régies par le droit local dans les rapports personnels et pécuniaires, jusqu'à la publication de l'ordonnance du 3 juin 2010 qui a généralisé le divorce en supprimant définitivement et pour l'avenir la répudiation.

Depuis la publication de ce texte, le régime primaire est nécessairement applicable aux époux mariés de longue date sous la forme locale. Ainsi et à titre d'exemple, toute dette

⁸⁴¹ Voir *supra* n°387.

⁸⁴² L'article 32 II de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce modifie l'article 52-3 de la loi statutaire de 2001 en rappelant que « 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 accédant à l'âge requis pour se marier à compter du 1er janvier 2005. ».

⁸⁴³ Voir *supra* n°387

⁸⁴⁴ Jusqu'à la publication de la loi du 24 juin 2006, ces personnes ont nécessairement été mariées sous la forme locale, l'officier d'état civil n'intervenant que pour dresser l'acte de mariage.

ménagère contractée par l'un des époux depuis le 4 juin 2010 engage solidairement l'autre, comme chaque époux peut également intenter une action en contribution aux charges du mariage contre l'autre. En définitive, les personnes de droit local mariées avant le 1^{er} janvier 2005 se voient appliquée dès la publication de l'ordonnance du 3 juin 2010, les articles 212 à 226 du Code civil.

418. Il convient de préciser néanmoins concernant l'article 215 alinéa 3 du Code civil que son application reste fortement problématique en présence d'une union polygamique. Celui-ci exige pour la vente du logement familial et des meubles qui le garnissent, le consentement de l'autre époux. Or, « dans le cadre d'un mariage polygamique, cela aboutirait à exiger de la part de chacune des épouses le consentement à l'acte de disposition envisagée par le mari ou par l'une d'entre elles »⁸⁴⁵. Le logement familial appartenant généralement à l'épouse, la question se posera plutôt pour le mari et les autres coépouses.

419. Par ailleurs et de manière générale, concernant la dissolution du lien matrimonial et quelle que soit la date à laquelle l'union a été célébrée, le juge agira comme il le fait à l'égard des époux de droit commun : tentative de conciliation dont l'échec seul justifie une demande de divorce, possibilité d'allocation d'une prestation compensatoire, liquidation du patrimoine des époux⁸⁴⁶. Une petite précision s'impose néanmoins relativement aux époux mariés en la forme locale et avant le 1^{er} janvier 2005.

Si tout époux se trouvant dans cette situation a répudié son épouse depuis le 4 juin 2010 pour s'installer ailleurs seul ou avec une autre femme, il s'est nécessairement rendu coupable, soit d'abandon du domicile conjugal, soit d'infidélité, voire les deux ; comportements constitutifs d'une faute, justifiant le prononcé du divorce prévu à l'article 242 du Code civil. En outre, lorsque la demande de divorce intervient pour faute ou pour altération définitive du lien conjugal, la faute doit nécessairement avoir été commise à partir du 4 juin 2010, qui constitue d'ailleurs le point de départ du délai de cessation de la communauté de vie ayant durée deux ans, propre à justifier le prononcé de l'autre type de divorce.

⁸⁴⁵ B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN Joly, 1993, p. 321.

⁸⁴⁶ Cet aspect sera d'ailleurs immédiatement abordé dans la suite de ces développements, lorsqu'il s'agira d'examiner l'atténuation du principe de l'application immédiate du droit commun, à propos justement du régime matrimonial.

420. Concernant l'enfant né hors mariage, l'exercice de l'action en recherche de paternité est rendu possible avec la disparition des sources formelles du droit local le 3 juin 2010, justifiant l'application du droit commun. Dès lors, et sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'une renonciation au statut personnel, la demande peut intervenir au bénéfice de tout enfant naturel même majeur, et qui n'aura pas dépassé 28 ans conformément aux prévisions de l'article 321 du Code civil, quelle que soit d'ailleurs sa date de naissance. Cette solution fait suite à la décision de la Cour de cassation du 20 février 1917 qui a débouté un père invoquant un droit acquis avant la loi du 16 novembre 1912, lui permettant de s'opposer à l'établissement judiciaire de la filiation paternelle, faculté que le législateur vient de supprimer. La Cour a en effet déclaré l'action recevable même pour les enfants nés antérieurement à la promulgation de la loi de 1912⁸⁴⁷. Le raisonnement vaut également pour les enfants naturels mahorais dont la filiation paternelle n'est pas établie consécutivement à l'extension implicite du droit commun en 2010.

En dehors de ces situations, le principe de l'application immédiate du droit commun aux situations juridiques en cours peut être écarté au profit de la survie de la loi ancienne.

§2/ L'atténuation du principe

421. Au nombre des difficultés posées par l'application immédiate du droit commun, la protection des personnes vulnérables. Depuis la suppression des attributions extrajudictionnelles du Cadi par la loi du 7 décembre 2010 ratifiant l'ordonnance du 3 juin 2010, dont la fonction de tuteur légal des incapables et des absents, se pose la question du domaine temporel du droit commun désormais compétent. La solution est venue d'une attestation d'exequatur délivrée par le Tribunal de première instance de Mamoudzou le 10 février 2011, aujourd'hui Tribunal de grande instance. Tout en rappelant que « Les actes de tutelles délivrés par les cadis sont (...) exécutoires de plein droit et doivent recevoir tous leurs effets tant à MAYOTTE, qu'en dehors du territoire de MAYOTTE », il a par ailleurs précisé que le droit commun ne s'applique que pour l'avenir. Dès lors, le droit commun désormais applicable ne saurait déployer sa force obligatoire aux actes de tutelle délivrés antérieurement à son extension implicite⁸⁴⁸.

⁸⁴⁷ Civ. 20 févr. 1917, *DP* 1917, concl. Sarrut, note H. Capitant, *S.* 1917, 1, 73, note C. Lyon-Caen, *Grands arrêts*, T. 1, n°4.

⁸⁴⁸ TPI de Mamoudzou, attestation d'exequatur délivré par le juge Moatty, le 10 février 2011, http://www.migrantsoutremer.org/IMG/pdf/jur_tpi-mamoudzou_2011-2-10.pdf

Il subsiste néanmoins des domaines laissant supposer la survie de la loi ancienne, faisant ainsi échec au principe de l'application immédiate du droit commun. Il en est ainsi du régime musulman de la séparation des biens (A), même s'il n'est pas exclu que les époux qui en sont soumis puissent l'abandonner au profit de l'un des régimes matrimoniaux prévus par le Code civil (B).

A) La survie du régime séparatiste des biens entre les époux

422. La faculté de choisir un régime matrimonial pour les personnes de statut civil particulier est tout à fait récente. Elle résulte de l'article 7 de l'ordonnance du 3 juin 2010 qui étend en droit local, les actes du mariage. A cet égard, l'officier d'état civil demande aux époux s'ils ont prévu un contrat de mariage, pour en faire mention dans l'acte les unissant, conformément aux prévisions de l'article 76. Cette règle n'a pris effet comme pour l'ensemble des dispositions du chapitre III du titre II du livre Ier du Code civil que le lendemain de la publication de l'ordonnance. Elle ne peut dès lors avoir un effet rétroactif. Dès lors, tous les mariages célébrés antérieurement au 4 juin 2010 sont en principe soumis à la conception musulmane de la séparation des biens. Il ne serait pas inintéressant d'en faire un bref rappel, avant de discuter du bien-fondé de la solution ainsi préconisée.

1) Le régime séparatiste des biens de droit local

423. Traditionnellement, la conclusion du mariage crée aussi bien des effets personnels et des effets patrimoniaux. C'est ce second aspect qui recouvre ce qu'on appelle communément, le régime matrimonial, entendu comme le « statut qui règle les intérêts pécuniaires des époux dans leurs rapports entre eux et avec les tiers »⁸⁴⁹. Il intéresse surtout le régime des biens entre époux, dont la répartition peut être source de difficulté en cas de dissolution du mariage. Ce qui implique une détermination claire des biens appartenant à chacun d'eux, avant et pendant le mariage. A Mayotte, la célébration du mariage en la forme musulmane, laisse supposer que les époux sont soumis au régime islamique de la séparation des biens, tout en intégrant certaines règles coutumières au stade de la répartition.

⁸⁴⁹ P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 9.

424. Selon Mme Ralser, le statut personnel mahorais d'essence musulman est silencieux relativement au régime des biens entre époux⁸⁵⁰. A trop réduire le droit local aux prescriptions islamiques, on finit par oublier les coutumes locales qui sont pourtant dominantes. S'il est bien unanimement admis que le mariage de droit local reste sans effet sur le patrimoine des époux, cela sous-entend que chacun d'eux reste propriétaire de ses biens acquis avant et pendant le mariage, à telle enseigne que l'on ne peut déduire de la célébration du mariage de droit local la création d'« une unité sociale et économique ayant sa vie juridique propre »⁸⁵¹. Partant, même si cela ne résulte pas d'une formulation expresse des textes applicables au statut personnel mahorais, le régime matrimonial est nécessairement de type séparatiste.

C'est d'ailleurs la thèse soutenue par de nombreux auteurs, comme Mme Blanchy et M. Moatty ainsi que M. Binet et bien d'autres. Ainsi, M. Binet affirme clairement que « Sur le plan patrimonial, le régime des époux est la séparation des biens »⁸⁵². Mme Blanchy et M. Moatty soutiennent quant à eux que relativement au droit musulman, « chaque époux reste propriétaire de ses biens, sauf ceux acquis en commun »⁸⁵³. Ce qui signifie bien que le régime est de type séparatiste, mais surtout d'inspiration islamique ; certains auteurs allant jusqu'à lui trouver des similitudes avec le régime séparatiste connu du Code civil⁸⁵⁴. En définitive, les patrimoines respectifs des époux restent distincts, sans possibilité pour eux par ailleurs d'opter pour un autre régime matrimonial⁸⁵⁵.

En effet, sitôt mariés, ils se trouvent automatiquement soumis au régime musulman de la séparation des biens. Ainsi, l'épouse reste propriétaire des biens acquis avant le mariage, et

⁸⁵⁰ E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte... », *op. cit.*, p. 755.

⁸⁵¹ G.-A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? op. cit.*, p. 239.

⁸⁵² J.-R. BINET, *op. cit.*, p. 804.

⁸⁵³ S. BLANCHY, Y. MOATTY, *op. cit.*, p. 123.

⁸⁵⁴ C. KUHN, C. POPINEAU, *op. cit.* Tout en reconnaissant que le mariage de droit local ne soumet pas les époux au régime de la communauté des biens, ils vont en effet jusqu'à écrire que « Cette autonomie patrimoniale des époux correspond à la séparation des biens que nous connaissons dans le Code civil » (p. 52).

⁸⁵⁵ Aujourd'hui encore, la conception musulmane de la séparation se rencontre dans le droit positif en vigueur dans les pays du Maghreb, même en Tunisie où le droit de la famille a pourtant été réformé de longue date, pour proposer un dispositif fortement tourné vers la modernité. Voir l'article 49 du Code marocain de la famille, l'article 37 alinéa 1^{er} du Code de la famille algérien, ainsi que l'article 24 du Code du statut personnel tunisien. Alors que l'autonomie des époux dans l'administration de leurs patrimoines respectifs est clairement énoncée dans les droits marocain et algérien, le législateur tunisien se contente seulement de rappeler que « Le mari ne dispose d'aucun pouvoir d'administration sur les biens propres de la femme ». L'indépendance des patrimoines des époux se déduit donc de cette disposition.

en assure elle-même l'administration sans possibilité d'interférence du mari. Investi de l'obligation d'assumer seul les charges du mariage, ce dernier ne peut en aucune façon puiser dans le patrimoine de son épouse, et encore moins la contraindre à le faire elle-même, pour pourvoir au besoin de la famille. Cependant, l'assimilation du régime matrimonial de droit local au régime séparatiste musulman doit être nuancée. Si la dissolution du lien matrimonial permet bien à chaque époux de récupérer l'ensemble des objets lui appartenant, le cas échéant les héritiers au décès de leur auteur, que les biens soient acquis avant ou pendant le mariage, c'est sous réserve cependant du respect de certaines coutumes locales qui influencent considérablement la répartition des biens. Celle-ci n'intervient pas de la même manière selon que les biens à répartir sont de nature mobilière ou immobilière.

425. Les biens immobiliers vont nécessairement à la femme. Aucun aménagement de la règle n'est possible. Ainsi, même lorsque le mari apporte la preuve de la propriété par un titre, la dissolution du lien matrimonial investit la femme propriétaire de la maison⁸⁵⁶. La maison bâtie par son père en vue de son mariage lui appartient également conformément à la coutume locale. Relativement aux biens de nature mobilière, le patrimoine personnel de la femme est constitué de la dot⁸⁵⁷, des bijoux dont elle conserve la propriété lors de la dissolution du mariage⁸⁵⁸.

Par ailleurs, le mariage à Mayotte connaît une double cérémonie. En effet, la célébration en la forme religieuse est suivie d'une célébration coutumière, l'occasion pour le mari d'apporter notamment des meubles de grande valeur destinés à garnir la maison. Ce qui interroge sur leur sort en cas de rupture du lien matrimonial. Selon M. Guy⁸⁵⁹, au moment de la séparation, le mari laisse la maison avec les biens qui le garnissent à l'épouse⁸⁶⁰. Quant aux autres biens de nature mobilière n'ayant pas la fonction de garnir le domicile conjugal, la

⁸⁵⁶ D. ABDOU, *op. cit.*, p. 76-77. La même solution a d'ailleurs été consacrée par le législateur comorien dans l'article 83 du Code de la famille comorien.

⁸⁵⁷ Le don nuptial est versé à la seule épouse préalablement à la consommation du mariage. Mais son évaluation n'est pas définie. Le montant doit en principe être déterminé lors de la conclusion du mariage.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 146.

⁸⁵⁹ P. GUY, « Le mariage en droit comorien », *op. cit.*, p. 655.

⁸⁶⁰ Dans le pays voisin (les Comores), l'article 83 du Code de la famille comorien énonce que les biens meubles qui garnissent la maison sont attachés à celle-ci, peu important que leur acquisition procède des fonds propres du mari dans la perspective d'équiper le domicile conjugal, propriété de la femme. Cette prescription ne fait qu'institutionnaliser une pratique coutumière et courante également à Mayotte.

femme conserve ceux qui sont propres à l'usage des femmes au même titre que ceux achetés par le mari pour l'entretien de la maison.

426. En ce qu'elles résultent des règles locales applicables antérieurement à l'ordonnance du 3 juin 2010 qui les abroge, ces solutions doivent être rigoureusement respectées par le juge de droit commun désormais chargé de trancher les litiges s'élevant en droit local. Partant, il importe de rechercher le fondement de la survivance du régime séparatiste de droit local.

2) Le fondement de la survie du régime séparatiste

427. A l'évidence, deux raisons permettent de justifier la survie du régime musulman de la séparation des biens après la suppression des sources formelles du droit local. Cette solution repose tantôt sur un argument d'opportunité, tantôt sur un argument juridique. Il importe de les examiner successivement, pour donner sens et consistance à cette assertion.

428. La survie de la conception musulmane de la séparation des biens nonobstant les évolutions ayant lourdement affecté le statut personnel mahorais s'explique tout d'abord par son caractère opportun relativement à la polygamie. L'ordonnance du 3 juin 2010 a définitivement supprimé cette institution, mais uniquement pour l'avenir. Les Mahorais de statut civil particulier ne peuvent plus avoir plusieurs épouses, à l'exception de ceux déjà engagés dans plusieurs unions avant le 4 juin 2010 dont le législateur n'a pas entendu remettre en cause. Quel est cependant le rapport entretenu entre cette institution et le régime de la séparation des biens pour justifier sa survie ?

La raison est très simple. Elle résulte d'une approche doctrinale militant en faveur de son maintien dans certains pays africains après les indépendances, au détriment de la communauté des biens, approche qui se rencontrent également en droit international privé. Il a été ainsi soutenu que « le mariage polygamique paraît inconciliable avec un régime de communauté de biens »⁸⁶¹. En effet, la détermination de la composition de chaque masse commune entre l'époux polygame et chacune de ses coépouses reste malaisée, ce qui provoque une autre difficulté portant elle sur le pouvoir d'administrer seul ces biens commun

⁸⁶¹ G.-A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?*, op. cit., p. 239.

reconnu à chaque époux : devant ces masses confuses, toutes les épouses peuvent exercer seules ce pouvoir⁸⁶².

Outre ces problèmes se rencontrant durant la communauté de vie, des incidences sont à prévoir au moment de la liquidation des différentes masses communes. Or ici, « le partage en parts égales et sans condition n'est pas toujours une solution adaptée au contexte »⁸⁶³. D'ailleurs l'homme engagé dans plusieurs unions risque sérieusement d'être le grand perdant. En effet, lorsque se posera la question de la liquidation du patrimoine conjugal, face à ses coépouses avec lesquelles il est soumis au régime de la communauté des biens, le mari polygame sera littéralement dépouillé. Cette issue dramatique explique du point de vue de l'éthique que la préférence soit donnée au régime de la séparation des biens, qui semble mieux adapté au mariage polygamique dans lequel « chaque épouse est considérée comme un ménage »⁸⁶⁴. Le raisonnement vaut également pour les époux de statut civil particulier.

En effet, le régime séparatiste de droit local doit continuer à s'appliquer, au moins pour assurer la sauvegarde des intérêts de l'époux polygame lors de la dissolution du mariage. La solution se justifie d'autant plus que les Mahorais n'ont jamais eu le réflexe de signer un contrat de mariage qui commanderait son respect⁸⁶⁵. L'obligation d'y recourir n'est d'ailleurs que de consécration récente. Il a fallu attendre l'adoption de l'ordonnance du 3 juin 2010 pour ce faire. Ce qui signifie que tous les mariages de droit local célébrés avant le 4 juin 2010 sont régis par le régime de la séparation des biens issu du droit local. La généralité de la solution ne doit cependant pas faire oublier qu'elle se justifie surtout par rapport à la situation de l'époux polygame.

429. Par ailleurs, de l'argument d'opportunité découle un argument juridique. En effet, dans la tradition juridique française, la question du régime matrimonial évoque souvent l'idée d'une expression de la volonté des époux dans la manière de gérer leurs biens, entre eux, mais également à l'égard des tiers. Il s'agit précisément du principe de la liberté des conventions matrimoniales consacré par l'article 1387 du Code civil. D'où la possibilité accordée aux futurs époux de choisir un régime matrimonial parmi les différents modèles proposés par la

⁸⁶² B. BOURDELOIS, *op. cit.*, p. 293-294.

⁸⁶³ J. TOUKAM NGUEBOU, « Les universitaires et l'émergence du droit camerounais », *Les Cahiers du droit*, vol. 42, n°3, 2001, p. 535.

⁸⁶⁴ G.-A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 239.

⁸⁶⁵ Voir E. RALSER, *op. cit.*, note 56.

loi, pour ne pas se voir appliquer par défaut le régime légal. La survie de la loi ancienne se justifie ainsi par rapport au fait que le régime matrimonial est assimilable au contrat. Et relativement à la résolution des conflits de lois dans le temps, la règle veut que la loi nouvelle n'affecte pas les contrats en cours. En ce sens, les effets futurs restent régis par la loi sous l'empire de laquelle ils ont été conclus.

L'intégration des régimes matrimoniaux dans le domaine d'application du régime contractuel en matière de conflits de lois dans le temps a d'ailleurs été défendue par M. Roubier, en se fondant sur la jurisprudence. Il a ainsi soutenu qu'il importe peu que « les parties aient procédé par voie de stipulation expresse, ou simplement par renvoi aux règles d'un régime matrimonial prévu par la loi » ou encore lorsque « les parties ont pu ne pas passer de contrat particulier parce qu'elles étaient satisfaites du régime légale »⁸⁶⁶. Il suit de là que le régime matrimonial applicable aux époux avant toute modification législative, doit, sauf volonté contraire des intéressés, continuer à s'appliquer. En d'autres termes, la loi nouvelle n'a aucune incidence sur le régime matrimonial applicable aux époux avant sa promulgation.

La solution vaut également pour le régime de la séparation des biens de droit local applicable avant l'adoption de l'ordonnance du 3 juin 2010. L'absence de faculté d'option permettant aux époux de choisir un autre régime matrimonial n'y change absolument rien. La célébration du mariage de droit local emportant application automatique du régime séparatiste aux époux, on ne peut leur imposer un autre régime matrimonial, sans préjudice de leurs droits respectifs. Autrement, ce serait déjouer leurs prévisions et favoriser ainsi l'atteinte à la sécurité juridique.

430. De ce qui précède, il apparaît donc opportun et même juridiquement fondé de laisser le régime séparatiste de droit local régir les mariages célébrés avant le 4 juin 2010. En premier lieu, il est mieux adapté au mariage polygamique. Ensuite et surtout, s'agissant d'un régime matrimonial, il relève nécessairement de la catégorie des contrats, et en tant que tel, il échappe au principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle. Dans un domaine impliquant la volonté des époux, à défaut de laquelle le régime légal s'applique, il est impensable que le législateur puisse imposer aux époux de droit local un autre régime, même celui de la séparation des biens connu du droit commun. Une telle démarche est de nature à porter atteinte au principe de liberté des conventions matrimoniales. Tout au plus, il peut leur

⁸⁶⁶ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 394. M. Roubier explique néanmoins que ces solutions ne portent que sur le seul régime matrimonial, strictement entendu comme le statut régissant le régime des biens. Ce qui exclut nécessairement les effets légaux du mariage par exemple.

suggérer la possibilité de faire ce choix. Il appert en effet que cette décision leur revient, et peut se traduire par l'abandon du régime séparatiste de droit local au profit de l'un des régimes matrimoniaux prévus par le Code civil.

B) Un régime néanmoins susceptible d'abandon

431. La possibilité pour les époux de droit local d'abandonner le régime séparatiste qui leur est applicable au profit de l'un des modèles proposés par le droit commun est tout à fait envisageable, même pour l'époux engagé dans plusieurs unions, mais sous réserve cependant. Cette possibilité résulte du principe de la liberté des conventions matrimoniales. Il importe en premier lieu d'expliquer cette notion, pour pouvoir ensuite aborder les modalités d'intervention de l'abandon du régime séparatiste du droit local, tout en prenant soin de préciser sa portée relativement au mariage polygamique.

432. Le principe de la liberté des conventions matrimoniales résulte de l'article 1387 du Code civil. Il signifie que les époux ont la liberté d'organiser leurs rapports patrimoniaux. Ils peuvent ainsi conclure un contrat de mariage avant de se présenter à l'officier de l'état civil, comme ils peuvent procéder à des modifications en cours de mariage. Cependant, la liberté laissée ainsi aux époux connaît des limites. En tout état de cause, leur volonté doit être conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La loi précise en ce sens qu'ils ne peuvent prévoir dans leur contrat de mariage des clauses qui écarteraient les droits et obligations naissant du mariage, c'est-à-dire les règles constitutives du régime primaire (art. 1388 du Code civil), à l'exception cependant de la contribution aux charges du mariage prévue à l'article 214 du Code civil. L'impossibilité pour les époux d'écartier conventionnellement ces règles s'explique par le caractère impératif de cet ensemble. Interdiction leur est également faite de déroger par stipulation contractuelle aux règles relatives à la filiation, à celles réglant l'autorité parentale, l'administration légale et la tutelle conformément aux énonciations de l'article 1389 du Code civil.

Par ailleurs, l'intervention de la liberté des conventions matrimoniales pour procéder à la modification du régime matrimonial originel en cours de mariage est de nature à heurter un autre principe, celui de l'immutabilité des régimes matrimoniaux. Il en résulte que les époux ne peuvent en aucune façon revenir sur le régime matrimonial qui était le leur au jour de la célébration du mariage. Initialement d'application absolue d'après l'article 1395 du Code civil de 1804 en vertu duquel « Les conventions ne peuvent recevoir aucun changement après la

célébration du mariage », la règle a néanmoins connu un assouplissement progressif, si bien que l'on parle aujourd'hui d'un « principe en déclin »⁸⁶⁷. C'est la loi du 13 juillet 1965⁸⁶⁸ qui est venue en tempérer la rigueur, en autorisant les époux à modifier conventionnellement et par devant notaire le régime matrimonial originel en tenant compte cependant des intérêts familiaux⁸⁶⁹, et sous réserve également d'une homologation par le juge (art. 1397 du Code civil dans sa rédaction issue de cette loi).

433. L'évolution législative ainsi constatée a justifié de la part de la doctrine, la qualification d'« immutabilité relative – ou mutabilité relative- des régimes matrimoniaux »⁸⁷⁰. Il a fallu attendre la loi du 23 juin 2006 pour voir disparaître la systématique du contrôle judiciaire, consacrant ainsi la « déjudiciarisation » du changement de régime matrimonial, même si quelques exceptions demeurent : l'homologation judiciaire est maintenue en cas d'opposition des enfants majeurs au projet de modification et en présence d'enfants mineurs. Concernant l'hypothèse n'impliquant pas d'homologation judiciaire et relativement aux énonciations de l'article 1397, l'acte notarié suffit à opérer ce changement, mais toujours dans le respect des intérêts familiaux ; étant précisé que la modification ne peut intervenir qu'au bout de deux années d'application du régime matrimonial existant et le notaire doit avoir au préalable liquidé celui-ci sous peine de nullité. La loi du 5 mars 2007⁸⁷¹ est toutefois venue supprimer le caractère automatique de cette dernière exigence. Dès lors, l'acte notarié ne peut être frappé de nullité par la seule considération tirée de l'absence de liquidation du régime existant. L'article 11 de la loi précitée modifiant l'alinéa 1^{er} de l'article 1397 précise en effet que la nullité est encourue exclusivement lorsque la liquidation du régime existant est « nécessaire ». Le législateur ne

⁸⁶⁷ N. PETRONI-MAUDIERE, *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, Presses universitaires de Limoges 2004.

⁸⁶⁸ Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JO* 14 juil. 1965 p. 6044.

⁸⁶⁹ De l'aveu même de la doctrine, la notion d'intérêt de la famille reste d'appréhension malaisée. Pour M. Cabrillac l'intérêt familial peut s'entendre en premier lieu d'un « intérêt pécuniaire », sans qu'il soit exclu que cela puisse viser un « intérêt extrapatrimonial », comme « la santé d'un époux » ou encore l'« handicap d'un enfant » (R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, 9^e éd., *LGDJ* 2015, n°130 p. 98).

⁸⁷⁰ A. COLOMER, « Le nouveau régime matrimonial légal en France (Loi n°65-570 du 13 juillet 1965), *RIDC* Vol. 18 n°1 1966, p. 62.

⁸⁷¹ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JORF* n°56 du 7 mars 2007 p. 4325.

dit cependant pas dans quelle circonstance cette nécessité est caractérisée. La doctrine estime cependant que cette nécessité s'impose lorsque le régime à délaissier est le régime légal au profit d'un régime séparatiste⁸⁷².

Même si cela implique un coût certain, les époux de droit local peuvent décider d'un commun accord d'abandonner le régime séparatiste particulier au profit de l'un des régimes matrimoniaux de droit commun⁸⁷³. Ils devront pour ce faire s'en remettre impérativement à un notaire, qui doit au besoin liquider au préalable le régime existant, sous peine de rendre nul l'acte modificateur. Quelques difficultés demeurent cependant. Est-il nécessaire de notifier le projet des modifications aux enfants majeurs pour leur permettre de faire jouer leur droit à opposition ? Faut-il également soumettre la convention modificative à l'homologation du juge en présence d'enfants mineurs ? Ces exigences ressortant respectivement des alinéa 2 et 4 de l'article 1397 du Code civil, rien ne justifie que l'on puisse passer outre, d'autant plus qu'il s'agit de citoyens français. Ces prescriptions doivent donc *a fortiori* être observées lorsque la modification émane d'époux de statut civil particulier. Etant tous soumis à un régime séparatisme, l'absence de liquidation préalable du celui-ci ne doit pas entraîner l'annulation de l'acte notarié modificateur, si l'on tient compte de la position doctrinale.

434. Sachant qu'en droit local le mariage peut être monogamique comme polygamique, le notaire sollicité pour rédiger l'acte portant changement du régime matrimonial serait bien inspiré de ne jamais recommander à l'époux polygame de s'engager dans le régime légal, au risque d'en payer le prix fort. Ce régime étant dangereux pour sa situation matrimoniale comme cela a été exposé précédemment. M. Bourdelois est d'ailleurs formelle sur cette question, lorsqu'elle affirme que « la polygamie ne se prête nullement à une communauté de biens à la française entre les époux »⁸⁷⁴. Si les couples monogamiques ont le loisir de choisir sur les conseils du notaire le régime qu'ils veulent, l'époux engagé dans plusieurs unions, a tout intérêt, s'il veut changer de régime matrimonial avec ses coépouses, de privilégier le régime de la séparation des biens tel que prévu par le Code civil. En tout état de cause, le changement de régime matrimonial doit nécessairement faire l'objet d'une publication. Il en sera donc fait mention dans l'acte de mariage des époux. Comme le prescrit le droit commun,

⁸⁷² Voir P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 43 ; Ph. SIMLER, « Le changement de régime matrimonial » *LPA* 2007 n°129, p. 8.

⁸⁷³ Les époux doivent en effet donner tous les deux leur consentement.

⁸⁷⁴ B. BOURDELOIS, *op. cit.*, p. 289.

la modification peut prendre effet à la date de l'acte notarié ou au jour de l'homologation judiciaire, lorsque le cas se présente.

435. En définitive, les époux de statut civil particulier peuvent continuer à bénéficier du régime matrimonial sous l'empire duquel leur mariage a été célébré. Il s'agit d'un régime séparatiste caractérisé par l'indépendance patrimonial des époux de par son influence islamique, mais fait intervenir des règles coutumières au stade de la répartition. Ils peuvent néanmoins décider de l'abandonner au profit d'un des modèles proposés par le droit commun, en sollicitant un notaire dans le cadre d'un changement de régime matrimonial.

Cependant, et concernant précisément l'époux polygame, le notaire doit fortement lui déconseiller le régime de la communauté réduite aux acquêts au risque de ne rien avoir en cas de liquidation des multiples patrimoines le liant à ses différentes épouses. Outre ce cas spécifique du régime matrimonial révélant l'atténuation de l'application immédiate du droit commun aux situations juridiques en cours, d'autres hypothèses dans lesquelles ce principe devrait normalement s'appliquer, révèlent l'inadaptation du droit commun à régir certaines situations.

Section 2 : Les limites pratiques de l'application immédiate du droit commun

436. Analysant les cas révélant l'atténuation du principe de l'application immédiate du droit commun, nous avons retenu que seul reste problématique dans cette perspective le régime matrimonial. En ce qu'il relève de la catégorie des contrats, il échappe nécessairement au principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle. C'est donc logiquement que le régime séparatiste du droit local continue à s'appliquer aux unions antérieures à l'extension implicite du droit commun dans le statut personnel. A cet égard, envisageant la possibilité d'un abandon du régime séparatiste de droit local, nous avons constaté l'impossibilité d'appliquer le régime légal au mariage polygamique compte tenu du désastre susceptible de résulter d'une communauté des biens à l'égard de l'époux polygame. En dehors de ce cas spécifiques, d'autres situations sont révélatrices de l'impraticabilité du droit commun. Là encore, c'est la situation de l'époux polygame qui pose problème, et doublement d'ailleurs (§1). Il faudrait dès lors réfléchir à des solutions susceptibles d'y remédier (§2).

§1/ Un dispositif inadapté à la situation de l'époux polygame

437. Relativement au mariage, le droit français a une conception strictement monogamique. En ce sens, l'article 147 du Code civil est formel : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ». Le Code pénal punit quant à lui le délit de bigame, comme le rappelle son article 433-20. L'application de ces dispositions a été généralisée à Mayotte par l'ordonnance du 3 juin 2010, après la suppression pour l'avenir de la polygamie. Les unions antérieures ont donc été maintenues. Ce qui signifie par ailleurs que les effets futurs en résultant sont soumis au droit commun, à l'exclusion du régime matrimonial. L'application du Code civil à ces effets n'en reste pas moins problématique. Et pour paraphraser M. Najm, cela reviendrait à tenter « la transposition de l'union polygamique de son milieu juridique dans un cadre qui n'a pas été conçu pour le recevoir »⁸⁷⁵.

Les difficultés inhérentes à la situation de l'époux polygame se manifestent à deux moments. Il faut donc les analyser séparément. Celles-ci apparaissent aussi bien pendant la communauté de vie (A) qu'au décès de l'époux polygame (B).

A) Pendant la communauté de vie

438. La difficulté envisagée ici concerne la problématique des droits sociaux de l'assuré polygame. Certes les dispositions applicables ne sont pas celles du Code civil, mais il a paru opportun d'envisager ce cas, en ce qu'il s'agit de règles applicables à la famille. Cette approche se justifie d'autant plus que le lien familial joue un rôle dans le droit de la protection sociale⁸⁷⁶.

Cependant, ce droit étant conçu initialement pour la monogamie, il a semblé pertinent de l'appréhender à l'aune de la situation de l'époux polygame. En tout état de cause, ce problème se posera, notamment dans l'hypothèse où le mari serait tenté de venir s'installer en métropole avec ses épouses. Cette situation apparaîtra originale pour les administrations métropolitaines davantage habituées à traiter les dossiers des épouses engagées dans une union polygamique, mais de nationalité étrangère⁸⁷⁷. Ici, les épouses seront de nationalité

⁸⁷⁵ M.-C. NAJM, *op. cit.* p. 418.

⁸⁷⁶ F. MAISONNASSE, « Le lien familial en droit de la protection sociale », in I. MARIA, M. FARGE (dir.) *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais 2014, p. 111 et s.

⁸⁷⁷ Il semblerait cependant que la tendance ne soit pas à la pluralité d'épouses, mais à la dualité. Voir G.

française, et leur situation est légale car provenant d'un système juridique qui a autorisé par le passé cette institution. Il s'agit maintenant d'en faire respecter les effets, puisque la polygamie n'a été supprimée que pour l'avenir.

439. L'incidence du mariage polygamique sur les droits aux prestations de la sécurité sociale se pose de longue date en France métropolitaine. La difficulté porte fondamentalement sur la qualité d'ayant droit justifiant le bénéfice des prestations de l'assurance maladie et de maternité. En application de l'article L. 313-3 du Code de la Sécurité sociale, cette qualité est reconnue au conjoint de l'assuré, aux enfants à sa charge ou de son conjoint, à l'ascendant, au descendant, au collatéral ou allié jusqu'au 3^{ème} degré. Si envisagé à l'égard des enfants la situation ne soulève aucune difficulté puisque le droit social ne fait pas de distinction quant à la nature du lien les unissant à l'assuré social, il en sera tout autrement s'agissant du conjoint de l'assuré, lorsque différentes épouses voudront se prévaloir de cette qualité.

En effet, la qualité de conjoint n'est reconnue qu'à une personne. L'article 313-3 du Code de la Sécurité sociale est appliqué à la lettre, même par les tribunaux. La règle est donc celle de « l'unicité de l'ayant-droit « conjoint » »⁸⁷⁸; cette qualité revenant bien évidemment à la première épouse, c'est-à-dire celle au nom de laquelle l'assuré social a fait la première demande. Ainsi dans un arrêt du 17 octobre 1961, la Cour d'appel de Chambéry a-t-elle décidé que la seconde épouse d'un polygame ne pouvait prétendre à la qualité d'ayant-droit de son époux pour percevoir des prestations des assurances maladie et maternité, celles-ci ayant déjà été attribuées à la première épouse⁸⁷⁹.

Cependant, étant donné qu'en la matière le droit français repose sur le principe de la territorialité, la seconde épouse résidant en France peut toujours hériter de cette qualité, en cas de départ de la première vers son pays d'origine. C'est du reste la solution consacrée par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 8 mars 1990⁸⁸⁰. Face à cette application rigoureuse de l'article 313-3 du Code la Sécurité social, on a pu dire que « la femme du polygame n'est pas une épouse à part entière »⁸⁸¹.

ANDREO, « Bigamie et double ménage », *RTD civ.* 1991, p. 263.

⁸⁷⁸ A. TOULLIER, « Les tergiversations du droit de la protection sociale face à la polygamie », *Droit social* n° 3 mars 2007, p. 324-331.

⁸⁷⁹ CA Chambéry, 17 octobre 1961, *RCDIP*, 1962, p. 496, note P. Lampué

⁸⁸⁰ Cass. ch. soc., 8 mars 1990, *Rev. crit.* 1991.694, note J. Deprez.

⁸⁸¹ E. RUDE-ANTOINE, « La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français : une

440. La fermeté témoignée par le juge français dans son refus de reconnaître pleinement à l'union polygamique ses effets, a commandé la recherche de nouvelles voies. La doctrine a ainsi essayé de s'engouffrer dans les brèches ouvertes par l'article L. 161-14 du Code de la Sécurité sociale qui fait référence dans son alinéa premier à la qualité d'ayant-droit « pour vie maritale ». Il a ainsi été soutenu qu'une telle solution fait ainsi apparaître une « pluralité des ayants-droit « à charge », tout en se fondant sur « la primauté de la situation de fait »⁸⁸². L'Administration ne s'est cependant laissée que modérément séduire par pareille ingéniosité. Elle a en effet déclaré que la disposition précitée ne vise nullement une situation constitutive de « pluri-concubinage », considérant que « le fait d'entretenir au foyer plusieurs épouses (...) ne peut être considéré comme constituant la vie maritale », ce qui permet d'exclure les épouses polygames⁸⁸³. Devant tous ces obstacles, reste la solution ultime, faire une demande personnelle en qualité d'assurée comme le suggère Mme Toullier⁸⁸⁴.

441. Ces précisions étant apportées, reste à savoir quelle sera l'attitude des Administrations et Caisses de la Sécurité sociale réunionnaises et métropolitaines, face à une demande émanant d'un assuré polygame au profit de chacune de ses coépouses, lorsqu'ils décident de quitter Mayotte pour s'installer à La Réunion ou en France métropolitaine. Les précédents développements portent précisément sur la situation des étrangers régulièrement établis en France. Or, dans le cas qui nous occupe, les personnes intéressées sont de nationalité française. Quel sort leur sera réservé ? Peut-on seulement leur refuser la qualité d'ayants-droit du conjoint assuré lors même que leur situation de coépouses résulte du droit français qui a autorisé la polygamie à Mayotte longtemps durant, avant de décider de sa suppression définitive, mais pour l'avenir seulement ?

Avant de réfléchir à d'éventuelles solutions, convient-il au préalable de finir l'examen des situations révélant la difficulté d'appliquer le droit commun à la situation de l'époux polygame, pour constater que ces problèmes n'apparaissent pas uniquement de son vivant durant la communauté de vie, ils se posent également lorsque survient son décès.

question théorique controversée », *Journal des anthropologues*, 1997/71, p. 39-56.

⁸⁸² A. TOULLIER, *op. cit.*, p. 328.

⁸⁸³ Circ. CNAM n° 890/79 du 16 août 1979 relative aux modalités d'application des dispositions de l'art. 13 de la loi n° 78-2 du 2 janv. 1978 (citée par A. TOULLIER, *op. cit.*, , note 13).

⁸⁸⁴ A. TOULLIER, *op. cit.*, p. 328.

B) Au décès de l'époux polygame

442. Outre les difficultés liées à la liquidation du régime patrimonial, la situation de l'époux polygame est source de nouvelles complications lorsque survient son décès. La question porte principalement sur le partage de sa succession et le versement de la pension de réversion entre les coépouses. Là encore le droit commun se révèle impraticable, eu égard à la conception monogamique sur laquelle il repose. Comme fait précédemment pour le bénéfice de la protection sociale au profit des coépouses, il s'agit seulement à ce stade d'examiner la teneur du problème.

443. L'ouverture de la succession d'une personne relevant du statut civil particulier ne soulève aucune difficulté sur la détermination de la loi successorale applicable et encore moins sur la qualité de conjoint survivant, comme cela se passe en droit international privé⁸⁸⁵. Jusqu'à une date récente on a appliqué le droit local. Depuis la suppression de ses sources formelles par l'ordonnance du 3 juin 2010, le droit commun s'applique. En outre, toute considération liée à la situation de l'immeuble n'est d'aucun intérêt. Toutes ces questions devront se résoudre en application du Code civil. La véritable difficulté est d'une autre nature. Elle interroge précisément sur la manière de répartir les biens du *de cuius polygame* entre ses différentes coépouses ainsi que leurs enfants respectifs, là où le droit commun ne vise qu'un conjoint survivant, avec éventuellement des enfants communs et/ou des enfants issus du premier lit.

Le problème se posera notamment lorsque le défunt n'aura pas pris ses précautions en prévoyant un testament, qu'il soit olographe ou dressé par un notaire en présence des témoins instrumentaires (ou par deux notaires) conformément aux prescriptions de l'article 971 du Code civil⁸⁸⁶, sous peine de voir s'appliquer la dévolution *ab intestat*. Dans cette perspective, c'est-à-dire en l'absence de volonté expressément exprimée quant à la transmission des biens pour cause de mort, la loi prendra le relais. C'est bien là que les choses se compliquent. En effet, le Code civil parle du conjoint survivant. Or, certains mariages de droit local sont de

⁸⁸⁵ En matière successorale et en présence d'un élément d'extranéité, le notaire doit nécessairement déterminer la loi applicable aux biens de nature mobilière ainsi que les biens immobiliers. Il faut également déterminer la loi applicable aux successibles.

⁸⁸⁶ L'article 971 du Code civil dispose en effet « Le testament par acte public est reçu par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins ».

type polygamique. Comment dès lors répartir équitablement ces biens entre les héritiers en l'absence d'un testament ?

444. Le décès d'un époux polygame de statut civil particulier soulève une autre difficulté, celle inhérente au versement de la pension de réversion à ces coépouses. A l'instar de la problématique inhérente aux droits sociaux de l'assuré polygame, le cas ici envisagé ne concerne pas véritablement les règles du Code civil, puisqu'il porte précisément sur le droit de la sécurité sociale. Cependant, en ce qu'il s'agit d'une difficulté naissant des rapports familiaux, on ne peut l'occulter. En plus d'être pertinente, la question séduit également par son originalité caractérisée par la présence de citoyens français, engagés dans des unions polygamiques. Le cas se rencontre en droit international privé, mais également en droit interne. Dans cette dernière hypothèse, c'est le conjoint survivant qui est en concours avec les anciens conjoints (divorcés ou remariés) du défunt. Cette situation a d'ailleurs été vivement critiquée par une partie de la doctrine jugeant « complètement obsolète de favoriser un mariage dissout en faisant reposer ce traitement de faveur uniquement sur la durée du mariage »⁸⁸⁷. Le cas qui nous occupe est somme toute différent. Quelle solution adoptée relativement à l'union polygamique concernant le versement pension de réversion entre les coépouses ?

445. Toutes les difficultés inhérentes à la situation particulière de l'époux polygame dans ses rapports avec ses coépouses de son vivant et à son décès étant exposées, il convient dès lors de réfléchir aux solutions envisageables.

§2/ Les solutions adaptées à la situation de l'époux polygame

446. Les problèmes soulevés par la situation très particulière de l'époux polygame peuvent être résolus en référence aux solutions retenues en droit international privé relativement à l'analogie des situations. Certaines d'entre elles peuvent se révéler satisfaisantes à la différence d'autres. Il faudra dès lors suggérer une alternative. Les solutions s'avérant fructueuses attestent en réalité d'une adaptation du droit commun à l'union

⁸⁸⁷ M. BRADEL, « Le droit de la sécurité sociale, droit conservateur ? L'exemple des droits des couples », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires Bordeaux 20043, p. 371.

polygamique qui sert finalement de prémisse au départ du raisonnement. La répartition des droits successoraux et la réversion de la pension de réversion rentrent dans ce cadre. Quant à la possibilité pour les coépouses de se prévaloir chacune de la qualité d'ayant-cause, la position adoptée par l'administration et la jurisprudence davantage calquée sur le modèle monogamique et qui ne reconnaît cette vocation qu'à la première épouse déclarée par l'assuré polygame, apparaît difficilement transposable à l'union polygamie de droit local.

Partant, il faudrait réserver des développements à la résolution de ce problème (A) et aborder ensemble les solutions applicables à la répartition des droits de succession et au versement de la pension de réversion (B).

A) La qualité d'ayant-droit de l'assuré polygame

447. Relativement à l'octroi des droits sociaux attachés à la sécurité sociale, la situation matrimoniale et familiale influe considérablement sur la qualité d'ayant-droit de l'assuré polygame. Le problème se pose surtout lorsque deux ou plusieurs épouses engagées dans une union polygamique revendiquent cette qualité. L'analyse de la teneur du problème précédemment réalisée a révélé l'implacable intransigeance dont font preuve l'administration sociale et le juge en pareille circonstance. Initialement consacrée par la Cour d'appel de Chambéry dans un arrêt du 17 octobre 1961⁸⁸⁸, la solution a été confirmée une dizaine d'années plus tard par la chambre sociale de la Cour de cassation elle-même dans un arrêt du 1^{re} mars 1973⁸⁸⁹. La seule chance pour la seconde épouse consiste au retour dans son pays d'origine de la première épouse déclarée par l'assurée polygame, pour pourvoir ainsi la remplacer⁸⁹⁰.

En tout état de cause, ces solutions destinées à faire produire en France les effets du mariage polygamique n'ont été obtenues que par le truchement de l'ordre public atténué. A l'endroit des épouses d'un assuré polygame, la question se pose sur la reconnaissance de l'union polygamique en dehors de Mayotte, d'une part (1), et sur la reconnaissance conséquent de la qualité d'ayant-droit à toutes les coépouses, d'autre part (2).

⁸⁸⁸ CA Chambéry, 17 octobre 1961, *RCDIP*, 1962, p. 496, note P. Lampué

⁸⁸⁹ Cass. soc., 1^{er} mars 1973, n° 71-12.241, *Bull.* 1973, V, n° 136 ; *Dr. soc.* 1973, p. 535, note R. Bonnet ; *RCDIP*, 1975, p. 54, note P. Graulich.

⁸⁹⁰ Cass. soc., 8 mars 1990, n° 84-75.703, *Bull.* 1990, V, n° 114 ; *D.* 1991, Somm., p. 119, obs. X. Prétot ; *RCDIP* 1991, p. 694, note J. Deprez ; *RJS* 4/90, n° 340.

1) La reconnaissance de l'union polygamique hors de Mayotte

448. L'éventuelle application du droit social français à l'union polygamique en droit international privé implique déjà que les époux concernés se trouvent sur le territoire métropolitain, puisque c'est souvent là que se rencontre le problème. Cette présence doit être accompagnée de la reconnaissance de cette situation particulière. Or, le juge français est réticent à reconnaître tous les effets du mariage polygamique régulièrement célébré à l'étranger, et nie par ailleurs tout effet à l'union polygamique lorsque la première épouse est française⁸⁹¹. Consacrée par l'arrêt *Baaziz* au nom de l'ordre public, cette dernière solution continue à s'appliquer avec la même rigueur⁸⁹². Peut-on raisonner dans les mêmes termes s'agissant d'une union polygamique de droit local, lorsque les époux entendent lui faire produire ses effets en dehors de Mayotte ? Cette question doit être préalablement résolue avant d'envisager celle portant sur l'éventuelle reconnaissance de la qualité d'ayant-droit à toutes les coépouses.

449. En principe, la reconnaissance de l'union polygamique en dehors de Mayotte ne devrait poser aucun problème. Il est en effet admis que le statut personnel est attaché à la personne, et en tant que tel reste invocable par son titulaire sur l'ensemble du territoire de la République⁸⁹³. Dès lors, aucune discussion liée à l'incompatibilité de cette institution avec

⁸⁹¹ Le principe même de la célébration d'une union polygamique en France est impensable. Néanmoins, le juge admet que l'union polygamique régulièrement célébrée à l'étranger et dans le respect de la loi personnelle des intéressés, puisse produire certains effets en France. C'est le cas notamment en matière alimentaire (Civ. 1^{re}, 28 janvier 1958 *Chemouni*, D. 1958, 265, note R. Lenoan ; *JCP G* 1958, II, 10488, note P. Louis Lucas ; *RCDIP* 1958, 110, note R. Jambu-Merlin ; *JDI* 1958, 776, 2^e espèce, note A. Ponsard), mais également en matière successorale (Civ. 1^{re}, 3 janvier 1980, n°78-13. 762, *RCDIP* 1980, p. 331, note H. Batiffol ; *JDI* 1980, p. 327, note M. Simon-Depitre).

⁸⁹² La solution a été rappelée récemment par la deuxième chambre civile dans un arrêt du 1^{er} décembre 2011. Elle a ainsi approuvé une cour d'appel qui « a déduit à bon droit, et sans discrimination, ni atteinte au principe d'égalité, que la conception française de l'ordre public international s'opposait à ce que le mariage polygamique contracté en Algérie par celui qui savait être encore l'époux d'une Française produise des effets en France » (Civ. 2^e, 1^{er} déc. 2011, n° 10-27.864, *RCDIP* 2012. 339, obs. P. Lagarde). En pareille hypothèse, il est rappelé la prohibition de la bigamie résultant de l'article 147 du Code civil, instituant un empêchement au mariage « bilatéral et absolu » (Civ. 1^{re}, 24 septembre 2002, n°00-15.789, *RCDIP* 2003, p. 721, note B. Bourdelois ; *JCP G* 2003, II, n°10007, note A. Devers).

⁸⁹³ Cour d'appel de Besançon, arrêt n° 476 du 13 juin 1995, *Mlle Narmada et Radjeswari c/ Ministère public*,

l'ordre public français n'est envisageable, quand bien-même l'institution en question relève ordinairement d'une culture étrangère. L'approche est d'ailleurs celle défendue par M. Sermet concernant le bénéfice général du statut personnel hors de Mayotte. Il préconise ainsi le respect des situations juridiques constituées en application du droit local, avant que le bénéficiaire ne quitte le territoire mahorais. Dans cette perspective, l'ordre public français sera inopérant à neutraliser les effets attachés à ces situations, précisément parce que « le statut personnel mahorais fait partie intégrante de l'ordre juridique français »⁸⁹⁴. On se demande d'ailleurs pourquoi l'auteur limite la solution aux seules situations constituées avant le départ de Mayotte.

Cependant, les spécificités locales ayant été supprimées, la question ne revêt dès lors qu'un intérêt théorique. Dès lors, toutes celles constituées avant le 4 juin 2010 doivent pouvoir déployer leurs effets sur l'ensemble du territoire de la République. Il en est ainsi des unions polygamiques.

450. Ce n'est pourtant pas la solution envisagée par un rapport sénatorial fait au nom de la commission des lois datant de 2008. Tout en reconnaissant que le statut personnel est attaché à la personne, il en tempère néanmoins la portée en rappelant que « les Mahorais soumis au statut personnel perdent en fait ce statut dès qu'ils quittent Mayotte – puisque les conditions institutionnelles et pratiques d'application du statut civil de droit local ne sont alors plus réunies – et le retrouvent à leur retour »⁸⁹⁵. Les auteurs du rapport se gardent bien de fournir des explications sur ce qu'ils entendent par « conditions institutionnelles et pratiques d'application ».

En tout état de cause, et relativement à la généralité de la formulation, il apparaît clairement que le bénéfice du statut personnel est cantonné au seul territoire mahorais. En dehors, les bénéficiaires seront soumis au droit commun. Une telle approche conduit à reconnaître le caractère personnel du bénéfice du statut civil particulier tout en l'enfermant dans une conception purement territorialiste, ce qui semble au demeurant paradoxal. Ce qui revient finalement à confondre statut personnel et droit localement applicable à un territoire

RRJ 1997-1, p. 347, note A. BOYER. La décision est également citée par R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 18, note 38 ; A. CHATEAUNEUF, *op. cit.*, p. 370.

⁸⁹⁴ L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 67.

⁸⁹⁵ J.-J. HYEST, M. ANDRÉ, Ch. COINTAT et Y. DÉTRAIGNE, « Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités », *Rapports d'information* n°115 (2008-2009), 27 novembre 2009.

ultramarin soumis au principe de la spécialité législative. Or, une telle approche paraît inconcevable. Le premier suit le bénéficiaire partout où il se trouve, le second se limite au territoire de la République soumis au principe de la spécialité législative.

Par ailleurs, envisagée du seul point de vue pratique, et sans nulle autre considération, la solution se justifie comme cela a été démontré précédemment, mais exclusivement en ce qui concerne la résolution des litiges⁸⁹⁶. La compétence étant d'attribution en 2008 au moment de la remise du rapport, seuls les Cadis pouvaient intervenir. La situation ayant évolué en 2010 voyant la suppression de la justice cadiale, l'explication ne tient plus. Non seulement toutes les juridictions civiles de la République sont désormais compétentes pour connaître des litiges s'élevant dans le statut personnel mahorais, mais les situations juridiques en résultant produisent comme par le passé pleinement leurs effets en dehors de Mayotte.

La solution vaut pour la polygamie légalement reconnue par le droit français au profit des Mahorais de statut civil particulier conformément aux énonciations de l'article 75 de la Constitution. Elle doit pouvoir sans difficulté produire ses effets sur l'étendue du territoire nationale, à condition toutefois d'avoir été célébrée avant la suppression de l'institution. Appliquer une autre solution reviendrait nécessairement à nier les situations juridiques légalement constituées. Ces atteintes substantielles contrarieront les prévisions légitimes des intéressés, qui seront au demeurant injustement privés de leurs droits valablement acquis. Se trouveraient ainsi doublement ébranlées et la garantie constitutionnelle et la sécurité juridique.

Qu'en est-il du bénéfice de la qualité d'ayant-droit de l'assuré polygame par les coépouses ? En principe, la réponse à cette question doit en toute logique s'inscrire dans la continuité de la précédente.

2) La reconnaissance conséquente de la qualité d'ayant-droit aux coépouses

451. Relativement à la protection sociale « la jurisprudence a peu de sollicitude à l'égard de la seconde épouse »⁸⁹⁷. A ce propos, la Cour d'appel de Chambéry a même justifié sa solution par le fait que le régime de la sécurité sociale « a été établi sur la base de la famille

⁸⁹⁶ Voir *supra* n°130.

⁸⁹⁷ E. RUDE-ANTOINE, *op. cit.*. La question s'est posée jusque dans les sphères gouvernementales à propos du bénéfice de la carte Vitale aux épouses d'un mari polygame. La réponse du Ministre de la sante, de la famille et des personnes handicapées atteste de la même intrépidité. Voir Question écrite n°06286 de M. Louis Souvet publiée au JO Sénat du 3 mars 2003, p. 838 et la réponse du Ministre publiée dans le JO Sénat du 3 juillet 2003, p. 2174.

monogamique française et les cotisations calculées pour équilibrer le risque à courir »⁸⁹⁸. Confirmée ensuite par la Cour de cassation, la position jurisprudentielle ainsi adoptée a fini par convaincre M. Bourdelois sur la réalité de son bien-fondé. Elle s'explique selon elle par « le risque d'alourdissement des charges pesant sur les organismes sociaux », lorsque la protection sociale aboutit à faire reconnaître la qualité d'ayant-droit à toutes les épouses d'un homme polygame⁸⁹⁹. Celles-ci présentent néanmoins la particularité d'être de nationalité étrangère.

Adoptant une conception monogamique du mariage sur son territoire, la France n'a donc pas pu envisager l'hypothèse de l'union polygamique. Ce qui explique l'extrême rigueur témoignée aux unions polygamiques régulièrement contractées à l'étranger. Toutefois et concernant les unions polygamiques de droit local, toute transposition de la solution internationaliste serait juridiquement infondée et fortement critiquable. En effet, à Mayotte, le mariage polygamique puise toutes ses forces dans sa reconnaissance par le droit français par mécanisme d'intégration dans son système juridique, fortifiée en cela par la suppression expresse du délit de bigamie pour tous ceux qui y souscrivent⁹⁰⁰. Dès lors, opposer la rigueur de la qualité d'ayant-droit conjoint unique aux épouses d'un assuré polygame de droit local serait injustifié. Dans ce cas précis, il ne peut être allégué d'une éventuelle mise en cause de la cohérence de l'ordre juridique français, comme cela se produit en droit international privé. L'ordre public français sera nécessairement inopérant à faire échec aux effets d'une situation que son droit a lui-même voulu.

Par ailleurs, la solution internationaliste consistant à limiter la qualité d'ayant-droit de l'assuré polygame à la première épouse déclarée auprès de la Sécurité sociale sera fort compliquée à expliquer aux coépouses d'un mari polygame de statut personnel mahorais. Il faudra nécessairement sacrifier quelques unes d'entre elles pour n'en garder qu'une seule. Ce qui suppose inéluctablement la recherche d'un critère objectif d'élimination, au demeurant difficile à identifier. Subsiste dès lors un risque indéniable d'arbitraire. La reconnaissance de

⁸⁹⁸ CA Chambéry, 17 octobre 1961, *RCDIP*, 1962, p. 496, note P. Lampué

⁸⁹⁹ B. BOURDELOIS, *op. cit.*, p. 346.

⁹⁰⁰ En effet, en étendant le Code pénal à Mayotte, l'ordonnance du 28 mars 1996 a entendu limiter la répression du délit de bigamie aux seuls citoyens de droit commun (Ordonnance n°96-267 du 28 mars 1996 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal dans les territoires d'outre-mer et dans la collectivité territoriale de Mayotte ainsi qu'à l'extension et à la modification de certaines dispositions législatives rendues nécessaires par cette entrée en vigueur, *JO* 31 mars 1996, p. 4957).

l'union polygamique par le droit français doit parallèlement conduire à la qualité de conjoint à chacune des épouses, et par voie de conséquence celle d'ayant-droit à chacune d'elles.

452. A l'exclusion d'un hypothétique tirage au sort, aucune autre solution n'est envisageable. Et l'on peut légitimement douter que pareille initiative soit conforme à l'équité. Que le maintien de cette institution par le passé ait été opportun conformément au contexte du moment, ne peut en aucune façon constituer un motif propre à justifier la limitation de ses effets actuellement. L'union polygamique de droit local doit pouvoir produire pleinement ses effets, sans aucune possibilité de restriction, quel que soit l'argument avancé. La tolérance ayant justifié jadis l'opportunité de son maintien est la même qui doit commander au respect exceptionnel de ses effets juridiques. Le droit français l'ayant reconnue, à l'endroit de ses bénéficiaires l'appréhension de la notion de conjoint par le droit de sécurité social doit en tout état de cause tenir compte de la pluralité d'épouses de l'homme polygame. La situation ayant été voulue par le législateur, elle doit pouvoir déployer tous ses effets sans restriction sur l'ensemble du territoire de la République. Tout refus de la part des organismes de la sécurité sociale doit être poursuivi en justice, en tant que constitutif de discrimination à leur encontre au sens de l'article 14 de la Convention EDH.

En effet, pareille décision sacrifie sans motif apparent leurs intérêts respectifs. Elle aboutit précisément à leur dénier injustement une qualité découlant pourtant de leur statut de coépouses garanti par leur loi personnelle expressément reconnue par le droit français. Et persister dans cette voie, en réduisant le bénéfice de la qualité d'ayant-droit à une seule épouse du mari polygame obstruerait l'exercice du statut personnel à l'égard des autres coépouses. Une telle mesure constitue manifestement une violation du droit au statut personnel garanti par l'article 75 de la Constitution.

Il serait d'ailleurs intéressant que le cas se présente, pour connaître la position de la Cour de cassation sur cette question, elle qui a tant œuvré pour le respect de cette disposition, du moins à l'égard de ses bénéficiaires qui voulaient transiger. Peut-on espérer de sa part la même rigueur dans le respect du bénéfice du statut personnel à l'égard des coépouses d'un mari polygame originaire de Mayotte, cherchant à faire valoir leur qualité respective d'ayant-droit ?

453. Les difficultés à faire reconnaître aux épouses de l'homme polygame de statut civil particulier la qualité d'ayant-droit ne devraient pourtant pas se rencontrer lorsqu'il s'agira de répartir les droits successoraux ou encore de procéder au versement de la pension de réversion

de celui-ci. En pareille circonstance les solutions retenues en droit international privé sont tout à fait transposables.

B) Droits successoraux et pension de réversion

454. Le décès de l'époux polygame pose la question de la transmission de ses biens lorsque celui-ci n'a pas prévu de testament. En pareille circonstance sera appliquée la dévolution *ab intestat*. Néanmoins la pluralité d'épouses justifie que chacune d'elle puisse se prévaloir du statut de conjoint survivant. La répartition des droits successoraux tiendra nécessairement compte de cette situation particulière. Il en sera de même de la pension de réversion. Dès lors les deux situations doivent être successivement envisagées.

Ainsi, après avoir étudié la répartition des droits successoraux (1), nous aborderons la question du versement de la pension de réversion (2).

1) La répartition des droits successoraux

455. L'entrée en vigueur du règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juill. 2012⁹⁰¹, peut offrir des solutions pour la résolution du problème inhérent à la répartition des droits successoraux entre coépouses d'un défunt polygame. Les hypothèses envisagées sont nombreuses. Destiné à régir les successions internationales, ce texte s'applique aussi bien aux successions des ressortissants des Etats membres ayant des biens hors de ceux-ci (successions intra-communautaires), qu'aux successions des ressortissants des Etats-tiers dont la dernière résidence habituelle a été sur le territoire d'un Etat membre (successions internationales concernant les relations avec les Etats-tiers). La simplicité de cette présentation paraît néanmoins trompeuse au regard de la complexité de l'ensemble des règles y ressortant.

En ce qu'il requiert d'une certaine manière un élément d'extranéité pour son application, ce texte ne devrait pas être sollicité ici. En effet, la plupart des biens appartenant aux Français originaires de Mayotte et de statut personnel, se trouvent nécessairement sur leur territoire qui est sous la souveraineté française ou le cas échéant sur le territoire de la République (Réunion ou métropole). Il doit donc être fait directement application du droit

⁹⁰¹ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. Ce texte s'applique aux successions ouvertes le 17 août 2015. Voir Dossier « Successions internationales », *AJ Fam.* 2015.

français, avec toutefois quelques adaptations, eu égard à la particularité de la situation, caractérisée par la présence d'un mariage polygamique. L'application de la jurisprudence *Beneddouché* nous paraît comme une sérieuse alternative.

456. Au décès d'un époux polygame, alors que la loi française a été désignée pour régir la succession en résultant, s'est posée la question de savoir si certains de ces biens peuvent être transmise à la seconde épouse. La première chambre civile de la Cour de cassation ayant répondu positivement conformément à sa loi personnelle, il s'ensuit répartition des biens entre les différentes épouses du *de cuius*, conduisant à une adaptation des règles françaises fondées sur une conception monogamique du mariage à l'union polygamique⁹⁰². En ce sens l'arrêt *Beneddouché* est transposable dans le statut personnel mahorais, mais uniquement en ce qui concerne la déduction afférente à la répartition égalitaire des biens entre plusieurs épouses.

En effet, aucune discussion ne devrait s'élever relativement à la loi successorale applicable et encore moins sur la détermination de la qualité de conjoint survivant. Les coépouses étant de nationalité française et l'union polygamique dans laquelle elles sont engagées étant reconnue par le droit français, elles peuvent toutes se prévaloir de la qualité de conjoint survivant et la répartition des droits successoraux du défunt polygame se fera en référence au Code civil. Cependant, le droit des successions et des libéralités ayant évolué suite aux deux réformes du 3 décembre 2001 et du 23 juin 2006. La loi du 3 décembre 2001 a considérablement amélioré la vocation successorale du conjoint survivant, tout en lui offrant diverses possibilités, à telle enseigne qu'on a pu parler de « statut successorale « à la carte » »⁹⁰³. Des difficultés peuvent surgir notamment en ce qui concerne le droit d'option prévu à l'article 757 du Code civil, mais également à propos des droits au logements ressortant des articles 763 et 764 du Code civil⁹⁰⁴.

457. En l'absence de testament, l'article 757 du Code civil s'applique. Celui-ci dispose que « Si l'époux prédécédé laisse des enfants ou descendants, le conjoint survivant recueille, à

⁹⁰² Civ. 1^{re}, 3 janvier 1980, n°78-13. 762, *RCDIP* 1980, p. 331, note H. Batiffol ; *JDI* 1980, p. 327, note M. Simon-Depitre.

⁹⁰³ F. SAUVAGE, « Brèves remarques sur la vocation successorale des épouses d'un mari polygame depuis la loi du 3 décembre 2001 », *Defr.* 2003, art. 37838.

⁹⁰⁴ Sur ces difficultés et les solutions suggérées en droit international privé voir E. FONGARO, « L'adaptation du droit patrimonial de la famille au mariage polygamique », *RLDC* 2007/35, n°2409.

son choix, l'usufruit de la totalité des biens existants ou la propriété du quart des biens lorsque tous les enfants sont issus des deux époux et la propriété du quart en présence d'un ou plusieurs enfants qui ne sont pas issus des deux époux ». Face à la pluralité d'épouses susceptibles de se prévaloir de la qualité de conjoint survivant et des enfants que chacune d'elles aurait eus avec le défunt, l'exercice du droit d'option permettant au conjoint survivant en présence d'enfants communs avec l'époux décédé de choisir entre l'usufruit de la totalité des biens existants et la propriété du quart des biens, sera inopérant. La seule possibilité reste la répartition arithmétique du quart des biens successoraux entre les coépouses, comme cela s'est produit dans l'affaire *Bendeddouche*. En d'autres termes, la loi française s'adapte ainsi à la situation polygamique des épouses du défunt.

458. On peut d'ailleurs se demander si le seul caractère polygamique du mariage ne suffit pas à neutraliser ce droit d'option, même en l'absence d'enfants, ou encore lorsque le défunt aurait eu un enfant avec une seule des épouses. Si la réponse est affirmative en l'absence d'enfants, elle peut être différente lorsque le *de cuius* a eu des enfants avec une seule de ses coépouses.

Partant du postulat que la seconde hypothèse coïncide avec la situation du conjoint survivant dans la conception monogamique, M. Sauvage estime que la coépouse ayant eu seule des enfants avec le défunt polygame peut opter pour l'usufruit en laissant à l'autre le quart en propriété⁹⁰⁵. Cependant, de l'aveu même de l'auteur, une telle situation aboutira à des complications se traduisant par un préjudice aux droits successoraux des enfants qui seront nécessairement amoindris. Ce résultat périlleux peut néanmoins selon lui, être évité par un testament réglant la répartition des droits, soit en usufruit soit en quart en propriété des biens pour chacune des épouses⁹⁰⁶. Or nous avons commencé à raisonner dans le cadre d'une dévolution *ab intestat*, ce qui exclut toute référence à une libéralité. En définitive, le mariage polygamique exclut de fait toute référence au droit d'option, qu'il y ait ou non des enfants. La répartition des droits successoraux d'un défunt polygame entre coépouses se fera nécessairement en parts égales sur le quart en propriété.

⁹⁰⁵ Lorsqu'il y a plus de trois coépouses, dont une seule a eu des enfants avec le défunt, le quart en propriété sera réparti en parts égales entre les deux autres.

⁹⁰⁶ F. SAUVAGE, *op. cit.*

459. Outre l'amélioration de la vocation successorale du conjoint survivant, la loi du 3 décembre 2001 lui reconnaît également un droit sur le logement qui peut être temporaire ou viager. L'on peut légitimement penser, quelle que soit la durée envisagée, que l'attribution de ce droit puisse être source de difficulté lorsque le défunt est polygame.

Consacré à l'article 763 du Code civil, le droit temporaire au logement constitue non pas un droit successoral, mais un effet direct du mariage d'après son alinéa 3, qui ne peut être écarté par testament eu égard à son caractère d'ordre public (al. 4 du même article)⁹⁰⁷. Il permet ainsi au conjoint survivant d'occuper gratuitement le logement du couple tout en usant des meubles qui le garnissent, pendant un an, à condition d'en faire sa résidence principale, que le bien immobilier appartienne aux deux époux ou personnellement au défunt. Par ailleurs, il peut également s'agir d'un logement loué. En pareille circonstance, les loyers seront assurés pendant un an par la succession. Quant au droit viager au logement, il résulte des énonciations de l'article 764 alinéa 1^{re} du Code civil et comprend également les meubles qui le garnissent, sauf éviction par voie testamentaire⁹⁰⁸. La demande doit être faite par le conjoint survivant un an à compter de la disparition du *de cuius*. Elle ne peut porter sur le logement appartenant communément aux époux ou au défunt seul, ce qui exclut tout logement occupé par bail. Son exercice se déduit de la valeur des droits successoraux recueillis par le bénéficiaire.

460. Concernant le droit viager au logement et en présence d'une union polygamique, la doctrine estime qu'il ne peut appartenir qu'à la « seule épouse qui résiderait effectivement

⁹⁰⁷ Art. 763 du Code civil : « Si, à l'époque du décès, le conjoint successible occupe effectivement, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, il a de plein droit, pendant une année, la jouissance gratuite de ce logement, ainsi que du mobilier, compris dans la succession, qui le garnit.

Si son habitation était assurée au moyen d'un bail à loyer ou d'un logement appartenant pour partie indivise au défunt, les loyers ou l'indemnité d'occupation lui en seront remboursés par la succession pendant l'année, au fur et à mesure de leur acquittement.

Les droits prévus au présent article sont réputés effets directs du mariage et non droits successoraux.

Le présent article est d'ordre public ».

⁹⁰⁸ Art. 764 al. 1^{re} du Code civil : « Sauf volonté contraire du défunt exprimée dans les conditions de l'article 971, le conjoint successible qui occupait effectivement, à l'époque du décès, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, a sur ce logement, jusqu'à son décès, un droit d'habitation et un droit d'usage sur le mobilier, compris dans la succession, le garnissant ».

avec son mari, dans un logement constituant leur logement principal »⁹⁰⁹. A Mayotte où la résidence uxori locale a longtemps dominé, voyant les époux aménager chez la femme, le décès de l'époux polygame ne devrait pas soulever de difficulté de ce type. Le raisonnement vaut également pour le droit viager temporaire. En somme, la seule situation problématique reste indéniablement la répartition entre les coépouses du quart en propriété des biens laissés par le défunt, sans possibilité d'exercice du droit d'option. Qu'en est-il du versement de la pension de réversion ?

2) Le versement de la pension de réversion

461. L'attribution de la pension de réversion au décès d'un époux polygame apparaît comme une question épineuse. Au demeurant, deux difficultés sont à résoudre. La première porte sur la reconnaissance du droit aux coépouses, et la seconde a trait aux modalités de la répartition.

462. D'ordinaire, en l'absence de convention bilatérale, l'octroi de la pension de réversion aux épouses d'un assuré polygame s'effectue généralement en considération des instructions données par la Caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAV). Si la priorité est donnée à l'épouse déclarée auprès de la Sécurité sociale comme ayant-droit de l'assuré polygame, en l'absence de déclaration, la pension de réversion est versée à la veuve qui se manifeste la première. D'une certaine manière, le régime de la pension de réversion suit donc celui de la protection sociale dont il ne constitue d'ailleurs que le prolongement. Il peut tout à fait arriver qu'aucune de ces deux hypothèses ne se rencontre. En pareille circonstance, l'organisme social attribue la pension à la veuve déclarée conjoint par *le de cuius* sur la demande de pension, ou le cas échéant à la femme reconnue comme première épouse du défunt⁹¹⁰.

⁹⁰⁹ E. FONGARO, « L'adaptation du droit patrimonial de la famille au mariage polygamique », RLDC 2007/35, n°2409. Cet auteur reprend une thèse soutenue par M. Sauvage (F. SAUVAGE, *op. cit.*).

⁹¹⁰ A. TOULLIER, « Les tergiversations du droit de la protection sociale face à la polygamie », *Droit social* n° 3 mars 2007, pp. 324-331. Il est ainsi fait référence à deux lettres de la CNAV l'une de 1984 (n°16-84 du 27 août 1984) et l'autre de 1994 (n° 19-94 du 31 mai 1994), note 22, également citées par Alain Devers, note sous Civ. 2^e, 2 mai 2007, n° 06-11418, *Dr. fam.* 2007, comm. 182.

La solution est somme toute différente en présence d'une convention bilatérale de Sécurité sociale signée entre un pays étranger et la France⁹¹¹. En principe la répartition se fait en parts égales entre les coépouses. Il en est ainsi de l'article 34, point b, de la convention franco-algérienne du 1er octobre 1980. Les coépouses se partagent donc la somme initialement prévue et qu'aurait perçue le conjoint survivant dans le cadre d'un mariage monogamique. Lorsque se pose la question de la répartition de la pension de réversion, celle-ci sera d'abord fractionnée et non multipliée avant d'être versée aux bénéficiaires. Cependant, point n'est besoin que les épouses résident en France. En effet, lorsqu'elles se trouvent dans leur pays d'origine, il y a souvent un organisme relais chargé d'effectuer les différents versements.

Il existe enfin une autre hypothèse, mais de droit interne. Elle concerne la situation d'un assuré social qui décède en laissant un conjoint survivant et une épouse d'un précédent mariage. La solution est admise depuis 1975 qu'un partage doit avoir lieu entre les deux, à condition toutefois que l'épouse du précédent mariage ne soit pas titulaire d'un droit similaire ailleurs, au prorata de la durée des mariages successifs (art. L. 353-3 al. 2 du Code de la sécurité sociale)⁹¹². La question qui s'est souvent posée en doctrine est celle de l'éventuelle transposition de cette solution dans les unions polygamiques, mais seulement dans le cas où ferait défaut bien évidemment une convention bilatérale de Sécurité sociale⁹¹³. Un auteur sa décelé cette impression dans la jurisprudence s'inspirant d'un arrêt du 14 février 2007, tout en reconnaissant l'absence d'une position claire en ce sens de la part de la Cour de cassation⁹¹⁴. Aujourd'hui, le pas a été franchi.

463. Dans deux arrêts, l'un en date du 9 octobre 2014, et l'autre du 12 février 2015, la deuxième chambre civile a admis qu'un mariage polygame puisse produire des effets sur l'attribution de la pension de réversion, permettant ainsi à chaque coépouse de se prévaloir de la qualité de conjoint survivant⁹¹⁵. On se rappelle que dans l'arrêt précité de 2007, la jurisprudence a admis la possibilité pour la seconde épouse d'un assuré polygame de se

⁹¹¹ Voir la liste des pays sur <http://www.cleiss.fr/docs/textes/>. Page consulté le 13 juillet 2015.

⁹¹² Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JO* 12 juillet 1975 p. 7171.

⁹¹³ I. SAYN, « Protection sociale et famille étrangère musulmane », *Revue Européenne des Migrations Internationales*, Vol. 4, n°1 et 2, 1988, p. 129-139.

⁹¹⁴ A. Devers, note sous Civ. 2^e, 2 mai 2007, n° 06-11418, *Dr. fam.* 2007, comm. 182.

⁹¹⁵ Cass. civ. 2^e, 9 oct. 2014, n° 13-22.499 et 12 févr. 2015, n° 13-19.751, *RCDIP* 2015, p. 621, note E. Ralser.

prévaloir de la qualité de conjoint survivant lui permettant ainsi de percevoir une partie de la pension de réversion. Cette attribution est toutefois soumise à la condition que l'union polygamique ait été créée sans fraude à l'étranger dans le respect de la loi personnelle des intéressés. En pareille circonstance, l'union polygamique produira donc ses effets au nom de l'ordre public atténué⁹¹⁶. Pourtant dans les deux arrêts récemment rendus par la Cour de cassation, le raisonnement semble différent. Ce n'est pas l'absence de fraude qui est mis en avant, mais plutôt l'absence d'annulation des mariages polygamiques. En d'autres termes, tant que la nullité n'a pas été prononcée, chaque coépouse est fondée à se prévaloir de la qualité de conjoint survivant pour bénéficier de la pension de réversion. Il restait dès lors à préciser les modalités de la répartition. C'est justement ici que se situe l'autre intérêt de ces arrêts.

En effet, la Cour de cassation s'inspire du même raisonnement que celui applicable en droit interne, lorsque survient le décès d'un assuré social, précédemment engagé dans une union maritale, pour se remarier avant de décéder. Pour partager la pension entre les épouses, les juges du fond ont tout simplement appliqué l'article 353-3, du Code de la sécurité sociale. Le calcul a été effectué au prorata de la durée de chaque mariage. Même si ces considérations ne ressortent pas expressément des arrêts rendus par la Cour, il n'en demeure pas qu'elle n'a pas censuré les juges du fond. Ce qui signifie en d'autres, qu'elle a approuvé leur raisonnement.

464. La question portant sur l'essence même du droit à la pension de réversion au profit de toutes les coépouses de droit local au décès de leur mari polygame, ne devrait pas susciter de difficulté particulière. Les épouses d'un assuré polygame de droit local peuvent toutes y prétendre relativement à la légitimité de leur statut matrimonial reconnu par le droit français. Par analogie au droit commun, l'ancienne épouse d'un mari polygame aujourd'hui décédé, pourrait se prévaloir de la qualité de conjoint survivant. Il reste donc à déterminer les modalités de la répartition.

Si la tentation est forte de préconiser la répartition en parts égales entre les différentes épouses du défunt polygame, force est de reconnaître qu'une telle éventualité est difficilement envisageable, au regard de la spécificité du domaine d'application de cette solution. En effet, elle n'est retenue qu'en présence d'une convention bilatérale. Elle ne peut dès lors pas

⁹¹⁶ Voir en ce sens, Civ. 2^e, 14 févr. 2007, n° 06-10.557 et n° 05-21.816, *Dr. fam.* 2007, comm. 99, note A. Devers, ou encore Civ. 2^e, 2 mai 2007, n° 06-11418, *Dr. fam.* 2007, comm. 182, note A. Devers ; *JCP S* 2007, 1523, 1^{re} esp, note G. Vachet.

s'appliquer aux coépouses d'un assuré polygame de droit local, étant toutes de nationalité française. Il semblerait que l'on doive se tourner vers la solution retenue dans les deux arrêts précités, se traduit à un calcul au prorata de la durée de chaque mariage⁹¹⁷.

465. Conclusion du chapitre 2. L'étude des conflits de lois dans le temps inhérents aux réformes successives du statut personnel mahorais aboutissant à l'extension implicite du droit commun en lieu et place des particularismes locaux a permis de conclure à l'application immédiate du droit commun aux situations en cours et constituées sous l'empire de l'ancien système. Ce principe mérite cependant d'être tempéré s'agissant du régime matrimonial. En la matière, la tendance serait à la survie du régime séparatiste des biens de droit local fondé sur l'indépendance des époux, qui s'accommode bien d'ailleurs avec l'union polygamique, même si la possibilité de son abandon au profit des modèles proposés par le droit commun n'est pas exclue en tenant compte une fois de plus, de la particularité de l'union polygamique.

Admise par le passé en droit local, l'union polygamique constitue d'ailleurs un obstacle de taille pour le droit commun qui se révèle impraticable de par la conception monogamique des prescriptions qui le fondent, droits non-civils de la famille inclus. En ce sens, la transposition des solutions du droit international privé reste tout à fait envisageable, même si certaines hypothèses appellent quelques nuances pour respecter la volonté du législateur français d'autoriser exceptionnellement à Mayotte ce type d'union. A une reconnaissance exceptionnelle, solutions exceptionnelles, les épouses d'un assuré polygame doivent ainsi pouvoir sans distinction se prévaloir de la qualité d'ayant-droit de leur mari, comme elles

⁹¹⁷ Cette solution va à l'encontre de la thèse défendue par Mme Bourdelois. Dans son analyse, elle rejette l'idée de toute transposition de la répartition au prorata de la durée des mariages au mariage polygamique et avance ainsi plusieurs raisons. Elle explique tout d'abord que la finalité du critère du prorata est destinée à reconnaître des droits à la première épouse, mais sans pour autant chercher à l'avantager au détriment de l'épouse survivante. Elle déplore ensuite que la solution ne profite qu'à la première épouse dont le mariage avec le défunt aura duré plus longtemps, réduisant ainsi considérablement la part des autres épouses. Ainsi parvient-elle à consolider sa thèse, concluant à l'injustice que conduirait une répartition au prorata de la pension de réversion entre les épouses d'un défunt polygame. La solution nous paraît fort séduisante. Son application devrait toutefois conduire à l'accroissement de la part attribuée à chacune des épouses en cas de décès de l'une. En définitive la répartition empruntera initialement la solution retenue en présence d'une convention bilatérale, tout en intégrant le mécanisme de l'accroissement des parts en cas de décès de l'une des bénéficiaires prévus dans le cadre de mariages successifs (B. BOURDELOIS, *op. cit.*, p. 341-342).

pourront venir à sa succession en se partageant à égalité la part normale dévolue au conjoint survivant. La solution vaut également pour la pension de réversion. Celle-ci doit être attribué en parts égales à toutes les épouses ; étant précisé que le décès de l'une des bénéficiaires accroît la part des autres.

466. Conclusion du titre premier. Le droit apparaît aujourd'hui comme la seule norme de référence du statut personnel mahorais. Mais cette assertion semble remise en cause par les textes. En effet, l'ordonnance du 3 juin 2010 ratifiée par la loi du 7 décembre 2010, qui a mis fin aux derniers espoirs de maintien des particularismes continue pourtant de proclamer le maintien de la singularité mahoraise. Cette situation révèle indubitablement une défaillance dans la technique législative consistant dans l'art de mettre en forme les lois avec la préoccupation concomitante de proposer des règles précises et claires pour les justiciables. La défectuosité affectant la technique législative reste toutefois remédiable, à condition que le législateur évalue son œuvre. C'est toute la difficulté soulevée par la réforme du statut personnel mahorais. En faisant le choix opportun d'une réforme progressive, le législateur ne donne pas l'impression de maîtriser l'ensemble de ses interventions, si bien que l'objet même de l'évaluation législative devient indéfinissable. La doctrine ainsi que certains rapports réalisés à la demande de la commission des lois font pourtant état de la suppression des spécificités mahoraises, sans aller jusqu'au bout de leur conclusion en invitant le législateur à prendre une position claire.

La particularité des institutions préexistantes n'est pas actuellement sans incidence. L'on songe ici au mariage polygamique, et aux difficultés qu'il soulève tant durant la communauté de vie qu'au décès de l'époux polygame. Le droit international offre des solutions que l'on pourrait ici appliquer tout en prenant soin de préserver les intérêts des coépouses. Ces situations particulières disparaîtront. Mais le législateur n'a nullement besoin de cela pour parachever son œuvre.

Titre II : La nécessaire formalisation de l'assimilation

467. Ayant constaté que le statut personnel mahorais a été épuré de l'ensemble de ses spécificités, bien que maintenu dans son principe, nous en avons tiré les conséquences, en suggérant de faire du droit commun la norme de référence dans la résolution des litiges en résultant, et qui intéressent les rapports familiaux. La voie ainsi empruntée s'est néanmoins révélée sinueuse, puisqu'il a fallu résoudre de nombreuses difficultés inhérentes à la politique législative. Dans cette perspective, nous pouvons légitimement craindre que les solutions préconisées ne soient fragilisées par la réalité des pratiques. Il est dès lors impératif que le législateur intervienne pour achever son œuvre, et lui donner une certaine cohérence. Pour ce faire, une déclaration expresse de la disparition de la singularité mahoraise s'impose.

Par ailleurs, cet aboutissement inéluctable ne constitue pas la seule évolution souhaitable. En d'autres termes, le législateur ne peut pas se contenter de formaliser l'assimilation. Il lui faudra aller au-delà, et tenir compte notamment de la redéfinition de cette notion, qui ne doit plus s'entendre, estimons-nous, de la seule substitution du droit commun aux règles composant le statut personnel. En effet, comme cela sera démontré, le droit de la famille n'est plus exclusivement réglementé par le Code civil. Il est de longue date appréhendé par d'autres sources.

Ainsi, la formalisation de l'assimilation se traduit par la suppression des dispositions relatives au statut personnel (Chapitre I), accompagnée de l'alignement du droit non civil de la famille (Chapitre II).

Chapitre I : La suppression des dispositions relatives au statut personnel

468. L'ordonnance ratifiée du 3 juin 2010 ayant abrogé les sources formelles du statut personnel mahorais, rien ne semble justifier son maintien. C'est pourtant ce que fait le législateur dans les énonciations de l'article 1^{er} du texte précité, qui en fait mention pour en énumérer les matières. Et cette reconnaissance qui semble purement symbolique n'est pas sans incidences. On remarque tout d'abord qu'elle constitue une atteinte à la sécurité juridique. En effet, la teneur des règles en résultant ne facilite guère leur connaissance et leur compréhension par les justiciables. On relève ensuite que ce choix législatif contrarie sérieusement la vocation générale du droit commun, en tant que système de substitution. Il existe donc à Mayotte deux statuts civils qui se nourrissent pratiquement des mêmes règles, en l'occurrence celles issues du Code civil, avec parfois des modifications lorsque ces prescriptions doivent s'appliquer aux bénéficiaires du statut civil particulier. Cette situation entrave d'ailleurs toute perspective d'uniformisation du Code civil à Mayotte, ce que nous entendons bien dénoncer.

Il semble donc nécessaire de supprimer l'ensemble des dispositions relatives au statut personnel mahorais, en ce qu'elles entretiennent une dualité statutaire sans réel fondement (Section 1), ce qui a pour effet notamment d'empêcher l'application uniforme du Code civil dans l'île (Section 2).

Section 1 : Un statut personnel réduit à une proclamation de principe

469. Dépouillé de ses spécificités locales, qui constituent ses attributs honorifiques, le statut civil particulier applicable à Mayotte n'est que l'ombre de lui-même. Il décore ainsi le paysage juridique local encore présenté comme recelant une dualité de statuts civils, interrogeant sur le bien-fondé de son exposition. Le moment est venu pour le législateur de mettre fin à cette hérésie normative, en supprimant de manière définitive ce statut civil qui ne déroge au droit commun que par son appellation.

Après avoir exposé les contours fantomatiques de cette singularité mahorais (§1), il sera intéressant d'analyser les conséquences de son maintien sur la sécurité juridique (§2).

§1/ Les contours fantomatiques du statut personnel

470. Point n'est besoin de rappeler que la doctrine s'indigne unanimement sur le principe même du maintien du statut civil de droit local applicable à Mayotte, même si

M. Lafargue continue à déplorer le sort réservé aux particularismes locaux par le législateur, convaincu en cela que le droit local aurait dû être maintenu, non pas sous la forme d'une déclaration de principe, mais substantiellement⁹¹⁸. Mais comme l'a si bien dit M. Sermet, « l'appartenance de Mayotte à la France passe par l'abandon, voulu ou non, réaliste ou non, des singularités locales, dont celles du statut personnel »⁹¹⁹. La messe est dite. *Dura lex, sed lex*.

A l'évidence c'est bien un statut personnel sans spécificités locales que le législateur a entendu maintenir (A), rendant ainsi illusoire le mécanisme de la renonciation (B).

A) Un statut personnel sans spécificités locales

471. Historiquement, le respect des institutions juridiques familiales de certaines populations vivant sur les territoires sous souveraineté française a justifié la reconnaissance d'un statut civil particulier (1). Le maintien d'un tel particularisme à Mayotte, dans la forme en tout cas, reste très discutable. Et si des spécificités locales s'y rencontrent aujourd'hui, c'est uniquement pour des considérations liées à la résolution des conflits de lois dans le temps (2).

1) Les spécificités locales ou l'essence du statut civil particulier

472. L'appellation même de statut civil particulier obéit à une logique bien précise. Elle s'induit de l'existence sur un territoire de la République d'un statut civil dérogatoire du droit commun. Les bénéficiaires se trouvent ainsi soumis dans leurs rapports familiaux à des règles différentes de celles du Code civil. De ce particularisme résulte donc un dualisme juridique, dont l'esprit ressort actuellement des énonciations de l'article 75 de la Constitution. Toutefois, sa formulation ne restitue pas véritablement la diversité des statuts personnels. On en rencontre ainsi à Wallis et Futuna, en Nouvelle-Calédonie et à Mayotte ; chaque statut personnel étant caractérisé par des règles qui lui sont bien propres, et qui révèlent par ailleurs son originalité. L'exemple mahorais prête néanmoins à discussion. Et pour bien saisir la réalité du problème, il convient de déterminer ce qui permet fondamentalement d'identifier un statut civil particulier.

⁹¹⁸ R. LAFARGUE, « La Coutume et le statut coutumier kanak dans le paysage juridique français : anachronisme ou solution innovante ? », *Cahiers d'anthropologie du droit* 2011-2012, p. 167.

⁹¹⁹ L. SERMET, « L'islam, composante de la diversité culturelle indo-océane », *ASPECTS* 2009/3, p. 73.

473. Traditionnellement, le statut civil dérogatoire du droit commun se distingue par la singularité de règles qu'il renferme. Celles-ci sont réputées « propres aux autochtones des colonies françaises »⁹²⁰, et dans le prolongement des indépendances, celles de certains citoyens ultramarins. Il peut s'agir en Afrique par exemple de « coutumes étroitement liées soit à des mythes authentiquement africains, soit à des religions comme le christianisme, et l'Islam »⁹²¹. Ces règles coutumières restent remarquables par leur diversité ; chaque tribu ayant ses propres pratiques. Il existe cependant un facteur commun attesté par « un lien moral et religieux conférant une grande unité de vie juridique », si bien que partout où l'on jette le regard, la vue se perd devant une constante pour remarquer que « la cellule de base est la famille, au sens large, constituée des descendants d'un ancêtre commun, et soumise à l'autorité d'un chef qui détient les plus larges pouvoirs sur la vie du groupe », ignorant l'appropriation individuelle de la terre, la mère nourricière⁹²².

Dans leur essence, ces pratiques sont souvent très anciennes, bien que modelées parfois par les usages à travers le temps. Elles s'imposent aux êtres humains. Ceux-ci les vivent comme un héritage perpétuel, la semence qui revivifie éternellement leur société, qui fertilise les liens entre les différents membres, et qui les ramènent toujours vers un ancêtre commun ou une divinité. D'une certaine manière, la confection de ces règles leur échappe. Ils n'en sont donc que les dépositaires, à la fois bénéficiaires et instrument de leur perpétuation. Dans d'autres lieux, on a pu rencontrer un droit coutumier berbère, qui s'est appliqué en Afrique du Nord à une population non arabophone, à côté du droit musulman⁹²³. Voilà du reste, quelques illustrations sur les spécificités locales que la France a entendu maintenir à l'époque coloniale, et auxquelles on donnera le nom de coutumes, et que l'on rencontre aujourd'hui encore dans certains de ses territoires lointains.

⁹²⁰ L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme...*, op. cit., p. 65.

⁹²¹ M. ALLIOT, « Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les Etats africains francophones et Madagascar », in J. POIRIER (dir.), *Etude de droit africain et de droit malgache*, Cujas, 1965, p. 235.

⁹²² A. P. ROBERT, « Attitude du législateur français face au droit coutumier de l'Afrique noire », in *Avenir du droit coutumier en Afrique*, Leiden 1955, p. 170.

⁹²³ G. H. BOUSQUET, « Le droit coutumier des Berbères », in *Avenir du droit coutumier en Afrique*, Leiden 1955, p. 142-154.

474. Leur respect peut toutefois s'accompagner de l'extension de certaines institutions métropolitaines ignorées des populations locales, venant s'ajouter à leurs traditions, mais sous une forme adaptée, afin de mieux les intégrer au nouveau contexte social. L'institution de l'état civil et l'organisation judiciaire restent en la matière des illustrations parfaites. On entend ainsi beaucoup parler de « l'état civil et de la justice de droit local ». En définitive, les institutions juridiques traditionnelles, souvent complétées de certaines institutions métropolitaines faisant l'objet d'adaptation vont former un tout qui répondra au nom de statut civil particulier. Cette appellation se justifie donc par les spécificités locales qui les composent, mais également par les conséquences juridiques procédant de son maintien. Il se présente ainsi comme un système juridique reposant sur un dispositif dérogatoire du droit commun, tout en provoquant l'existence sur le même territoire de deux statuts civils. Ce qui le caractérise donc fondamentalement, c'est son contenu substantiel qui diffère en matière familiale des règles du Code civil.

Ainsi s'est longtemps présenté le statut personnel mahorais, arborant un savant mélange de droits musulman, coutumier et français, reposant sur une complexité juridique parfois inextricable, dont la reconnaissance est à l'origine de la dualité statutaire à Mayotte. Or, ce sont précisément les éléments constitutifs de son originalité qui ont été récemment supprimés, pour laisser place aux règles du Code civil. Et leur disparition rend plus que douteux son maintien. Celui-ci interroge sur son bien-fondé, au même titre que son corollaire, la persistante dualité statutaire.

475. On peut comprendre que l'on parle aujourd'hui encore de statut civil coutumier à Wallis-et-Futuna, comme se plaît à le rappeler l'article 3 de la loi du 29 juillet 1961 en vertu duquel « La République garantit aux populations du territoire des îles Wallis et Futuna le libre exercice de leur religion, ainsi que le respect de leurs croyances et de leurs coutumes »⁹²⁴. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 n'a pas remis en cause son existence. Les bénéficiaires restent indubitablement soumis à des règles qui leur sont propres, et échappent ainsi restrictivement aux règles du Code civil. Dans certaines circonstances, lorsque l'interprétation des coutumes soulève des difficultés, les autorités coutumières peuvent être sollicitées. Il existe également un état civil coutumier. Et pour ceux qui sont partis vivre en Nouvelle-Calédonie, les déclarations de naissance sont néanmoins enregistrées sur le registre

⁹²⁴ Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer, *JO* 30 juil. 1961 p. 7019.

de droit commun. La terre relève d'un régime foncier coutumier, la frappant d'incessibilité et d'inaliénabilité⁹²⁵.

On peut également citer le statut coutumier kanak, qui comprend aujourd'hui tout le droit civil, et régi par l'article 77 de la Constitution ainsi que la loi organique de 1999⁹²⁶. Il s'agit d'une société où l'individu n'a pas véritablement sa place, puisque rattaché à un clan, et où la terre est supposée appartenir à tout le monde. Les coutumes y sont particulièrement vivaces. Sur ces deux territoires, l'existence du statut civil particulier a un sens puisqu'il porte sur des pratiques substantiellement locales que les textes fondateurs entendent préserver.

On ne peut en dire autant de l'hypothèse mahoraise, puisque les particularismes locaux sont réduits à une pure reconnaissance formelle, à une déclaration de principe. A travers l'ordonnance du 3 juin 2010, le législateur semble pourtant suggérer le contraire. Et s'il existe des spécificités mahoraises, leur survivance s'inscrit dans une toute autre logique.

2) Des survivances réduites aux conséquences inhérentes au droit transitoire

476. Les règles originaires du statut personnel mahorais ayant été supprimé, c'est vainement que l'on cherchera des hypothèses de leur applicabilité. Et lorsque le cas se présente, ce n'est nullement en vertu d'un maintien de l'une des règles, mais davantage par des considérations liées aux conflits de lois dans le temps. En d'autres termes, si des spécificités mahoraises se rencontrent aujourd'hui encore, c'est précisément parce qu'elles résultent de situations juridiques constituées sous l'ancien système, et que le législateur n'a pas voulu expressément remettre en cause, en déclarant rétroactive la loi nouvelle. L'exclusion de la non-rétroactivité de l'application immédiate du droit commun explique qu'il subsiste à Mayotte des unions polygamiques, alors que l'institution a été supprimée pour l'avenir. Et il ne fait aucun doute que dans cette hypothèse, le maintien porte davantage sur une situation juridique anciennement constituée, que sur une volonté législative d'autoriser l'institution. L'accès reste exclusivement verrouillé pour l'avenir. Et ces unions polygamiques auront toutes disparu, la conception monogamique désormais imposée par le législateur triomphera définitivement.

⁹²⁵ F. GARDE, « Les autochtones et la République », *RFDA* 1999, pp. 1-13.

⁹²⁶ Voir notamment E. CORNUT, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et cultures* n°60/2010, p. 151-175 ; R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*.

477. La survie du régime séparatiste des biens d'inspiration musulmane s'inscrit dans le même ordre d'idée. En effet, la soumission des mariages célébrés avant le 4 juin 2010 à ce régime, ne peut en aucune façon être confondue à un maintien. Elle constitue précisément une résultante à l'exception de l'effet immédiat de la loi nouvelle, si bien que depuis l'ordonnance du 3 juin 2010, les couples fraîchement mariés ne peuvent être soumis qu'à l'un des régimes matrimoniaux prévus par le droit commun. En définitive, le statut personnel mahorais a été maintenu sans véritables spécificités locales, faisant de l'appellation « droit local » une « étiquette collée sur des dispositions qui n'ont rien à voir avec la pratique et les valeurs locales »⁹²⁷. Partant, il n'y a plus de pluralisme familial à préserver à Mayotte.

Substantiellement, l'approche dominante ne reflète guère l'opposition jadis perceptible entre la conception traditionnelle de la famille et celle inspirée du droit métropolitain. Il existe bien un pluralisme familial à Mayotte. Toutefois, il ne se déduit nullement de la dualité statutaire. Pour le découvrir, il faut s'intéresser à l'ensemble quasi uniforme des règles régissant les rapports familiaux sur le nouveau département, tant personnels que patrimoniaux. Et ce pluralisme familial est traduit par la pluralité des modes d'organisation de la vie familiale prévue par le Code civil, désormais applicable à toute personne résidant à Mayotte. Cette approche reste néanmoins légèrement contrariée par certaines pratiques qui donneraient des arguments en faveur du maintien du statut personnel mahorais au nom des particularismes locaux. Il en est ainsi en matière d'état civil.

478. La situation a de quoi surprendre lorsqu'on sait que l'état civil a cessé de relever du champ d'application du statut civil particulier depuis l'adoption de deux ordonnances du 8 mars 2000. L'information ressort clairement des énonciations du nouvel article 52-1 de la loi statutaire de 2001 issue de la loi de programme d'outre-mer de 2003. Il ne vise nullement cette institution dans l'énumération qu'il fait des matières relevant de ce système juridique. On apprend après lecture que « Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ». La même énumération est actuellement reprise dans l'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010. Comment peut-on dès lors soutenir que l'état civil qui ne relève plus du statut civil particulier puisse exercer une quelconque influence dans son maintien ?

⁹²⁷ S. BLANCHY, Y. MOATTY, *op. cit.*, p. 136.

On pourrait trouver un élément de réponse dans le délai accordé aux personnes de personnes de droit local pour déclarer les naissances. Mais cela était vrai jusqu'à ce que le législateur décide d'appliquer le délai de droit commun, comme le confirme l'article 14, 4° de l'ordonnance du 3 juin 2010. En effet, jusqu'à l'adoption de ce texte, la déclaration de naissance en droit local devait intervenir dans un délai de quinze jours conformément à l'article 16 de la délibération n° 61-16 du 17 mai 1961 de l'assemblée territoriale des Comores. Depuis le 5 juin 2010, toutes les naissances doivent être déclarées dans un délai de trois jours après l'accouchement, sans distinction de statut civil, conformément à l'article 55 du Code civil.

479. A l'évidence, c'est dans un autre domaine que l'état civil semble constituer un obstacle à la disparition de la dualité statutaire à Mayotte, celui afférant à sa tenue. Après vérification, il se trouve que les mairies mahoraises continuent à tenir deux registres d'état civil, l'un de droit commun, l'autre de droit local, alors que les règles applicables en la matière sont les mêmes, quel que soit le statut civil envisagé. La persistance de cette pratique a d'ailleurs de quoi étonner. On sait, et on a eu l'occasion de le prouver dans les précédents développements que tout enfant naissant à Mayotte est automatiquement soumis au droit commun depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 3 juin 2010. Plus rien ne justifie donc que l'on continue à tenir deux registres d'état civil, sauf à se compliquer inutilement la tâche.

Si les règles originaires du statut personnel mahorais ont été supprimées pour laisser place à celles du Code civil, il apparaît clairement que renoncer à ce statut devient illusoire.

B) Un statut personnel de renonciation illusoire

480. L'assertion faisant de la renonciation au statut personnel mahorais une opération purement illusoire n'a rien de saugrenu. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner le bien-fondé du mécanisme de la renonciation au statut personnel dans son principe pour se rendre compte qu'elle apparaît sans véritable objet au regard du résultat qui en est l'aboutissement.

481. La renonciation au statut personnel ressort déjà de certains textes coloniaux et implique initialement pour celui qui en fait la demande, non seulement le bénéfice de la loi française, mais également des libertés publiques, conférant ainsi au renonçant la qualité de citoyen français. Originellement, dans la pratique coloniale du moins, la renonciation constitue donc un mode d'acquisition des droits civils et politiques de citoyens français. C'est

ce que prévoit par exemple l'article 1^{er} du décret du 21 septembre 1881 autorisant les natifs des deux sexes dans les Établissements français de l'Inde à renoncer à leur statut personnel⁹²⁸. Toutefois, la généralisation de la citoyenneté opérée par la loi Lamine Gueye du 7 mai 1946⁹²⁹ reprise par la Constitution du 27 octobre 1946 (art. 80) a changé la donne. Désormais, la renonciation au statut personnel emporte la conséquence exclusive de la soumission au droit commun. Univoque, elle est également irrévocable, excepté pour le statut coutumier kanak depuis la loi organique de 1999 matérialisant les orientations de l'accord de Nouméa réputées de valeur constitutionnelle (art. 77 de la Constitution)⁹³⁰.

482. A Mayotte, la renonciation au statut personnel a été expressément prévue aux articles 57 et 58 de la loi statutaire du 11 juillet 2001. La procédure applicable a été précisée par le décret du 11 septembre 2002. La loi statutaire de 2001 a été abrogée par l'ordonnance du 3 juin 2010, tout en prenant soin de reproduire ses dispositions relatives à la renonciation dans son article 3. Depuis l'entrée en vigueur de ce texte, c'est sur le fondement de cet article que doit intervenir la demande de renonciation, mais toujours dans les conditions prévues par le décret de 2002. Celle-ci n'opère qu'en faveur du droit commun ; d'où la comparaison à « un acte négatif » caractérisant « un reniement identitaire »⁹³¹. Semblable aboutissement est difficilement envisageable aujourd'hui relativement au droit positif en vigueur dans le statut personnel mahorais.

Le droit commun et les droits fondamentaux en constituent désormais les nouvelles sources. Toute crainte inhérente à l'abandon des spécificités locales au profit d'un *corpus juris* réputé de tradition juridique différente se trouve dès lors neutralisée. Il suit de là que l'idée même d'une renonciation au statut personnel est clairement illusoire. En pratique, on quitte en effet un droit commun légèrement adapté dans le statut personnel pour un droit

⁹²⁸ Art. 1^{er} du décret du 21 septembre 1881 autorisant les natifs des deux sexes dans les Établissements français de l'Inde à renoncer à leur statut personnel : « Dans les établissements français de l'Inde, les natifs des deux sexes de toutes castes et religions, majeurs de vingt et un ans, pourront renoncer à leur statut personnel dans les formes et aux conditions ci-après déterminées. Par le fait de cette renonciation, qui sera définitive et irrévocable, ils sont régis ainsi que leurs femmes et leurs enfants mineurs par les lois civiles et politiques applicables aux Français dans la colonie ».

⁹²⁹ Loi n°46-940 tendant à proclamer citoyens tous les ressortissants des territoires d'outre-mer, *JO* 8 mai 1946 p. 3888.

⁹³⁰ Voir *supra* n°306, note 677.

⁹³¹ S. BLANCHY, Y. MOATTY, *op. cit.*, p. 136.

commun lui-même légèrement adapté à Mayotte. En définitive, tout est question de nuance entre les deux statuts civils en cours dans le nouveau département, mais une nuance vraiment très infime.

483. Ces analyses ne doivent cependant pas faire oublier que le mécanisme de la renonciation au statut personnel intéresse encore certains auteurs. Ainsi, Mme Ralser s'est-elle interrogée sur les conséquences d'une renonciation émanant d'un couple marié sous la forme locale, soit que l'initiative vient d'un époux, soit qu'elle vienne des deux⁹³². Dans leur concrétisation, les deux hypothèses sont révélatrices de situations juridiques faisant normalement intervenir le droit commun. La solution n'en est pas moins écartée par l'auteur, non sans justification. La renonciation au statut personnel émanant d'un seul des époux transforme le mariage en union mixte. Cependant, lui appliquer le droit commun reviendrait à méconnaître l'article 75 de la Constitution. L'époux de statut civil particulier se trouverait ainsi soumis aux règles du Code civil alors qu'il n'a rien demandé. La demande faite par les deux épouses ne devrait pas non plus systématiquement entraîner l'application du droit commun. Et pour donner à sa thèse toute sa pertinence, Mme Ralser constate qu'il se pose un problème de conflit mobile.

On parle de conflit mobile « lorsque l'élément de la situation juridique retenu comme « localisateur » par la règle de conflit dans l'espace a connu une ou plusieurs modifications dans le temps »⁹³³. Le critère de rattachement prévu par l'article 75 de la Constitution, initialement le statut civil particulier, est devenu le droit commun, par la seule intervention de la renonciation. Il résulte dès lors un changement de législation dont l'initiative émane, non pas du législateur, mais du justiciable lui-même. Mais la situation juridique litigieuse est susceptible de voir appliquer les deux systèmes. Plus précisément, on se trouve en présence d'une sorte de « conflit de lois dans le temps provoqué par le déplacement dans l'espace du facteur de rattachement », changement ayant pour effet de rendre compétente une loi nouvelle⁹³⁴. Et la résolution du conflit mobile présente cette particularité d'emprunter justement les règles du droit transitoire. Ainsi, la rétroactivité se trouve d'emblée écartée. Seuls restent applicables le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle et son exception, la survie de la loi ancienne. Ainsi, aux situations légales s'applique le principe de l'effet

⁹³² E. RALSER, *op. cit.*, p. 749-751.

⁹³³ M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, Dalloz 2005, p. 2.

⁹³⁴ P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 268.

immédiat de la loi nouvelle, et aux situations de type contractuel (régime matrimonial), celui de la survie de la loi ancienne.

484. A l'évidence, les analyses faites par Mme Ralser n'ont qu'un pur intérêt théorique. Cette perte d'intérêt s'explique précisément par la considération tirée de la suppression des sources formelles du statut personnel, emportant ainsi application implicite du droit commun. Ainsi, nanti d'une vocation générale, ce dernier saisit toutes les situations juridiques naissant ultérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 3 juin 2010, ainsi que les effets des situations juridiques constituées antérieurement à celle-ci, à l'exclusion du régime matrimonial, qui reste, sauf volontaire contraire des intéressés, le régime local de la séparation des biens⁹³⁵. Or, les solutions ainsi décrites sont celles-là mêmes qui ont vocation à s'appliquer en cas de renonciation au statut personnel, après résolution des conflits mobiles en découlant. Les envisager n'a dès lors aucun intérêt pratique. L'automatisme et la généralité des solutions résultant de l'application de la loi dans le temps en sont la cause. Le seul intérêt de la renonciation au statut personnel mahorais, au regard de l'état du droit positif en vigueur, consiste comme cela a été dit précédemment, dans le bénéfice du droit commun tel qu'il s'applique généralement à Mayotte. Cette différenciation légère ne saurait toutefois faire obstacle à la suppression formelle du statut civil particulier.

§2/ Un maintien préjudiciable à la sécurité juridique

485. Les dispositions relatives au statut personnel, et précisément celles issues de l'ordonnance du 3 juin 2010, concentrant l'essentiel du droit actuellement en vigueur, prêtent résolument à la confusion. Elles ne permettent que difficilement la connaissance et la compréhension par leurs bénéficiaires des règles applicables. Cette situation est intolérable dans un pays démocratique, en ce qu'elle est de nature à favoriser l'arbitraire.

Il est donc fondamental d'examiner le problème en profondeur (A), pour pouvoir ensuite exposer les solutions envisageables (B).

A) Les aspects du problème

⁹³⁵ Voir *supra* n°409 et s.

486. La réglementation actuelle du statut personnel mahorais sacrifie indubitablement l'exigence de sécurité juridique (2). Toutefois, avant d'en apporter la preuve, il convient de réserver quelques lignes à l'étude de la notion (1).

1) La notion de sécurité juridique

486. La sécurité juridique⁹³⁶ relève de la catégorie de ces notions fortement utilisées par les juristes, mais dont la définition paraît des plus improbables, réduisant ainsi leur appréhension et leur compréhension à leurs seules composantes. Bien que n'étant prévue par aucun texte, celle-ci a trouvé écho dans la jurisprudence communautaire⁹³⁷ et celle de la CEDH, qui lui confèrent ainsi un « puissant effet unificateur »⁹³⁸. Son essor en Europe ne fait pas l'ombre d'un doute, puisqu'elle est considérée comme un « fonds constitutionnel commun aux démocraties »⁹³⁹. En France pourtant, aucune décision du Conseil constitutionnel ne semble l'élever à un si haut rang, du moins expressément. On ne peut donc considérer le principe de la sécurité juridique comme ayant valeur constitutionnelle en droit interne, justifiant la censure d'une loi qui lui serait contraire. La doctrine croit néanmoins en percevoir les prémisses⁹⁴⁰. On en est pour l'heure au stade de la constitutionnalisation matérielle en attendant la prochaine étape, une formalisation au demeurant constamment fugitive⁹⁴¹.

487. Nombreux sont en effet les auteurs voyant dans la consécration de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi par la décision du 16 décembre 1999, la marche vers la reconnaissance de la sécurité juridique. Ainsi, tout en la rattachant à l'article 2 de la déclaration de 1789, M. Luchaire a considéré que la décision précitée garantit implicitement la protection de la sécurité juridique qu'il a assimilé d'ailleurs à un aspect de la sûreté, dont l'acception révolutionnaire renvoie à la « protection des droits »,

⁹³⁶ Voir notamment J.-L. BERGEL, « La sécurité juridique », *La revue du notariat* 110, 2008, p. 271.

⁹³⁷ Voir J.-P. PUISSOCHET, H. LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* n°11/2001, p. 98-105

⁹³⁸ A.-L. VALEMBOIS, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17, mars 2005, p. 1.

⁹³⁹ B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », *op. cit.*, p. 301.

⁹⁴⁰ Sur la question, voir le dossier sur la sécurité juridique des Cahiers constitutionnels n°11, 2001 mais également l'excellente thèse d'Anne-Laure Valembos, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ 2005.

⁹⁴¹ A.-L. VALEMBOIS, « La sécurité juridique... », *op. cit.*

même s'il a concédé que dans sa décision le juge constitutionnel vise « la garantie des droits » prévue à l'article 16 de la déclaration⁹⁴². M. Mathieu, sans doute l'un des plus fervents défenseurs de cette thèse, est quant à lui convaincu que la sécurité juridique est « un principe constitutionnel clandestin, mais efficient »⁹⁴³. Il la qualifie en outre de « produit d'importation dorénavant « made in France » »⁹⁴⁴.

Sa clandestinité s'explique par le refus du Conseil constitutionnel d'en reconnaître expressément l'existence, tandis que son efficacité résulte justement de sa volonté à en assurer le respect à travers ses composantes. Mais il ne désespère pas de le voir un jour franchir le pas, en en faisant un objectif de valeur constitutionnelle, excluant toute tentative d'assimilation à un droit fondamental invocable par un justiciable⁹⁴⁵. En d'autres termes, M. Mathieu n'est pas séduit par la perspective d'ériger la sécurité juridique en un principe constitutionnel. Ce qui réduit très sérieusement les chances de saisine du Conseil constitutionnel, limitant ainsi l'étendue de l'initiative. Celle-ci serait dès lors réservée aux seules autorités habilitées à déclencher une procédure de contrôle de constitutionnalité *a priori*, l'occurrence les politiciens, à l'exclusion donc des justiciables. Or, en privilégiant la qualification de principe constitutionnel, la solution serait différente.

Toutefois, l'exercice d'un tel droit peut paraître néanmoins douteux lorsqu'on sait que la sécurité juridique est réfractaire à toute définition⁹⁴⁶. Ce qui ne constitue pas une difficulté négligeable. Comment en effet invoquer un droit dont on ignore précisément ce qu'il est ?⁹⁴⁷

⁹⁴² F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°11, 2001, p. 67-69. Il cite ainsi L'article 10 de la déclaration girondine, l'article 8 de la déclaration jacobine, d'après lequel « protéger les droits c'est bien assurer la sécurité juridique ».

⁹⁴³ B. MATHIEU, *op. cit.*.

⁹⁴⁴ *Ibid.*

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 302.

⁹⁴⁶ A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2814.

⁹⁴⁷ Le Conseil constitutionnel rejette d'ailleurs toute demande faite sur le fondement de la sécurité juridique, mais sans jamais faire allusion à une quelconque difficulté liée à sa définition. Voir en ce sens Cons. const. n°93-932 DC, 13 janvier 1994, *JO* 18 janvier 1994, p. 925 (suite à la saisine des sénateurs à propos de la loi relative à la santé publique et à la protection sociale), ou encore Cons. const. n°94-348 DC, 3 août 1994, *JO* 6 août 1994, p. 11482. Dans cette dernière décision, la saisine a émané des députés ; la demande ayant été dirigée contre la loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition de directives du Conseil des Communautés européennes.

488. A défaut d'être définie et d'être expressément élevée au rang de principe constitutionnel, voire d'objectif à valeur constitutionnelle le cas échéant, la sécurité juridique se laisse néanmoins saisir par ses contours, autant d'aspects substantiels bénéficiant du regard bienveillant du Conseil constitutionnel, qui ne manque pas au besoin d'en rappeler le respect⁹⁴⁸. Drôle de destin donc pour cette notion « protéiforme »⁹⁴⁹, très hautement considérée en sa qualité d'« exigence fondamentale »⁹⁵⁰ dans un Etat de droit, mais aux finalités néanmoins paradoxales, capable à la fois de garantir les intérêts individuels et de les sacrifier tout autant au nom de l'intérêt général⁹⁵¹. Ainsi se manifeste-t-elle à travers certaines exigences dites « matérielles » que sont la clarté, l'accessibilité, contribuant ainsi à une meilleure qualité de la loi, mais également à travers des exigences dites « temporelles » attestant de la nécessité d'une loi prévisible, respectueuse d'une certaine « stabilité de l'environnement juridique », d'où découlerait de nombreuses garanties, comme l'exclusion de la rétroactivité de la loi, ou encore le respect des droits acquis⁹⁵².

Tels sont les aspects substantiels de la sécurité juridique, dont la constitutionnalisation formelle est tant espérée, sans jamais connaître l'aboutissement⁹⁵³. Elle peut toujours prétendre à cette haute distinction « au travers de ses démembrements »⁹⁵⁴. Variables, divers, ils ne facilitent guère toute tentative de définition précise de la notion. On se contente alors de la découvrir dans ses multiples expressions. Qu'en est-il dans le nouveau dispositif applicable au statut personnel mahorais ?

2) Une exigence manifestement atteinte

489. L'analyse du nouveau dispositif applicable au statut personnel mahorais, dont la teneur ressort de l'ordonnance ratifiée du 3 juin 2010, a précédemment révélé certaines

⁹⁴⁸ Sur les aspects de la sécurité juridique auxquels le Conseil constitutionnel attache une certaine importance, voir B. MATHIEU, *op. cit.*.

⁹⁴⁹ P. CASSIA, « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, p. 1190.

⁹⁵⁰ A. CRISTAU, *op. cit.*, p. 2814.

⁹⁵¹ B. MATHIEU, *op. cit.*

⁹⁵² A. CRISTAU, *op. cit.*

⁹⁵³ A.-L. VALEMBOIS, « La sécurité juridique... », *op. cit.*

⁹⁵⁴ B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel renforce les exigences relatives à la qualité du travail législatif et à la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 3-5.

carences dans ses énonciations⁹⁵⁵. Ce texte repose sur des principes contradictoires et renferme d'insoutenables incohérences. Le manque de coordination ainsi caractérisé résulte plus précisément de l'impression laissée par le législateur d'avoir maintenu certaines spécificités mahoraises après en avoir définitivement supprimé les sources formelles. Or, de par le vide juridique qu'elle crée, cette suppression entraîne naturellement la plénitude de compétence du droit commun. Ainsi, supprimées, certaines anciennes règles vont pourtant continuer à coexister avec celles qui sont supposées les remplacer, institutionnalisant de la sorte une malencontreuse et incompréhensible dualité de sources formelles au demeurant contradictoires, de laquelle peut résulter une application dénuée de toute uniformité de la loi. Il en résulte manifestement une violation du principe de clarté de loi et un manquement à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. De ce constat, on peut déduire un risque réel d'arbitraire dans la pratique judiciaire présageant une potentielle atteinte à la prévisibilité des solutions. La sécurité juridique se trouve ainsi ébranlée dans ses exigences matérielles.

490. Certes, l'étude de l'entendue de ces difficultés a précédemment permis de proposer des solutions. Leur portée effective doit néanmoins être minimisée. Rien ne garantit en effet que celles-ci seront suivies par la pratique judiciaire, comme nous le préconisons. Leur découverte s'inscrit dans une logique bien particulière. Il a surtout été question de tirer toutes les conséquences juridiques attachées à la suppression des règles originaires du statut civil particulier, pour donner au nouveau dispositif la cohérence qui lui fait tant défaut. Et face au vide juridique en résultant, la conclusion de la compétence exclusive du droit commun est apparue comme une conséquence forcée. Le législateur ne peut pas avoir voulu une autre solution, au risque d'exposer le juge en cas de litige à un déni de justice, ce que prohibe formellement l'article 4 du Code civil. Bien que logique, cette conclusion ne mérite pas moins d'être formalisée.

Cette formalisation est indispensable pour se prémunir notamment contre toute incertitude, susceptible d'ailleurs de rendre particulièrement précaires et vulnérables les solutions qui ont été suggérées, révélant ainsi leur fragilité. A cet égard, une position ferme du législateur s'impose, seule à même d'offrir la stabilité dans les rapports juridiques, substantiellement défailante. Et la réalisation d'un tel objectif passe résolument par

⁹⁵⁵ Voir *supra* n°337 et s.

l'adoption d'un dispositif clair et cohérent, autrement les droits des justiciables ne seront pas effectivement garantis, comme le commande l'article 16 de la déclaration de 1789.

491. L'on peut d'ailleurs s'étonner que la loi du 7 décembre 2010 ratifiant l'ordonnance du 3 juin 2010 qui précise fondamentalement l'état du droit positif en vigueur dans le statut personnel mahorais, qui souffre pourtant d'imprécision et d'incohérence, n'ait pas été déférée au Conseil constitutionnel avant sa promulgation. La demande aurait pu être formulée sur la base de deux fondements. Il peut tout d'abord être allégué le non-respect de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Il peut être ensuite soutenu un manquement à l'exigence de clarté de la loi, laquelle implique, selon le Conseil constitutionnel, que la loi soit « suffisamment claire et précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34 de la Constitution »⁹⁵⁶. Cette exigence a d'ailleurs été élevée au rang de principe constitutionnel dans une décision du 13 janvier 2000⁹⁵⁷. Ainsi, et pour ne pas violer l'article 34 de la Constitution qui fonde sa compétence, le législateur est tenu de proposer des lois dont les principes sont clairement posés. Par conséquent, les énonciations qui en résultent doivent en tout état de cause être exclusives de contradictions et d'incohérences, sous peine d'encourir la censure.

De prime abord, cette différence de fondement a de quoi surprendre lorsqu'on sait que la satisfaction de l'exigence de clarté de la loi constitue un préalable à la réalisation de l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité⁹⁵⁸. En d'autres termes, une loi manquant de clarté, renferme nécessairement des contradictions et des incohérences, ce qui la rend inéluctablement inintelligible. Le principe se fonde ainsi dans l'objectif, pour n'être que son aspect substantiel. Il existe pourtant un intérêt pratique certain à les différencier au regard notamment des modalités du contrôle opéré par le juge constitutionnel. En effet, lorsque l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'est pas réalisé, il se contente d'interpréter la loi déférée pour la rendre intelligible ; tandis qu'il la censure après avoir constaté un manquement à l'exigence de clarté. Plus précisément, l'objectif constitutionnel traduit une « exigence subjective » liée à « l'appréhension de la norme par le destinataire », là

⁹⁵⁶ Cons. const. n°98-401 DC, 10 juin 1998, *JO* 14 juin 1998, p. 9033.

⁹⁵⁷ Cons. const. n°99-423 DC, 13 janv. 2000, *JO* 20 janvier 2000, p. 992. La solution a été confirmée quelques mois plus tard (Cons. const. n°2000-435 DC, 7 déc. 2000, *JO* 14 décembre 2000, p. 19830).

⁹⁵⁸ F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°11, 2001, p. 67-69.

où le principe de clarté vise une « exigence objective » caractérisée par l'obligation du législateur de respecter la fonction à lui assignée par la Constitution à travers son article 34⁹⁵⁹. La distinction recouvre par là même tout son sens.

492. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel n'ayant pas été saisi après l'adoption par le parlement de la loi du 7 décembre 2010, reste la possibilité de l'attaquer dans le cadre d'une QPC. S'agissant de l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité, la demande a très peu de chance de prospérer. Le Conseil a en effet statué en faveur de son impossible invocabilité dans le cadre d'une telle procédure⁹⁶⁰. La seule solution pour satisfaire à l'exigence de sécurité juridique dans le nouveau dispositif consiste en une intervention législative, destinée à clarifier le droit applicable. Il faut donc que les pouvoirs publics prennent leurs responsabilités, en proclamant expressément la plénitude de compétence du droit commun, exclusive de toute dualité statutaire au demeurant trompeuse, et proposer ainsi un *corpus juris* unique et cohérent. Pareille initiative semble fondamentale pour la garantie de la sécurité des rapports juridiques. Manquant de coordination, le nouveau dispositif rend malaisée la connaissance des règles applicables par les sujets de droit. La tendance doit être résolument autre, et doit tendre vers une plus grande lisibilité de la loi et remédier ainsi à la maladresse rédactionnelle de l'ordonnance du 3 juin 2010.

Ainsi se trouve définitivement justifiée l'imminence de l'intervention législative, même si en pratique l'unification du droit des personnes et de la famille à Mayotte semble être difficilement réalisable dans un cadre purement légal. Il importe dès lors d'examiner l'étendue des solutions envisageables.

B) Les solutions envisageables

493. Envisagée dans son principe, la suppression formelle du statut personnel mahorais risque de soulever quelques difficultés qu'il faudra nécessairement surmonter. Celles-ci

⁹⁵⁹ B. MATHIEU, note sous Cons. const. n°2001-455 DC, 12 janvier 2002, *LPA*, 24 septembre 2002 n°191, p. 15.

⁹⁶⁰ Cons. const. n° 2010-4/17 QPC, 22 juill. 2010, *JO* 23 Juillet 2010, p. p. 13615 (Cons. 11).

portent sur la nature des dispositions en cause. Si elles sont pour l'essentiel de nature législative, il existe également une disposition de nature constitutionnelle. Les premières déterminent les règles applicables, et figurent dans l'ordonnance du 3 juin 2010, tandis que la disposition constitutionnelle, en l'occurrence l'article 75, garantit l'existence du statut personnel mahorais, sans le viser expressément.

Insuffisante à exclure ce dernier de la garantie constitutionnelle (1) l'intervention du législateur doit nécessairement être accompagnée d'une révision de la la Constitution (2).

1) L'insuffisante intervention législative

494. De prime abord, l'intervention du législateur dans la perspective d'instaurer une sécurité juridique au demeurant défailante dans la réglementation du statut personnel mahorais, se traduit par la suppression des contradictions et incohérences que recèlent l'ordonnance ratifiée du 3 juin 2010. Pareille intervention aura le mérite de faciliter la connaissance et la compréhension des règles applicables, mais également de faire ressortir la plénitude de compétence du droit commun sous-jacente. Le législateur sera surtout contraint de supprimer définitivement la singularité mahoraise. A ce stade, les choses se compliquent, notamment lorsqu'on sait que le statut personnel est protégé dans son essence par l'article 75 de la Constitution. Pourtant par le passé, le législateur a pu supprimer celui ayant cours en Polynésie française, sans grande difficulté. La tentation est forte de voir dans cet exemple un modèle pour la suppression du statut personnel mahorais.

495. La reconnaissance du statut civil particulier en Polynésie française doit être recherchée dans le Traité du 29 juin 1880 portant annexion du royaume Pomare, composé de Tahiti et de tous les territoires sous la dépendance de la couronne, donnant ainsi naissance à la colonie des Etablissements français de l'Océanie. Ratifié à Paris le 30 décembre 1880 sous la présidence de Jules Grévy⁹⁶¹, ce traité contient une clause par laquelle le Roi Pomare V demande à la France de respecter les lois et coutumes tahitiennes, tout en laissant aux juridictions indigènes le soin de résoudre les litiges relatifs à la terre.

⁹⁶¹ Ce traité constitue en réalité l'aboutissement de quarante ans de discussion entre certains chefs des îles sous sa dépendance du Roi Pomare et les représentants de la France, dont les évolutions ont été retracées dans une étude faite par Colin Newbury (C. NEWBURY, « La représentation politique en Polynésie française, 1880-1903 [Étude d'un cas d'assimilation] », *Journal de la Société des océanistes*. Tome 23, 1967. p. 11-27).

Toutefois, la ratification ne reprend pas les termes du Traité, se contentant de confirmer la colonisation de Tahiti et de ses dépendances, en proclamant ses habitants citoyens français, et invite par ailleurs les étrangers qui y résident à faire une demande de naturalisation s'ils le souhaitent, en prenant soin d'en préciser les modalités. C'est l'ensemble des territoires annexés en 1880 complété d'autres îles faisant l'objet d'une annexion ultérieure qui est aujourd'hui communément connu sous la désignation de Polynésie française⁹⁶². Et là encore, le respect des particularismes locaux entretient un lien étroit avec la propriété foncière⁹⁶³, avant que l'administration coloniale ne se résolve à la rétrocession de certaines parcelles sous la pression des autochtones, chacun se voyant délivrer un titre de propriété, du moins ceux qui se manifestent⁹⁶⁴.

Aujourd'hui encore, la question du foncier agite ce territoire de la République⁹⁶⁵, où des parcelles sont majoritairement soumises au régime de l'indivision française tout en faisant intervenir « dans le contexte spécifique de la Polynésie, de pratiques locales fort différentes

⁹⁶² Consécutivement au Traité d'annexion signé à Tahiti en 1880, l'archipel prendra le nom d'Établissements français de l'Océanie dès 1881, statut de Territoire d'outre-mer (TOM) en 1946 avant d'être baptisé Polynésie française en 1957 (A.-Ch. TREMON, « Citoyens indigènes et sujets électeurs. Statut, race et politique dans les Établissements français de l'Océanie (1880-1945) », *Genèses* 2013/2 (n° 91), p. 28-48).

⁹⁶³ A ce propos, l'annexion va toutefois contribuer à l'extension du droit métropolitain avec l'introduction de la procédure d'enregistrement. Et comme cela se passe ordinairement en cas de colonisation, le territoire est d'abord réputé dans son intégralité domaine colonial conformément au décret du 24 août 1887 (Décret du 24 août 1887 relative à la délimitation de propriété foncière dans les Etablissements français de l'Océanie, *BOEFO* de 1887, p. 390. Il est ainsi rappelé que « La terre est déclarée domaine colonial de l'Etat, à charge pour les autochtones de prouver leurs droits sur leurs terres ancestrales »).

⁹⁶⁴ T. BAMBRIDGE, Ph. NEUFFER, « Pluralisme culturel et juridique en Polynésie française : la question foncière », *Hermès, La Revue* 2002/1 (n° 32-33), p. 307-315, spéc. p. 310. A l'évidence, la suppression du système foncier local auquel a été substitué un régime d'essence métropolitaine, accompagné d'une introduction du Code civil n'ont été que modérément appréciées par les habitants de cet archipel qui vouent un culte à la terre et ignorant le concept même d'appropriation individuelle d'essence occidentale. En ce sens, Mme. Raybaud écrit que « Dans l'ensemble de la Polynésie, la terre où vivait l'individu et sa famille, où étaient enterrés ses ancêtres et où on envisageait que vivraient les descendants avait un caractère d'inaliénabilité renforcé par le Tabu qui était apposé sur les limites du sol » (C. RAYBAUD, « Des droits de propriété de l'Etat français sur les îles de Pâques », *RJP* 1997/3, p. 109).

⁹⁶⁵ Sur la problématique du droit foncier voir T. BAMBRIDGE (dir.) *Le foncier en Polynésie française/Comment réconcilier pratiques, légalité et légitimité ?*, Univers Polynésiens 2009 ; Y.-L. SAGE, *Droit foncier en Polynésie française. Bref examen critique et propositions de réformes*, Journal de Droit Comparé du Pacifique 2013.

des normes françaises »⁹⁶⁶. Il apparaît ainsi que l'assimilation par les intéressés des notions civilistes du droit de la propriété pourtant en vigueur, reste fondamentalement problématique⁹⁶⁷. En dehors du cas particulier de la propriété foncière, le Code civil a, dans les textes en tout cas, fini par supplanter les particularismes locaux dans les autres matières⁹⁶⁸.

496. A l'endroit de la coutume, il a été ainsi rapporté qu'elle repose sur « un ensemble de normes à valeur collective dont la particularité était d'avoir un fondement traditionnel et un caractère exclusivement oral toutefois assorti de marques concrètes dans l'espace »⁹⁶⁹. Aucune précision ne filtre cependant quant à l'exacte teneur des pratiques. Tout au plus, on sait qu'elles seront progressivement supplantées par les règles du Code civil, d'abord en 1866 pour certaines îles de l'archipel, puis en 1945 pour l'ensemble de la Polynésie française⁹⁷⁰, conformément à l'ordonnance du 24 mars 1945⁹⁷¹. Cette suppression légale du statut civil particulier n'a cependant pas empêché la survivance dans le fait de certaines pratiques⁹⁷².

⁹⁶⁶ S. GUYON, B. TREPIED, « Les autochtones de la République. Amérindiens, Tahitiens et Kanak face au legs colonial français », in I. BELLIER (dir.), *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance*, L'Harmattan 2013, p. 105.

⁹⁶⁷ C. RAYBAUD, *op. cit.*, p. 106.

⁹⁶⁸ Dans ces domaines en effet, le Code civil se révèle « facteur d'affaiblissement progressif des coutumes », bien qu'étant présenté comme « un réel facteur d'émancipation économique et sociale pour la grande majorité des habitants » (Y.-L. SAGE, *Droit foncier en Polynésie française...*, *op. cit.*, p. 31). Il convient de préciser que la généralisation de l'application du Code civil en Polynésie, celle-ci n'en reste pas moins soumise au principe de la spécialité législative. Ainsi, le droit métropolitain n'y est applicable que sur mention expresse. Aussi et en vertu de l'article 74 de la Constitution, son assemblée territoriale peut intervenir dans le domaine de la loi, duquel relèvent d'ailleurs les matières ordinairement constitutives du statut personnel. Les actes ainsi adoptés prennent le nom de « lois de pays » conformément à l'article 140 de la loi organique du 27 février 2004, et peuvent être soumis au contrôle du Conseil d'Etat (Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *JO* 2 mars 2004 p. 4183).

⁹⁶⁹ C. RAYBAUD, *op. cit.*, p. 106.

⁹⁷⁰ Sur la suppression formelle de manière progressive des institutions juridiques de la Polynésie française, anciennement Etablissement français de l'Océanie, voir Y.-L. SAGE, « Les institutions judiciaires à Tahiti et dépendances de la période de protectorat à 1945 », *RJP* 1997/3, p. 29-103.

⁹⁷¹ Ordonnance du 24 mars 1945 relative à la suppression du statut particulier en Polynésie française.

⁹⁷² A côté du droit officiel, existe en effet une pratique fortement ancrée dans la société polynésienne, celle de l'adoption traditionnelle de l'enfant *fa'a'amu*, considérée « à la fois une institution, parce qu'elle recouvre une forme d'organisation sociale, et une norme parce qu'elle est généralisée » (M.-N. CHARLES « Le rôle de la possession d'état dans la filiation de l'enfant « fa'a'amu » en Polynésie française », *Droit et société*, n°30-31,

Le précédent polynésien pourrait suggérer une suppression pure et simple du statut personnel mahorais par une loi ordinaire. Mais la tâche s'annonce très compliquée. En effet, lorsque le législateur a décidé de supprimer le statut civil particulier ayant cours dans les Etablissements français de l'Océanie en 1945, les statuts personnels ne jouissaient pas encore d'une garantie constitutionnelle. La situation a évolué avec l'adoption de la Constitution du 27 octobre 1946. Le principe ressort de son article 82, et sera repris par l'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958. Or, toute modification d'une disposition constitutionnelle ne peut intervenir que dans les conditions prévues par l'article 89. Ainsi, la voie légale ayant permis la suppression du statut personnel polynésien n'aura aucune chance de prospérer dans le contexte actuel. La révision de l'article 75 de la Constitution demeure en ce sens la seule voie envisageable.

497. L'impossibilité de transposer le précédent polynésien dans l'hypothèse mahoraise trouve d'ailleurs tout son sens dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il suffit pour s'en convaincre de lire sa décision du 17 juillet 2003 lorsqu'il a été saisi pour contrôler la conformité de la loi-programme de 2003 par rapport à la Constitution. Au nombre des dispositions litigieuses, celles portant notamment sur le statut personnel mahorais, et qui figurent précisément à l'article 68 de la loi précitée. Celles-ci ont été par la suite insérées dans la partie de la loi statutaire du 11 juillet 2001 traitant du statut civil dérogatoire du droit commun.

Le juge constitutionnel a ainsi rappelé que « dès lors qu'il ne remettait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, il (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 »⁹⁷³. La garantie constitutionnelle du statut personnel se limite à son existence, à l'exclusion donc des règles qui le composent. Celles-ci sont sujettes à évolution, et peuvent dès lors être modifiées par le législateur. Il en

1995, p. 447). Ainsi, dès sa naissance, l'enfant peut être donné à des membres de sa famille ou encore à des voisins qui auront la charge de l'élever. Résolument éloignée du cadre légal posé par le Code civil et applicable en Polynésie française, cette pratique soulève d'innombrables difficultés. Sur l'ensemble des difficultés soulevées par cette pratique, voir M.-N CHARLES, « Le placement en vue de l'adoption des enfants de Polynésie française est-il conforme au droit français ? », *JCP G* 1997, n° 52, I 4073 ; P. GOURDON, « Quelques réflexions sur l'amélioration du processus d'adoption des enfants polynésiens », *Dr. fam.* 2004, n° 7, étude 18.

⁹⁷³ Cons. const. n° 2003-474 DC, 17 juillet 2003, *op. cit.*

est tout autrement de la proclamation du statut personnel lui-même. Sa disparition ne peut en aucune façon être le simple fait d'une loi ordinaire, sous peine de violer l'article 75 de la Constitution.

Ainsi se trouve définitivement écartée toute perspective de transposition du précédent polynésien. Ce constat fournit un élément de réponse quant à la justification du maintien du statut personnel mahorais par l'ordonnance du 3 juin 2010, alors qu'il n'est que l'ombre de lui-même. Sa disparition formelle ne peut dès lors s'induire que d'une révision constitutionnelle.

2) L'inéluctable révision constitutionnelle

498. La révision constitutionnelle présente l'avantage de pallier les limites de l'intervention législative. Point n'est besoin toutefois qu'il soit procédé à la suppression des dispositions relatives au statut personnel mahorais, contenues dans l'ordonnance ratifiée du 3 juin 2010. Son exclusion de la garantie constitutionnelle suffit à résoudre le problème. En ce sens, la révision constitutionnelle présente un double intérêt. Non seulement elle permet d'instaurer la sécurité juridique dont l'atteinte a été précédemment dénoncée, mais elle assure également une disparition définitive du statut personnel mahorais. Ce sera donc deux interventions en une, dont l'efficacité s'avère redoutable.

Il importe dès lors d'explicitier en quelques mots la teneur de la procédure de révision, avant de faire une proposition sur la nouvelle rédaction de l'article 75 de la Constitution. On remarque d'ailleurs qu'il s'agira d'une première, pour une disposition qui n'a jamais été retouchée depuis l'adoption de ce texte coïncident avec l'avènement de la V^e République. Cette disposition est donc longtemps demeurée à l'abri des modifications affectant la norme suprême.

499. La procédure de révision de la Constitution est prévue à son article 89, qui prend soin d'ailleurs de préciser les modalités de sa mise en œuvre ainsi que les limites assignées à pareille initiative. Il résulte des énonciations de l'article précité une initiative concurrente du Président de la République sur proposition du Premier ministre et des membres du Parlement. Dans la première hypothèse, on parle de projet de révision et dans l'autre de proposition de révision. Quelle que soit la voie choisie, l'article 89 de la Constitution prescrit une soumission pour lecture par les deux assemblées ; étant précisé que l'approbation de la révision par référendum la rend définitive. Cette perspective est néanmoins susceptible d'être écartée en

présence d'un projet de révision. En pareille circonstance, il suffit d'une décision du Chef de l'Etat portant soumission du projet au Parlement, lequel est réuni pour l'occasion en Congrès. Cependant, le projet n'aboutira que s'il est approuvé à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Cette voie semble avoir nos faveurs, de par sa rapidité et son efficacité. La perspective ne devrait nullement poser de difficultés, puisqu'elle n'implique aucun enjeu politique susceptible de la retarder, à travers de longues et interminables discussions.

Par ailleurs, sont exclues du champ de la révision constitutionnelle toute mesure portant atteinte à l'intégrité du territoire ainsi que celle remettant en cause la forme républicaine du Gouvernement. Le statut personnel n'entrant pas dans les limites ainsi énumérées, sa suppression ne devrait dès lors soulever aucune difficulté de nature juridique. Il suffit juste d'une volonté politique. Et l'on peut légitimement se demander pourquoi elle tarde tant à se manifester.

500. Dans sa formulation, l'article 75 de la Constitution ne vise aucun statut personnel ultramarin en particulier. La garantie constitutionnelle est énoncée en des termes généraux et s'adresse à tout citoyen français n'ayant pas renoncé à son statut personnel, notamment celui applicable à Mayotte. Il doit donc être rajouté un alinéa excluant ce dernier pour pallier l'impossibilité d'une intervention législative en ce sens. Modifié, l'article 75 de la Constitution peut être ainsi rédigé :

« 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.

Toutefois, est exclu de la garantie constitutionnelle le statut personnel mahorais, sous réserve du respect des situations constituées avant l'entrée en vigueur de 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 ».

Des telles énonciations comportent plusieurs avantages. Elles s'inscrivent tout d'abord dans la continuité de la formulation actuelle, permettant ainsi à tout citoyen français encore soumis au statut personnel de s'en prévaloir lorsqu'il n'y a pas renoncé. Elles intègrent ensuite les avancées concrètement réalisées dans le statut personnel mahorais, aujourd'hui vidé de sa substance. Elles sont enfin respectueuses des situations constituées sous l'empire de l'ancien système, traduisant ainsi la volonté du législateur de ne pas les remettre en cause, en excluant toute rétroactivité de la loi nouvelle.

Ainsi posées, ces règles constitueront un fondement solide au respect des unions polygamiques et aux conséquences juridiques qui en découlent en dehors de Mayotte. Dans

cette perspective, les épouses d'un mari polygame pourront efficacement se prévaloir de tous les droits attachés à la qualité de conjoint, sans risque d'exposition à une fin de non-recevoir faussement fondée sur l'ordre public français ou inhérente à une prétendue application territoriale de leur statut personnel au motif tiré des difficultés pratiques qu'il poserait hors de Mayotte. Le respect des unions polygamiques ne passe pas nécessairement par le maintien formel du statut personnel mahorais. L'acte de mariage établi pour chacune des unions suffit amplement à garantir ce respect. Chaque coépouse devra au besoin produire une copie pour attester de la véracité de sa situation ; à charge pour toute personne ou entité entendant la contester de démontrer que le mariage dont se prévaut la coépouse a été célébré en dehors de l'autorisation légale ou qu'il a été prononcé à son encontre un jugement de divorce.

501. En tout état de cause, aussi complexe que puisse être la perspective de voir disparaître formellement le statut personnel mahorais, tout doit être mis en œuvre pour atteindre ce but. Le législateur ne peut en aucune façon se satisfaire de la situation actuelle, d'autant plus que son maintien ainsi que la dualité statutaire en résultant obstruent sérieusement toute tentative d'uniformisation du Code civil à Mayotte.

Section 2 : Une limite à l'application uniforme du Code civil à Mayotte

502. Il ne fait aucun doute que la persistance de la dualité de statuts civils à Mayotte, corollaire du maintien inexplicable du statut civil particulier, constitue un obstacle limite à l'uniformisation du Code civil dans l'île. Toutefois, sa suppression ne permettra pas à elle seule la concrétisation d'une telle entreprise. En effet, la lecture du Code révèle l'existence d'un livre V détaillant les conditions de son application dans le nouveau département. Ce constat est révélateur de certains aménagements qu'il a dû subir. Le maintien du statut personnel ne constitue donc pas la seule limite à son application dans l'île, dans sa version commune.

On peut déjà constater la certitude de la limite constituée par le maintien du statut personnel mahorais sur l'uniformisation du Code civil à Mayotte (§1), même si le bon sens commande de nuancer cette affirmation lorsqu'on sait que l'ensemble connaît de manière générale des aménagements (§2).

§1/ L'adaptation critiquable du Code civil dans le statut personnel

503. Nos précédents développements ont juste permis, par un raisonnement tiré de considérations temporelles, de constater la plénitude de compétence du Code civil dans le domaine du statut personnel⁹⁷⁴. Mais cela ne ressort pas expressément des textes. Et c'est la raison pour laquelle, cette étude se justifie. Elle se propose en effet de donner sens à l'assertion en vertu de laquelle, le maintien de la singularité mahoraise constitue une limite à l'uniformisation du Code civil à Mayotte. On constate ainsi que certaines dispositions de l'ordonnance du 30 juin 2010 prévoient expressément des aménagements, voire même des cas d'exclusion des règles civilistes lorsqu'elles doivent être appliquées dans les rapports naissant du statut civil particulier.

Après avoir analysé la teneur de l'adaptation (A), il sera intéressant de procéder à un examen critique de cette situation (B).

A) La teneur de l'adaptation

504. L'application du droit commun dans le statut personnel mahorais fait l'objet de quelques notables adaptations perceptibles après lecture de l'ordonnance ratifiée du 3 juin 2010. La tâche se complique encore plus sérieusement, lorsqu'on sait que ce droit commun lui-même fait l'objet d'adaptation par rapport à sa version normalement applicable en métropole. Et comme le droit commun applicable dans le statut personnel est celui localement en vigueur à Mayotte, il apparaît fondamental de faire la lumière sur l'adaptation générale du droit commun (1), pour voir ensuite comment celui-ci s'applique à son tour dans le statut civil particulier (2).

1) Une adaptation affectant le statut civil commun

505. Le statut civil de droit commun tel qu'il s'applique à Mayotte a subi quelques aménagements par rapport à celui ayant cours en métropole. Certes, ces adaptations ne sont pas vraiment nombreuses, mais elles ne méritent pas moins d'être analysées. En effet, l'application du droit commun dans le domaine du statut civil particulier implique que soit déterminée au préalable sa portée. Et pour ce faire, il importe de se référer aux articles 2489 et suivants du Code civil. Quant aux matières concernées, ce sont bien évidemment celles

⁹⁷⁴ Voir *supra* n°373 et s.

portant sur le droit des personnes et de la famille, aspects patrimoniaux inclus. Il s'agit fondamentalement des règles qui régissent l'état des personnes, c'est-à-dire celles ayant trait au statut juridique et familial d'une personne, comprenant entre autres ses nom et prénoms, sa filiation, sa capacité, ou encore sa situation par rapport à l'institution matrimoniale. La vérification de l'adaptation du droit métropolitain dans ces matières à Mayotte comprendra également les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités.

507. Jusqu'en 2001, Mayotte a été soumise au régime de la spécialité législative. En application de ce principe, les lois édictées pour la métropole ne s'y appliquent que sur disposition expresse. La tendance a été renversée par la loi statutaire du 11 juillet 2001 transformant l'île en collectivité départementale. Elle a réduit le domaine d'application de la spécialité législative. Ainsi, pour les matières concernées, l'identité législative devient la règle. Celles-ci sont énumérées dans l'article 3 et portent notamment sur l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités. On peut d'ailleurs faire le parallèle avec la loi du 9 juillet 1970 qui avait adopté une posture similaire, et dans les mêmes matières, tout en prévoyant néanmoins dans son article 2, « un rattrapage législatif »⁹⁷⁵. On ne trouve cependant pas pareille disposition dans la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte. Dès lors, en l'absence d'extension expresse des réformes, les règles applicables dans les matières nouvellement soumises à l'identité législative, le demeurent dans leur forme ancienne.

Une mise à niveau sera faite avec l'adoption de l'ordonnance du 19 décembre 2002⁹⁷⁶, qui va étendre à Mayotte le Code civil, en réservant toutefois quelques adaptations. Un livre IV a été rajouté au Code, tout en précisant les conditions de son application. Cet ensemble deviendra le livre V pour faire place à l'intégration des règles issues de la réforme des sûretés du 23 mars 2006⁹⁷⁷. Des modifications ont été apportées par la suite, et certains articles ont été abrogés par différents textes dont le dernier est une ordonnance du 29 mars

⁹⁷⁵ J.-B. SEUBE, « Les articles 2284 à 2303 du Code civil... », *op. cit.*, p. 154. R. CABRILLAC, J.-B. SEUBE, « Pitié pour le code civil ! (à propos de l'ordonnance n°2002-1476 du 19 décembre 2002) », *D.* 2003, p. 1058-1059.

⁹⁷⁶ Ordonnance n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire, *JO* 21 décembre 2002 p. 21363

⁹⁷⁷ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés *JO* 24 mars 2006 p. 4475.

2011⁹⁷⁸. Après ces quelques précisions d'ordre historique, il convient d'exposer la teneur de l'adaptation du Code civil à Mayotte dans le droit des personnes et de la famille.

Des adaptations sont ainsi prévues dans le Livre 1^{er} traitant des personnes. Conformément à l'article 2499-1 du Code civil, ces modifications intéressent précisément les articles 57, 62 et 316. Respectivement, l'article 57 précise les mentions devant figurer dans l'acte de naissance, l'article 62 celles devant figurer dans l'acte de reconnaissance, tandis que l'article 316 rappelle les modalités d'établissement de la filiation par reconnaissance. Pour leur application, il est fait renvoi aux articles 2499-2 à 2499-5. Il a ainsi été institué une procédure de contrôle de reconnaissance de paternité à Mayotte. Sur la base de la pratique habituelle ont été adoptées des mesures tendant à encadrer l'établissement de la filiation paternelle par la reconnaissance, qu'elle soit anténatale ou postnatale, afin de prévenir les éventuelles fraudes. Ces mesures concernent ainsi toute la période allant de la déclaration à l'enregistrement au registre de l'état civil.

508. Lorsqu'un père entend reconnaître son enfant, l'officier d'état civil ayant procédé à la rédaction de l'acte de reconnaissance peut, en présence d'indices sérieux laissant présumer une reconnaissance frauduleuse, saisir le Procureur de la République tout en informant l'auteur, comme le lui recommande l'article 2499-2. La procédure à suivre et les conséquences en résultant sont précisément décrites par cet article. Un délai de quinze jours est accordé au Procureur pour arrêter sa décision. A cet égard, plusieurs possibilités s'offrent à lui. Il peut autoriser la reconnaissance, ordonner un sursis (qui ne peut excéder un mois et renouvelable une fois par décision spécialement motivée) ou y faire opposition. La décision de sursis ou de renouvellement de celui-ci peut être néanmoins contestée par l'auteur de la reconnaissance devant le Tribunal, qui dispose de dix jours pour statuer, avec possibilité d'attaquer la décision ainsi retenue devant la Cour d'appel de Mamoudzou. Quant à l'acte d'opposition, un formalisme pour sa validité est détaillé à l'article 2499-3, ainsi que la possibilité pour l'auteur de la reconnaissance de solliciter une mainlevée. La demande doit être adressée au Tribunal de grande instance, dont la décision de refus est attaquant exclusivement devant la Chambre d'appel de Mamoudzou (art. 2499-4).

On ne peut d'ailleurs s'empêcher de relever l'implacable similitude avec l'opposition au mariage à l'initiative du Ministère public prévue à l'article 175-1 du Code civil ainsi que la

⁹⁷⁸ Ordonnance n° 2011-337 du 29 mars 2011 modifiant l'organisation judiciaire dans le Département de Mayotte, JO 30 mars 2011 p. 5514. Ont été ainsi abrogés à différents moments les articles 2493 à 2498.

reprise des conditions propres à justifier cette intervention, telles qu'elles ressortent des énonciations de l'article 175-2 ; étant précisé que dans l'une ou l'autre hypothèse, c'est-à-dire qu'il s'agisse de la reconnaissance de l'enfant ou du mariage, il est précisément question de prévenir une éventuelle annulation.

509. Plus qu'une adaptation, il convient plutôt de parler de dispositions complémentaires venant s'ajouter au droit commun déjà applicable. Cela est d'autant plus vrai que l'article 339 du Code civil permet en effet à toute personne justifiant d'un intérêt, de contester judiciairement une reconnaissance. Une autre action reste exclusivement réservée au Procureur de la République qui peut agir pour contester une filiation légalement établie dans les conditions prévues par l'article 336. Chacune de ces actions intervient nécessairement après une filiation établie et ayant commencé à produire certains effets.

La particularité du mécanisme spécifiquement prévu à Mayotte en matière de reconnaissance, provient de ce qu'il suspend justement la filiation qui vient d'être établie en attendant l'issue de la procédure. Alors qu'en droit commun l'officier d'état qui suspecte une reconnaissance mensongère se borne à prévenir l'auteur du risque d'annulation sur le fondement de l'article 339 tout en l'enregistrant, à Mayotte, la loi lui enjoint d'alerter le Procureur de la République pour empêcher justement son enregistrement effectif. Cette intervention préventive n'a d'autre objectif que de parer aux éventuelles reconnaissances de complaisance, et le risque de détournement de l'institution avec l'immigration clandestine à Mayotte, pour bénéficier des effets attachés à la réglementation de la nationalité. La situation concerne en effet l'enfant dont la mère serait de nationalité étrangère. Il s'agit donc d'un dispositif préventif dont la mise en place donne matière à discussion, chose sur laquelle nous reviendrons.

510. Par ailleurs, en matière successorale, si les règles ont été intégralement étendues, l'article 2505 du Code civil prévoit toutefois quelques adaptations. Celles-ci concernent précisément l'article 833 abordant la question du bénéfice de l'attribution préférentielle au conjoint et aux héritiers. Dans ses énonciations, il est notamment fait référence à l'article 832-2 du Code qui présente la particularité de renvoyer au Code rural et de la pêche maritime. Or, ce code ne s'applique pas à Mayotte. Le législateur a donc été contraint de réécrire l'article 833, à l'exclusion de référence à l'article 832-2.

511. En dehors de ce cas, l'assimilation du droit métropolitain reste complète. Dans le domaine du statut personnel, le droit commun applicable à Mayotte emprunte quasiment les règles du Code civil. Appliqué dans le statut civil particulier, il fait néanmoins l'objet de quelques aménagements.

2) Les répercussions de l'adaptation dans le statut civil particulier

512. Du point de vue procédural, les juridictions de droit commun sont compétentes pour connaître des litiges s'élevant dans le statut civil particulier. La présence des articles L. 216-1 et 216-2 du Code de l'organisation judiciaire confirmant cette compétence, ne doit en aucune façon être considérée comme une adaptation des règles procédurales en la matière, bien que figurant dans un chapitre intitulé « Dispositions particulières au département de Mayotte ». Le Code de procédure civile s'applique de la même manière, quel que soit le statut civil envisagé. Dès lors, les adaptations à rechercher sont précisément celles portant sur l'application des seules règles du Code civil. En ce sens, l'ordonnance ratifiée du 3 juin 2010 fournit d'utiles informations, dans ses articles 7, 9 et 11.

513. Tout en étendant expressément aux personnes de statut civil particulier les règles du Code civil relatives aux actes de mariage (art. 63-76), l'article 7 de l'ordonnance précitée prévoit des restrictions sur certaines dispositions. Il est ainsi précisé que dans les articles 73 et 76, la référence au conseil de famille est exclue. Brièvement, le conseil de famille est un organe collégial mis en place par le juge dans dans le cadre d'une organisation d'une tutelle, et présidé par lui. L'existence de cet organe est obligatoire lorsque la personne à protéger est un mineur, sauf si la tutelle est vacante, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a personne dans la famille de l'enfant susceptible d'en assumer la charge. En pareille circonstance, et conformément aux prévisions de l'article 411, alinéa 1 du Code civil, le juge doit la déferer au service chargé de l'aide sociale à l'enfance (ASE).

A l'inverse, lorsque la personne à protéger est un majeur, l'organisation d'une tutelle avec conseil de famille reste exceptionnelle. Celui-ci n'est envisageable que « si les nécessités de la protection de la personne ou la consistance de son patrimoine le justifient et si la composition de sa famille et de son entourage le permet » (art. 456, al. 2 du Code civil). L'exclusion de la référence au conseil de famille dans les articles précités a pour effet de rendre sans intérêt toute sollicitation de celui-ci pour donner son consentement à un mariage comme le prévoit l'article 73. Et par voie de conséquence, il est inutile de faire mention de ce

consentement dans l'acte de mariage, lorsqu'il est requis comme cela ressort des énonciations de l'article 76.

Par ailleurs, l'article 7 de l'ordonnance du 3 juin 2010 modifie également l'article 75 alinéa 1 du Code civil. Il en résulte que « 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 ». On remarque ainsi que la partie de cet alinéa qui enjoint à l'officier d'état civil de faire lecture aux futurs époux des articles 212 et 213, du premier alinéa des articles 214 et 215, et de l'article 371-1 du Code civil a été supprimée, sans justification. Les quatre premiers articles portent sur le statut impératif de base, tandis que le dernier revoie à l'autorité parentale. Cette modification est d'ailleurs à rapprocher à d'autres cas d'exclusion des dispositions du droit commun prévus par l'ordonnance de 2010, dans ses articles 9 et 11.

514. L'article 9 de l'ordonnance du 3 juin 2010, admet l'application de toute la réglementation de l'institution matrimoniale, telle que figurant dans le Titre V du Livre I^{er}. Il occulte cependant dans son énumération le chapitre V qui porte sur les obligations naissant du mariage. Il prévoit également d'autres précisions sur les conditions d'application des règles relatives au mariage. Sont ainsi écartés les articles 151, 159, 160, 174 et 175 du Code civil. L'article 151 vise la production du jugement déclaratif d'absence ou ordonnant l'enquête sur l'absence des père et mère, aïeuls ou aïeules de l'un des futurs époux, susceptible de valoir production de leurs actes de décès. Les articles 159 et 160 portent sur l'autorisation du mariage du mineur, et précisent la possibilité pour le conseil de famille de suppléer l'absence des ascendants. Et c'est fort logiquement que le législateur a exclu les articles 174 et 175 qui prévoient justement les oppositions au mariage du mineur en l'absence d'autorisation du conseil de famille.

Le raisonnement vaut également pour la suppression de la référence à cette institution dans les articles 156 et 182 du Code civil. Le premier permet de sanctionner l'officier d'état civil qui aurait célébré le mariage d'un mineur en l'absence notamment de l'autorisation du conseil de famille lorsque son consentement est requis, et l'autre d'obtenir entre autres, l'annulation du mariage dans les mêmes circonstances. On relève enfin, concernant toujours l'article 9 de l'ordonnance du 3 juin 2010, qu'il prévoit la modification de l'article 194 exigeant en principe un acte de célébration du mariage inscrit au registre de l'état civil, tout en visant les exceptions prévues à l'article 46. Il en résulte ainsi pour les personnes de statut civil que « 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 ». Au demeurant, sont seuls visés ici, les mariages célébrés avant que le législateur ne supprime définitivement la célébration en la forme civile, c'est-à-dire le 25 juillet 2006⁹⁷⁹.

515. Concernant enfin l'article 11 de l'ordonnance du 3 juin 2010, celui-ci étend aux personnes de statut civil particulier les dispositions du titre VI du livre I^{er} du code civil, qui sont celles relatives au divorce. Il exclut cependant l'article 256 ainsi que la dernière phrase de l'article 257 et des articles 285-1 et 286. Ces exceptions portent essentiellement sur les mesures susceptibles d'être adoptées par le juge dans le cadre d'une procédure de divorce, soit à l'égard des époux, soit en ce concerne les enfants. L'article 256 du Code civil renvoie justement aux dispositions du chapitre I du titre IX du Code civil intitulé « de l'autorité parentale relativement à la personne des enfants », et précisément à la possibilité pour le juge de procéder à certains aménagements concernant aussi bien l'exercice de l'autorité parentale et la fixation de la résidence des enfants, avec les conséquences qui en résultent, tant au regard de la pension alimentaire et leur éducation que du droit de visite et d'hébergement de l'autre parent. A l'égard des personnes de statut civil particulier, le juge n'a pas la possibilité de statuer sur ces mesures.

L'article 257 porte sur les mesures d'urgence susceptibles d'être ordonnées par le juge. Celui-ci peut ainsi autoriser un des époux à résider séparément, s'il y a lieu avec ses enfants mineurs. Pour la garantie des biens des époux, il peut également ordonner des mesures conservatoires comme l'apposition de scellés sur les biens communs, comme le prévoit son dernier alinéa. Dans ce cadre, celui-ci rappelle par ailleurs que « Les dispositions de l'article 220-1 et du titre XIV du présent livre (livre I^{er}) et les autres sauvegardes instituées par le régime matrimonial demeurent cependant applicables ». C'est cette phrase qui est visée par l'une des exceptions. Quant au titre XIV du livre I^{er}, il porte sur les mesures de protection des victimes de violence. L'inapplication de principe des articles 285-1 et 286 aux personnes de statut civil particulier s'inscrit en réalité dans la continuité des précédentes restrictions. Les deux articles prévoient des mesures que le juge peut adopter dans le cadre d'une procédure de divorce et/ou qui concerne les enfants, domaines échappant justement à la compétence du

⁹⁷⁹ Pour rappel, l'assimilation des règles relatives à la formation du mariage remonte à la loi d'immigration du 24 juillet 2006.

juge. Plus précisément, il lui est défendu de statuer sur l'éventuelle concession du bail du logement familial appartenant en propre ou personnellement à l'un des époux au conjoint exerçant seul ou en commun l'autorité parentale, avec les conséquences qui en résultent, comme le lui autorise le premier l'article 285-1. L'exclusion de l'article 286 lui interdit de se prononcer sur les conséquences du divorce en ce qui concerne l'organisation de la vie des enfants.

516. Telles sont les différentes adaptations prévues sur l'application du droit commun localement applicable à Mayotte dans le statut civil particulier. On remarque ainsi que certaines restrictions présentent une logique évidente entre elles. Cependant, le bien-fondé des adaptations généralement apportées semble de prime abord insaisissable. Une réflexion doit donc être menée en ce sens, et s'analyse en un examen critique.

B) L'examen critique de l'adaptation

517. Les adaptations affectant l'application du droit commun dans le statut personnel ressortent précisément de l'ordonnance du 3 juin 2010. Or, le choix du recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution a pour effet d'occulter les débats parlementaires dont le déroulement peut justement être révélateur d'indices à travers les différentes discussions sur le projet de loi. Par ailleurs, des discussions ont eu lieu lors du vote de la loi statutaire du 7 décembre 2010, qui a ratifié l'ordonnance du 3 juin 2010. Là encore, il n'y a aucune information à exploiter, permettant de saisir le bien-fondé de ces adaptations. Quelle qu'en soient les raisons, elles restent critiquables, comme cela va être démontré.

Sont ainsi concernés par ces mesures, le statut conjugal (1) et le mariage du mineur (2).

1) Sur le statut conjugal

518. Le statut conjugal est la première institution touchée par les mesures d'adaptation du Code civil dans le domaine du statut personnel. On relève ainsi une exclusion de principe des règles relatives aux effets du mariage, alors que celles portant sur sa formation et sa dissolution y ont été étendues. On constate également qu'il est défendu au juge de statuer sur les mesures relatives à la procédure de divorce, alors que les cadis ont été dessaisis de cette office. Ces choix suscitent l'incompréhension.

519. Exclure les effets relatifs au mariage, en l'occurrence le statut impératif de base, lorsque les époux sont de statut civil, comme l'a fait l'article 9 de l'ordonnance du 3 juin 2010, constitue doublement un non-sens. Il appert que ce choix législatif est difficilement conciliable avec la suppression des sources formelles du droit local, et le vide juridique qui en résulte. Ainsi, les personnes de statut civil particulier seraient mariées et divorcées en référence au Code civil, mais sans réglementation sur les effets du mariage. Dans cette perspective, elles ne sont soumises ni aux règles du Code expressément exclues ni aux règles locales définitivement supprimées, ce qui semble aberrant. Et cette aberration est d'autant plus insoutenable que les règles relatives au divorce pour faute sanctionnent justement un manquement aux obligations et devoirs naissant du mariage. Il suit de là que même expressément exclues, les obligations naissant du mariage s'appliquent en tout état de cause aux personnes de statut civil particulier comme cela a été exposé précédemment⁹⁸⁰.

L'exclusion du statut impératif de base du mariage entre personnes de statut civil particulier s'inscrit d'ailleurs dans la lignée de la modification de l'alinéa 1^{er} de l'article 75 prévu par l'article 7 de l'ordonnance précitée. Celui-ci a supprimé la partie de cette disposition par laquelle, l'officier de l'état civil doit faire un rappel aux futurs époux de leurs devoirs et de la question de l'autorité parentale. Enfin, comme le législateur a écarté le statut impératif de base, l'inapplication de la dernière phrase de l'article 257 du Code civil permettant la mise en œuvre de l'article 220-1 du Code lorsque des mesures conservatoires sont prises par le juge pour la garantie des droits des époux, notamment l'apposition de scellés sur les biens communs, apparaît inéluctable.

520. Par ailleurs, quelques remarques doivent également être formulées concernant l'exclusion dispositions relatives à l'autorité parentale, en ce qui concerne précisément l'intervention du juge. On sait déjà que l'officier de l'état civil ne peut faire le rappel de l'article 371-1 du Code civil lorsque les époux sont de statut civil particulier au moment de la célébration du mariage, relativement à la modification de l'article 75 du Code civil par l'article 7 de l'ordonnance de 2010. On a vu précédemment que l'article 11 de ce texte interdit au juge de statuer pour prendre des mesures provisoires destinées à l'organisation de la vie des enfants dans le cadre d'une procédure de divorce. A ce propos, il convient de rappeler que la séparation des parents n'influe pas sur l'exercice de l'autorité parentale, en atteste le renvoi opéré par l'article 286 du Code civil à d'autres dispositions sur cette question.

⁹⁸⁰ Voir *supra* n°387 et s.

Et dans ce domaine, le principe reste celui de l'exercice en commun que les parents soient séparés ou non, comme le rappellent vigoureusement les articles 372 et 373-2 alinéa 1. Toutefois, la rupture du lien conjugal n'étant pas sans incidence en pratique, la séparation des parents va nécessairement contraindre le juge à intervenir dans l'intérêt des enfants. Or, cette éventualité est écartée lorsque les personnes concernées relèvent du statut civil particulier.

Le législateur ne prévoit cependant aucune alternative, ce qui peut paraître surprenant. Les règles de droit local ne sont plus applicables. Dès lors, la question du sort des enfants consécutivement à la séparation des parents reste en suspens. Et cette lacune aura nécessairement des répercussions sur le droit de la responsabilité civile, lorsque celle des parents sera engagée relativement à un fait dommageable commis par leur enfant mineur. La difficulté vient de ce que les règles applicables en la matière sont parfois tributaires de la résolution de la question de l'organisation de la vie des enfants par le juge, ce qui en fait d'une certaine manière la base. Et si cette question ne peut être réglée par le juge à l'égard des personnes soumises au statut civil particulier, l'édifice tombe en ruine. Il est donc souhaitable afin de se prémunir d'un tel drame que le juge passe outre la restriction. Cela va dans le sens d'une bonne administration de la justice

521. Si le législateur ne fournit aucune explication quant aux adaptations affectant le statut conjugal, une réponse peut très vraisemblablement être trouvée dans l'union polygamique. Il est vrai que ce type d'union est remarquable par sa complexité. Les effets qui en résultent ne s'insèrent que très difficilement dans la conception monogamique du mariage, telle que réglementée par le Code civil. En effet, celui-ci ne conçoit les rapports qu'entre deux époux, et non entre un époux et ses coépouses. A supposer d'ailleurs cette hypothèse fondée, pourquoi ne pas avoir prévu l'exclusion pour les seuls mariages polygamiques passés, puisque le triomphe de la conception monogamique a été assurée de manière depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 3 juin 2010 ? La polygamie ne permet pas non plus d'expliquer l'interdiction faite au juge de statuer sur les mesures applicables dans le cadre d'une procédure de divorce, ni sur l'organisation de la vie des enfants dans cette perspective.

A cet égard, deux remarques peuvent être faites. On relève tout d'abord qu'une exclusion du statut impératif de base prétendument fondée sur la polygamie constitue à n'en point douter une paralysie législative, si ce n'est une restriction anachronique relativement à la suppression de l'institution. On constate également que ce choix rend impraticable le statut conjugal. Le législateur aurait dû étendre expressément les règles relatives au statut impératif

de base, et laisser le juge résoudre les problèmes posés par les unions polygamiques le cas échéant. Par ailleurs, des critiques sont aussi à formuler concernant le mariage du mineur.

2) Sur le mariage du mineur

522. Le législateur a exclu la référence au conseil de famille dans l'institution matrimoniale concernant le mineur (art. 73, 76, 151, 156, 159, 160, 174, 175 et 183 du Code civil). Ce dernier se voit ainsi dénier toute possibilité d'obtenir une autorisation de se marier, lorsque celle-ci n'émane pas de ses parents. Partant, toutes les actions et conséquences attachées à l'exercice de cette prérogative par le conseil de famille se trouvent neutralisées. Le législateur n'a donc pas manqué de cohérence en la matière, en rendant inutile la mention sur l'acte du mariage de l'existence de l'autorisation du conseil exigée par l'article 76 du Code civil, et inopérante l'éventuelle opposition formulée en ce sens, en application de l'article 174. Il peut néanmoins lui être reproché d'avoir exclu sans motif le recours à cette institution lorsque le mineur qui attend l'autorisation pour se marier est de statut civil particulier.

523. A l'évidence, le législateur ne dit pas expressément qu'aucun conseil de famille ne peut être organisé par le juge de tutelle dans le statut personnel mahorais, pour un enfant mineur ou pour un majeur protégé. Il se contente seulement d'en exclure la référence dans les règles du Code civil faisant l'objet d'une extension explicite. On ne peut donc transposer cette exclusion dans les autres dispositions faisant allusion au conseil de famille implicitement étendues suite à la suppression formelle des sources du droit local, pour conclure à l'exclusion générale de cet organe.

En prenant les choses telles qu'elles sont, on peut toutefois essayer de trouver une explication aux restrictions ainsi prévues. Et pour ce faire, il convient de reprendre l'ordonnance du 3 juin 2010 dans sa version initiale, c'est-à-dire avant sa ratification par la loi statutaire de 2010. On remarque ainsi que l'exclusion de la référence au conseil de famille coïncide avec le maintien des attributions extrajuridictionnelles du Cadi prévues à l'article 20 de la délibération du 3 juin 1964 que l'article 16 de l'ordonnance précitée n'a pas voulu supprimer. L'une de ces attributions porte justement sur la fonction de tuteur légal des incapables et des absents. Or, en droit commun et concernant les incapables, le conseil de famille se voit reconnaître certaines prérogatives en pareille circonstance. Ne pas exclure la référence au conseil de famille comme l'a fait le législateur aurait abouti à créer des conflits de compétence entre cet organe et l'autorité cadiale. Toutefois, la loi du 7 décembre 2010

ayant supprimé la disposition litigieuse en ratifiant l'ordonnance du 3 juin 2010, il n'y plus de risque de concurrence. La fonction auparavant occupée par le Cadi restant vacante, cela redistribue les cartes entre le juge, le tuteur et le conseil de famille. Exclure ce dernier heurte le bon sens.

524. Par ailleurs, même à considérer purement spéculative l'analyse précédente, l'exclusion de la référence au conseil de famille n'est pas sans incidence en pratique. Relativement à la situation de l'enfant mineur, la raison d'être de cet organe consiste précisément à assurer avec le juge et le tuteur, la sauvegarde de sa personne et de ses biens lorsque ses parents se trouvent dans l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale, et ce pour différentes raisons : décès des parents, retrait de l'exercice de l'autorité parentale.

Concernant l'accès au mariage, le conseil de famille peut apparaître comme le seul recours possible pour l'enfant mineur de dix-huit ans, conformément aux énonciations de l'article 159 du Code civil. Or, exclure cette possibilité pour les mineurs de statut civil particulier, avec les conséquences juridiques qui en résultent, tant en ce qui concerne la mention en marge de l'acte de mariage que la possibilité pour certaines personnes de faire opposition, est résolument discriminatoire à leur égard. En effet, ils se trouvent ainsi contraints d'attendre la majorité. Et l'on peut difficilement penser que le législateur qui prétend vouloir éradiquer les discriminations dans le statut personnel mahorais ait œuvré pour en institutionnaliser d'autres.

525. A l'instar des restrictions frappant le statut conjugal, celles portant sur le mariage du mineur sont remarquables par leur anachronisme. Outre l'impraticabilité en résultant, on peut également leur reprocher d'être discriminatoires. Il semblerait pourtant que le législateur ambitionnait de supprimer toute discrimination dans les règles du statut personnel mahorais.

Au-delà de ces considérations, on remarque surtout que, pour chaque exclusion, le législateur a pris soin d'intégrer les dispositions en relations avec l'institution concernée. On peut ainsi dire qu'il a activement œuvré pour instaurer une certaine cohérence, mais exclusivement envisagée dans les rapports entretenus entre l'institution et lesdites dispositions. En revanche, on en trouve aucune relativement à la logique d'ensemble. Comme si quelque part un ressort s'était cassé sans que le législateur ne s'en rendît compte. C'est pourtant lui qui pose les règles. Il doit en ce sens veiller à coordonner son œuvre, et l'épurer des vices l'affectant.

§2/ L'adaptation générale du Code civil à Mayotte

526. La dualité des statuts civils constitue à n'en point douter un obstacle à l'uniformisation du Code civil à Mayotte. Mais raisonner exclusivement en ces termes serait feindre d'ignorer une réalité plus profonde, marquée par l'adaptation générale du Code civil dans le 101^e département. A supposer donc que le législateur décide, ce qu'il devra se résoudre à faire inéluctablement, d'unifier les statuts civils, pareille entreprise n'aura pas pour effet d'uniformiser l'application du Code civil dans sa version commune. Et cette situation se révèle pour le moins embarrassante. Elle suscite l'incompréhension relativement au respect dû à l'identité législative résultant de l'article 73 de la Constitution et applicable aux départements, catégorie dont relève officiellement l'île depuis 2011.

Toutefois, avant de démontrer en quoi l'adaptation du Code civil à Mayotte reste problématique (B), il importe dans un premier temps d'exposer la réalité de l'adaptation (A).

A. L'extension adaptée du Code civil à Mayotte

527. L'ordonnance du 19 décembre 2002 a honoré Mayotte en la gratifiant d'une place dans le Code civil par l'introduction d'un livre spécifique précisant les conditions de son application dans cette collectivité ultramarine. L'initiative a eu le mérite d'y rendre lisible ce qui apparaît comme la « Constitution civile de la France »⁹⁸¹, ou encore un « élément constitutif de l'identité de notre pays »⁹⁸². Désormais soumise au principe de l'identité législative depuis son accès officiel au statut de département en 2011, Mayotte aurait pu bénéficier d'une application homogène des règles du Code civil. A l'évidence, il n'en est rien, comme cela se rencontre dans d'autres branches du droit, et de façon très accentuée (droit du travail et protection sociale). Le nouveau département devra se contenter d'un Code civil légèrement modifié par rapport à sa version applicable en métropole.

Au demeurant, il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, les règles du Code civil y sont longtemps demeurées sous une forme ancienne jusqu'à l'avènement du XXI^e siècle. Depuis, on assiste à un alignement progressif, sans que celui-ci ne soit effectif à ce jour. L'analyse du processus de l'application du Code civil à Mayotte révèle deux grandes tendances. On

⁹⁸¹ Y. GAUDEMET, « Le Code civil « Constitution civile de la France » », in Y. LEQUETTE, L. LEVENEUR (dir) *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz 2004, p. 297.

⁹⁸² P. MAZEAUD, « Le Code civil et la conscience collective française », *Pouvoirs* 2004/3, p. 152-159.

observe tout d'abord une introduction non accompagnée des modifications ultérieures (1), ainsi qu'une actualisation adaptée de ses règles (2).

1) L'introduction du Code civil à l'abri des évolutions ultérieures

528. Le Code civil a été étendu à Madagascar et à ses dépendances par un décret du 9 juin 1896. Mayotte étant devenue ultérieurement l'une de ces dépendances⁹⁸³, son application y est donc acquise par voie de conséquence. C'est du reste la thèse soutenue par la doctrine⁹⁸⁴. L'extension n'a cependant pas été suivie d'actualisation relativement aux évolutions ultérieures, si bien qu'à Mayotte le droit civil métropolitain est longtemps resté applicable dans sa forme en vigueur en 1896. Cette situation s'explique par la soumission de l'île à la spécialité législative, régime législatif commun aux colonies jusqu'en 1946, et spécifique aux territoires ultramarins non départementalisés après 1946⁹⁸⁵. Pour les colonies avant, et les

⁹⁸³ Mayotte est officiellement devenue une dépendance de Madagascar avec la loi du 25 juillet 2012, ainsi que les autres îles des Comores.

⁹⁸⁴ Voir par exemple J.-B. SEUBE, « La Lisibilité du droit civil à Mayotte... », *op. cit.*

⁹⁸⁵ Au demeurant, il s'agit d'une pratique remontant au temps des premières colonisations, apparaissant comme une dérogation à l'assimilation. L'exclusion de l'application de plein droit du droit métropolitain dans les colonies existe depuis l'aube du XVIII^e siècle, lorsqu'ont été institués dans les conseils souverains. La consécration expresse de l'existence de la spécialité législative doit toutefois être recherchée dans deux lettres royales des 26 octobre 1744 et 9 octobre 1746, ainsi qu'une ordonnance du 18 mars 1766 (V. PARISOT, « Le pluralisme juridique au sein de la République française. Invitation au voyage dans les outre-mer »..., *op. cit.* p. 735). La prescription des décisions royales dans les colonies par les conseils souverains requiert dès lors une autorisation spéciale. L'avènement du second empire colonial a permis de pérenniser la pratique. Au niveau national, il a été institué sous la Troisième République un ministère des Colonies. Au niveau local, les conseils souverains ont été remplacés par des gouverneurs en tant que relais, avec des pouvoirs étendus. On a ainsi assisté à l'émergence d'un droit spécifique aux colonies, conformément aux prévisions du Sénatus-consulte du 3 mai 1854. La situation perdurera jusqu'en 1946, date à laquelle la spécialité législative va être constitutionnalisée et appliquée exclusivement aux territoires d'outre-mer. De manière générale, le principe de spécialité législative emportait fondamentalement deux conséquences à l'époque coloniale. Non seulement l'application d'une loi adoptée pour la métropole nécessitait une mention expresse dans une colonie, mais il importait ensuite qu'elle fût l'objet d'une promulgation par son gouverneur. Voir notamment V. DIMIER, « De la France coloniale à l'outre-mer », *Pouvoirs* 2005/2, p. 37-57 ; A. GIROLLET, « Spécialité législative et discrimination : une application inégale des principes républicains dans les colonies françaises (XIX^e-XX^e) », in E. GOJOSSO, D. KREMER, A. VERGNE, *Les colonies. Approches juridiques et institutionnelles de la colonisation de la Rome antique à nos jours. Actes des colloques internationaux des 2 et 3 septembre 2010 et des 6 et 7 juin 2012*, LGDJ, p. 289-301.

Territoires d'outre-mer (TOM) ensuite⁹⁸⁶, cela signifie que le droit national ne leur est applicable que sur mention expresse. À titre d'exemple, l'article 563 relatif au changement de lit d'un fleuve dans sa rédaction issue de la loi du 8 avril 1898 n'a pas été étendu à Mayotte en l'absence de mention expresse⁹⁸⁷.

La situation n'a guère évolué lorsque Mayotte a cessé d'être une dépendance de Madagascar. La séparation est actée par la loi du 9 mai 1946 qui l'unit avec les trois autres îles de l'archipel, sous le nom du Territoire des Comores⁹⁸⁸, ensemble qui sera ensuite érigé en territoire d'outre-mer (TOM) par le décret du 24 septembre 1946⁹⁸⁹, bénéficiant par ailleurs d'une autonomie à la fois administrative et financière, qui apparaîtra sous une forme très poussée en 1957⁹⁹⁰. Le statut administratif fraîchement acquis a donc consolidé le principe de la spécialité législative. En effet, alors que l'article 73 de la Constitution de 1946 soumet expressément les quatre départements d'outre-mer (DOM) que sont la Réunion, la Guadeloupe, la Martinique et la Guyane au régime de l'identité législative, l'article 72 rappelle que les autres territoires ultramarins sont régis par le principe de la spécialité législative. L'adoption de la Constitution de 1958 ne changera pas la donne, puisque l'identité législative continuera à prévaloir dans les DOM, tandis que la spécialité législative continuera à s'appliquer dans les TOM. Par conséquent, seule la départementalisation souhaitée à l'époque par l'Union pour la défense des intérêts de Mayotte (UDIM), aurait pu permettre l'actualisation du Code civil dans l'île.

529. Une avancée a été réalisée en 1970. Elle ne résulte toutefois pas d'une évolution statutaire. Il s'agit précisément d'une décision législative. En effet, tout en déclarant applicables de plein droit dans les TOM, les dispositions relatives à l'état et la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités qui sont postérieures dans son article 3, la loi du 9 juillet 1970 a par ailleurs permis l'actualisation dans ces

⁹⁸⁶ La catégorie des TOM n'existe plus depuis la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. On parle plutôt de collectivité d'outre-mer, par apposition aux départements et régions d'outre-mer (DROM) qui sont en principe soumis à l'identité législative.

⁹⁸⁷ J.-B. SEUBE, « Les articles 2284 à 2303 du Code civil... », *op. cit.*, note 6.

⁹⁸⁸ Loi n°46-973 du 9 mai 1946 Organisation des pouvoirs publics aux Comores, *JO* 10 mai 1946 p. 3973.

⁹⁸⁹ Décret n°46-2058 du 24 septembre 1946, Organisation des pouvoirs publics aux Comores, *JO* 25 septembre 1946 p. 8195.

⁹⁹⁰ Décret n°57-814 du 22 juillet 1957 portant d'un conseil de gouvernement et extension des compétences de l'assemblée territoriale des Comores, *JO* 23 juillet 1957 p. 7268.

matières des règles antérieures (art. 2)⁹⁹¹. La mise à jour des règles du Code civil reste donc partielle, puisqu'elle se limite expressément au seul statut civil de droit commun. L'accès à l'indépendance des Comores et la disparition du TOM institué en 1946 n'a eu aucune incidence sur le maintien de la spécialité législative. Transformée en collectivité territoriale par la loi du 24 décembre 1976, Mayotte est expressément soumise au principe de la spécialité législative en vertu de son article 10. La mention d'applicabilité expresse devient dès lors nécessaire pour toute extension à Mayotte d'une modification affectant les règles du Code civil. Des oublis sont ainsi à relever.

Toutefois, sans se livrer à une énumération exhaustive, on peut citer quelques exemples⁹⁹². Il apparaît ainsi que l'article 9 relatif au droit à la vie privée issu de la loi du 17 juillet 1970⁹⁹³ ainsi que l'article 10 portant au concours à apporter à la justice (loi du 5 juillet 1972⁹⁹⁴) n'ont pas été expressément étendus à Mayotte. Concernant les obligations naissant du mariage, les modifications apportées aux articles 220 à 225 par la loi du 23 décembre 1985⁹⁹⁵ n'ont pas non plus fait l'objet d'une mention expresse d'applicabilité, si bien que ces articles sont restés applicables dans leur rédaction issue de la loi du 13 juillet 1965. Un dernier exemple peut être fourni par l'article 375 relatif à l'assistance éducative tel qu'il ressort de la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale⁹⁹⁶. Cet article a connu deux modifications, l'une en 1986⁹⁹⁷, et l'autre en 1987⁹⁹⁸. Seule cette dernière a été expressément étendue à Mayotte, si bien que l'article 375 du Code civil est resté applicable dans sa version de 1970, à l'exclusion donc de la modification apportée par la loi de 1986.

⁹⁹¹ Loi n° 70-589 du 9 juillet 1970 relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer, *JO* 10 juillet 1970, p. 6459.

⁹⁹² Pour une vision d'ensemble, voir les utiles informations fournies par le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire, *JO* 21 décembre 2002 p. 21356.

⁹⁹³ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, *JO* 19 juil. 1970 p. 6751.

⁹⁹⁴ Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile, *JO* du 9 juil. 1972 p. 7181.

⁹⁹⁵ Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, *JO* 26 déc. 1985 p. 15111.

⁹⁹⁶ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JO* 5 juin 1970 p. 5227.

⁹⁹⁷ Loi n° 86-17 du 6 janvier 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétences en matière d'aide sociale et de santé, *JO* 8 janvier 1986 p. 372.

⁹⁹⁸ Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, *JO* 24 juil. 1987 p. 8253

530. En définitive, nombreuses sont donc les règles du Code civil restées figées et à l'abri du temps, quel que soit le domaine. Bien qu'empruntant en 1976 l'organisation administrative des DOM avant la réforme du 2 mars 1982, du point de vue législatif, Mayotte restée soumise au régime applicable aux TOM. Outre l'ancienneté des dispositions en vigueur, on relève également un problème d'accessibilité. La doctrine a même comparé le Code civil applicable à Mayotte à un « maquis dans lequel il est aussi difficile de se repérer que dans la végétation luxuriante qui couvre les pentes du mont Choungui dominant l'île »⁹⁹⁹.

A l'évidence, la comparaison vaut également pour tout le droit, quel que soit le domaine. Il n'y a pas que le Code civil qui a eu besoin d'être dépoussiéré et de présenter des règles claires. L'ensemble du droit applicable à Mayotte est longtemps demeuré sous une forme ancienne, avec parfois des survivances de l'époque coloniale, sans jamais faciliter son accessibilité. Seuls les praticiens exerçant sur place ont eu écho de cette situation, et s'y sont adaptés. On peut déjà y voir la résultante de l'existence du principe de la spécialité législative. Des explications peuvent également être recherchées dans les incertitudes statutaires ayant affecté l'île. A ce propos, des mesures ont été prises de manière générale. Et concernant spécifiquement le Code civil, elles se traduisent par l'actualisation de ses règles à Mayotte, assortie toutefois de quelques aménagements.

2) L'actualisation adaptée des règles du Code civil

531. La loi statutaire du 11 juillet 2001 a, par son article 67, habilité le Gouvernement à prendre des ordonnances destinées à actualiser et à adapter le droit en vigueur à Mayotte. Le droit civil fait partie des matières expressément visées. En ce sens, les dispositions à adopter doivent précisément porter sur les personnes, la propriété, les contrats, les obligations, les privilèges, la prescription et la possession. La réponse est venue de l'ordonnance du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant l'organisation judiciaire. Il a été ainsi créé dans le Code civil, un nouveau livre précisant les modalités de son application dans l'île. L'entrée en vigueur a été prévue pour le 1^{er} janvier 2004. Cette mise à niveau des règles du Code civil ne doit toutefois pas faire

⁹⁹⁹ R. CABRILLAC, J-B. SEUBE, *op. cit.*, p. 1058.

oublier que la pratique l'avait anticipée¹⁰⁰⁰. Quelques précisions s'imposent pour faire la lumière sur les méthodes de l'actualisation ainsi que la teneur de l'adaptation.

Les dispositions du Code civil qui n'étaient pas applicables à Mayotte avant l'adoption de l'ordonnance de 2002 ont fait l'objet d'extension. Cette mesure a permis la réalisation de l'objectif d'actualisation. Quant à la création d'un nouveau livre, elle peut correspondre au besoin d'adaptation du droit civil préconisé par l'article 67 de la statutaire. Si l'actualisation des règles du Code civil a été saluée par la doctrine, celle-ci n'a pas manqué d'en critiquer vivement la forme. Il est ainsi reproché au législateur d'avoir introduit une « verrue » qui émiette le Code, tout en remettant en cause « sa rationalité », au lieu de se contenter d'une loi d'extension ou de dispositions prévoyant les adaptations à la fin de chaque livre¹⁰⁰¹. Il lui est également fait grief d'avoir entrepris une codification réputée « sans souffle et sans âme », se lisant « comme une litanie de dispositions fantomatiques »¹⁰⁰², et qui défigure en définitive le Code civil¹⁰⁰³.

532. Bien que durs, les mots semblent trouver une certaine légitimité dans l'atteinte portée à un symbole. Le rapport remis au Président de la République à propos de l'ordonnance du 19 décembre 2002 s'est pourtant évertué à fournir des explications pour parer aux éventuelles attaques¹⁰⁰⁴. En ce sens, on peut lire dans les observations générales que le choix ainsi fait par le Gouvernement et traduit par la création d'un nouveau livre répond tout d'abord au besoin de pallier aux insuffisances des annotations fournies par les éditeurs du Code civil, et correspond ensuite à une volonté de réaliser l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

On peut également y déceler des explications laissant supposer que d'autres solutions ont été envisagées, notamment celles préconisées par la doctrine et précitées, avant d'être écartées pour ces motifs. Chacun peut se faire son opinion sur la méthode. Une certitude demeure toutefois. Elle repose dans le fait que le choix opéré a le mérite de simplifier le

¹⁰⁰⁰ J.-B. SEUBE, « Les techniques de codification : l'expérience mahoraise », *RJOI* n°4, 2003-2004, p. 90.

¹⁰⁰¹ R. CABRILLAC, J.-B. SEUBE, *op. cit.*

¹⁰⁰² J.-B. SEUBE, « Les techniques de codification ... », *op. cit.*, p. 91.

¹⁰⁰³ J.-B. SEUBE, « Les articles 2284 à 2303 du Code civil... », *op. cit.*

¹⁰⁰⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire, *JO* 21 décembre 2002 p. 21356

travail des praticiens, alors qu'« auparavant, il fallait, pour savoir si un article s'appliquait à Mayotte, aller s'assurer que la loi, qui l'a modifié avant a bien été étendue à Mayotte », sans garantie toutefois contre le risque de rencontrer des « erreurs ou des approximations »¹⁰⁰⁵.

533. Dans l'esprit, l'ordonnance de 2002 a essayé autant que faire se peut d'étendre à Mayotte le Code civil tel qu'il s'applique en métropole. Elle poursuit également la volonté affichée par le législateur dans l'article 3 de la loi statutaire de 2001 de réduire le domaine d'application du principe de spécialité législative. Par ailleurs, l'extension témoigne d'un réel souci de cohérence. Ainsi, alors que la question de la fiabilisation de l'état civil agite l'île, l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille a été différée en 2007. Cette mesure a pour conséquence le maintien des articles 57 à 61-3 dans leur version antérieure à cette réforme.

L'actualisation du Code civil n'en demeure pas moins sujette à des aménagements dans certaines dispositions, en plus de celles précédemment citées et portant sur le statut civil de droit commun. Pour rappel, après la réforme des suretés en 2006, la partie du Code portant dispositions applicables à Mayotte a été déplacée pour figurer dans un livre V, entraînant bien évidemment une nouvelle numérotation.

534. Les conditions d'application du Livre I^{er} du Code civil apparaissent dans le titre I^{er} de ce livre. A l'exclusion de quelques dispositions complémentaires, on retrouve ici les mêmes règles qu'en métropole. Ces dispositions complémentaires dont la substance ressort des articles 2499-1 à 2499-5 sont celles précédemment exposées, et qui encadrent le mécanisme de la reconnaissance paternelle, afin de prévenir toute fraude. Composé de trois articles, le titre II du Livre V rappelle les conditions d'application du Livre II portant sur les biens et des différentes modifications de la propriété. En vertu de l'article 2500, ne s'appliquent pas à Mayotte les articles 642 et 643, qui sont relatifs à la propriété d'une source dans son fonds. Pour son application dans le nouveau département, l'article 524 qui énumère les choses considérées comme des immeubles par destination, a été réécrit (art. 2501).

535. Les adaptations les plus nombreuses sont sans doutes celles affectant le livre III du Code civil et qui sont prévus dans le titre III du Livre V. Il en est ainsi de l'article 833 relatif à

¹⁰⁰⁵ J.-B. SEUBE, « Les techniques de codification... », *op. cit.*, p. 88.

l'attribution préférentielle au profit de l'époux survivant et des héritiers (art. 2505), vu précédemment. Une autre adaptation vise l'article 1873-73 sur le sort de l'indivision au décès d'un indivisaire. Il ressort ainsi des énonciations de l'article 2507 le remplacement de la référence aux articles 831 à 832-1, 832-3 et 832-4 par celle des articles 832 à 832-2, dispositions qui traitent également de l'attribution préférentielle.

Toujours dans le titre III, l'article 2508 énumère pas moins de cinq articles faisant l'objet de modification. Il s'agit tout d'abord de l'article 2331 relatif à l'ordre d'exercice des créances privilégiées sur la généralité des meubles, remarquable par sa longueur. Son 4° a été profondément remanié. C'est également le cas de l'article 2332 qui énumère les créances privilégiées sur certains meubles. Cet article s'applique à Mayotte à l'exclusion de son 9° visant les créances nées du contrat de travail de l'auxiliaire salarié d'un travailleur à domicile et qui répond à la définition de l'article L. 721-1 du Code du travail. On peut enfin citer l'article 2377 substituant la référence au livre foncier à celle du fichier immobilier pour son application à Mayotte.

536. Par ailleurs, un dernier titre a été rajouté au livre précisant l'applicabilité du Code civil à Mayotte. Il s'agit de dispositions régissant l'immatriculation des immeubles. Cet ensemble est issu de l'ordonnance du 28 juillet 2005¹⁰⁰⁶ ratifiée par la loi du 21 juillet 2007. Les règles qui en résultent ont précisément vocation à se substituer au décret du 4 janvier 1955 relative la publicité foncière, qui a connu quelques modifications avec l'ordonnance du 10 juillet 2010¹⁰⁰⁷. Cette situation n'appelle pas de remarque particulière, lorsqu'on sait que le décret précité ne s'applique pas sur l'ensemble du territoire métropolitain. En effet, l'Alsace et la Moselle restent soumises à un régime spécifique en matière de publicité foncière.

La situation qui vient d'être décrite perdure encore à Mayotte, nonobstant une évolution statutaire lui ayant permis d'accéder au statut de département. On peut dès lors légitimement s'interroger sur le bien-fondé de ce maintien.

B) Une adaptation discutable

¹⁰⁰⁶ Ordonnance n° 2005-870 du 28 juillet 2005 portant adaptation de diverses dispositions relatives à la propriété immobilière à Mayotte et modifiant le livre IV du Code civil, *JO* 29 juil. 2005 p. 12393.

¹⁰⁰⁷ Ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques, *JO* 11 juin 2010 p. 10757.

537. En principe, l'officialisation de la départementalisation de Mayotte aurait dû avoir pour effet la suppression des aménagements affectant l'application du Code civil dans l'île, et permettre ainsi son uniformisation. La pérennisation de l'adaptation semble contraire à l'esprit de l'article 73 de la Constitution qui prône l'identité législative (1). Elle est en réalité causée par l'absence de généralisation de l'identité législative dans d'autres matières, dont les répercussions se ressentent dans le Code civil (2)

1) L'apparente contrariété à l'article 73 de la Constitution

538. L'accession d'un territoire ultramarin au statut de DOM lui garantit inéluctablement l'identité législative, ce qui emporte application du droit métropolitain. Cette règle initialement prévue à l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 et tempérée par des « exceptions déterminées par la loi » a profité dès sa consécration aux « quatre vieilles » que sont la Guadeloupe, la Martinique, la Guyane et la Réunion. Sans remettre en cause le principe de l'identité législative dans les DOM, la Constitution du 4 octobre 1958 autorise cependant « des mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière »¹⁰⁰⁸. Interprétant cette nouvelle disposition, le Conseil constitutionnel a fait montre d'une intransigeance implacable, en adoptant une posture « largement assimilationniste »¹⁰⁰⁹.

Saisi à propos de la loi de décentralisation de 1982, il a ainsi jugé que ces adaptations ne doivent pas avoir pour conséquence « de conférer aux départements d'outre-mer une « organisation particulière » prévue par l'article 74 de la Constitution pour les seuls territoires d'outre-mer »¹⁰¹⁰. Le juge constitutionnel n'a donc pas voulu que les départements d'outre-mer puissent profiter des avantages reconnus à l'ancienne catégorie des TOM dont elles ne relèvent pas, sous couvert d'adaptation¹⁰¹¹, adoptant ainsi une conception très restrictive de

¹⁰⁰⁸ Cette exception est à l'origine du remodelage du droit commun dans certaines matières pour le rendre plus conforme au contexte local, comme le « droit des propriétés publiques avec la fameuse zone « des cinquante pas géométriques », de la législation sociale, du régime monétaire et financier » (F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012/2 (N° 35), p. 29).

¹⁰⁰⁹ J.-P. PASTOREL, « Le principe d'égalité en outre-mer », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012/2 n°35, p. 84.

¹⁰¹⁰ Cons. const., n°82-147 DC, 2 déc. 1982, *JO* 4 déc. 1982 p. 3666. Sur l'interprétation de l'article 73 de la Constitution par le juge constitutionnel, voir M.-J. AGLAE, « Le Conseil constitutionnel et l'article 73 de la Constitution », *RFDC* 2013/3, p. 563-588 ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *op. cit.*.

¹⁰¹¹ La position du Conseil traduit la « rigidité » ressortant de la Constitution de 1946 reprise par celle de 1958,

cette notion, comme le relève unanimement la doctrine. Il convient de rappeler enfin que l'adaptation peut distinctement porter sur l'organisation institutionnelle et sur le droit substantiel.

539. Suite aux révisions constitutionnelles du 28 mars 2003 et du 23 juillet 2008¹⁰¹², l'article 73 a été profondément remanié, proposant aujourd'hui une faculté d'adaptation de l'assimilation législative assouplie dans les départements et régions d'outre-mer (DROM)¹⁰¹³. Désormais, les mesures prises en ce sens ne doivent plus être « nécessitées par leur situation particulière », elles peuvent simplement être justifiées par des considérations tirées « des caractéristiques et contraintes de ces collectivités ». La doctrine croit d'ailleurs déceler dans cette innovation des similitudes avec l'article 299 du traité d'Amsterdam, qui permet une adaptation du droit communautaire dans les collectivités ultramarines relevant de la catégorie des régions ultrapériphériques (RUP)¹⁰¹⁴.

en vertu de laquelle, les départements ultramarins sont juridiquement des départements à part entière, si bien qu'il faut prendre garde à ne pas se laisser abuser par une considération d'ordre purement terminologique caractérisée par la désignation « outre-mer ». Cette différenciation n'a qu'un intérêt symbolique lié à leur situation géographique. Tels sont d'ailleurs les arguments avancés par les députés lors de la saisine du Conseil à l'origine de la décision du 2 décembre 1982 (Cons. const., n°82-147 DC, 2 déc. 1982, *JO* 4 déc. 1982 p. 3666). Sa position s'explique en d'autres termes par l'étroitesse du cadre institutionnel originel opérée dès 1946 à la sortie de la période coloniale avec l'identité législative dans les départements d'outre-mer et des spécificités dans les territoire d'outre-mer, tandis qu'aujourd'hui le cadre a évolué, et ce depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, proposant ainsi pour chaque collectivité régie par l'article 73 « un statut à la carte » (L. BLERIOT, « Les départements et régions d'outre-mer : un statut à la carte », *Le Seuil/Pouvoirs* n° 113, 2005-2, p. 59-72).

¹⁰¹² Sur la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, voir E. BROSSET, « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC* 2004/4, p. 695-739 ; S. DIEMERT, « Le droit de l'outre-mer », *Pouvoirs*, 2005/2, p. 101-112 ; J. JORDA, « Les collectivités territoriales outre-mer et la révision de la Constitution », *RFDC* 2003/4, p. 697-723 ; H. RIHAL, « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales issu de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 : entre innovation et complexité », *RFAP* 2003/1, p. 219-234.

¹⁰¹³ L'essentielle de la réécriture procède bien évidemment de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Celle du 23 juillet 2008 a juste apporté des modifications d'ordre terminologique. Il résulte ainsi de son article 38 que « L'article 73 de la Constitution est ainsi modifié :

1° À la fin du deuxième alinéa, les mots : « par la loi » sont remplacés par les mots : «, selon le cas, par la loi ou par le règlement » ;

2° Dans le troisième alinéa, les mots : « par la loi » sont remplacés par les mots : «, selon le cas, par la loi ou par le règlement, » et, après les mots : « de la loi », sont ajoutés les mots : « ou du règlement » ».

¹⁰¹⁴ Pour se faire une idée sur la réalité de ce rapprochement, voir par exemple D. PERROT, « Le nouvel article 299

Autre évolution, l'initiative de l'adaptation est reconnue aux collectivités, mais uniquement dans les domaines procédant d'une dévolution de compétence à leur profit, sous réserve en outre d'avoir été habilitées par une loi ou un règlement. Par ailleurs, une habilitation législative ou réglementaire peut leur être accordée, à l'exception de la Réunion, pour prescrire des règles réputées d'application locale dans les domaines de compétence de la loi ou du règlement¹⁰¹⁵, traduisant ce qu'un auteur a qualifié de « pouvoir réglementaire matériellement législatif »¹⁰¹⁶. Cette habilitation ne peut toutefois pas porter sur la nationalité, les droits civiques, la garantie 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, mais également le droit électoral¹⁰¹⁷. Outre l'exclusion de ces droits régaliens, la loi organique précitée écarte l'habilitation « lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti » (art. 1 de la loi organique du 21 février 2007). Nonobstant ces notables évolutions, le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de rappeler sa volonté de poursuivre l'encadrement du mécanisme d'adaptation de la législation métropolitaine dans les départements d'outre-mer, en atteste sa décision du 12 août 2004¹⁰¹⁸. Il ne peut cependant exercer son contrôle que lorsqu'il est saisi.

paragraphe 2 du traité instituant la Communauté européenne », *Pouvoirs dans la Caraïbe*, 2000/12, p. 111-152.

¹⁰¹⁵ Les conditions et les modalités d'exercice de la compétence normative ainsi reconnue aux départements et régions d'outre-mer ont été fixées par la loi organique du 21 février 2007 dans son article 1^{re}, et figure aujourd'hui dans le Code général des collectivités territoriales (Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, *JO* 22 fév. 2007 p. 3121).

¹⁰¹⁶ L. BLERIOT, *op. cit.*, p. 67.

¹⁰¹⁷ Ces restrictions intéressant le domaine de la souveraineté nationale figurent également dans l'article 74 concernant les autres collectivités ultramarines qui ne sont pas départementalisées.

¹⁰¹⁸ Appelé à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi relative aux libertés et responsabilités locales, il a, au nom du principe d'égalité, censuré son article 203 qui a voulu différer son application dans les départements et les régions d'outre-mer en jugeant que « les écarts existant entre les besoins de personnels techniciens, ouvriers et de service des collèges et lycées et les effectifs réels de ces personnels sont plus importants dans certaines académies de métropole qu'ils ne le sont dans certaines académies d'outre-mer : que ces écarts ne constituent pas, au sens de l'article 73 de la Constitution, des « caractéristiques et contraintes particulières » de nature à différer l'entrée en vigueur de la loi dans les départements et régions d'outre-mer » (Cons. const., n° 2004-503 DC, 12 août 2004, *JO* 17 août 2004 p. 14648).

540. Des développements qui précèdent, il apparaît qu'en l'état actuel du droit positif, l'identité législative continue à prévaloir dans les collectivités régies par l'article 73 de la Constitution. Le droit métropolitain est toutefois susceptible d'adaptation pour tenir compte de leurs caractéristiques et contraintes. En ce sens, outre le Parlement et le Gouvernement selon leur domaine de compétence respectif, ces collectivités disposent de moyens permettant de l'adapter ou d'y déroger, à condition d'avoir reçu dans l'une ou l'autre hypothèses une habilitation qui peut émaner selon le cas de la loi ou du règlement. L'exercice de cette compétence normative, quelle que soit sa teneur « renforce les possibilités de spécificité du droit applicable dans les DROM »¹⁰¹⁹.

L'aménagement de ses règles dans l'île ne procède pas d'une adaptation réalisée par le Conseil général sur habilitation législative. Il s'agit d'un choix fait par le législateur lui-même, bien avant l'accession de Mayotte au statut de département. On ne peut donc lui reprocher d'avoir pris cette décision, puisqu'il n'était tenu à aucune obligation, d'autant plus que le statut administratif de l'île était en 2002, année d'adoption de l'ordonnance qui étend et adapte les règles du Code civil à Mayotte, celui de collectivité départementale. Que l'identité législative ait été généralisée le 1^{er} janvier 2008, excepté dans six domaines, mettant fin à une longue période de domination de la spécialité législative ne modifie pas le raisonnement, étant donné l'absence d'évolution statutaire. En effet, Mayotte est à ce moment-là une collectivité territoriale régie par l'article 74 de la Constitution. Peut-on toutefois lui reprocher d'avoir maintenu ces dispositions adaptées après la départementalisation de l'île ?

541. A l'évidence, répondre à cette interrogation semble très difficile. On se rappelle déjà que la loi du 19 mars 1946 qui a érigé en département les quatre vieilles prévoyait l'extension par décret dans ces territoires des lois antérieures à sa promulgation ainsi que la nécessité d'une mention d'applicabilité pour les textes postérieurs pour leur application dans ces collectivités. Pour autant, la réglementation antérieure n'a pas été nécessairement toute étendue, et encore moins certaines lois nationales adoptées par la suite¹⁰²⁰.

La situation semble différente aujourd'hui, puisque l'article 73 de la Constitution pose le principe de l'identité législative tout en prévoyant la possibilité d'adaptation justifiée par les caractéristiques et contraintes des collectivités. Ce qui signifie concrètement que l'aménagement du droit métropolitain dans les départements ultramarins doit impérativement

¹⁰¹⁹ L. BLEROT, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰²⁰ J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'outre-mer*, LGDJ, 2007 p. 43.

être motivé au cas par cas. Or, à l'analyse, exceptée la partie du Code civil traitant de l'immatriculation des immeubles, réglementation dont la présence peut surprendre, on remarque que l'essentiel des adaptations s'explique non pas par les réalités locales, mais précisément par une absence de généralisation de l'identité législative à Mayotte.

En effet, certaines règles auxquelles renvoient les dispositions adaptées sont contenues dans des codes s'appliquant spécifiquement dans le nouveau département, comme le démontreront les développements qui vont suivre. Mais si le législateur n'a pas pu faire autrement, c'est qu'il s'est lui-même mis dans cette impossibilité, sauf à supposer que l'absence de généralisation de l'identité législative ainsi constatée procède elle-même de caractéristiques et contraintes propres à Mayotte. Pourquoi alors avoir précipité la départementalisation de l'île ?

2) L'absence de généralisation de l'identité législative

542. A la lecture de l'article 30 de la loi ordinaire du 7 décembre 2010 relative à Mayotte, il apparaît clairement que l'identité législative n'a pas été immédiatement généralisée dans le nouveau département, puisqu'il habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures tendant au rapprochement des règles relatives à Mayotte des règles législatives applicables en métropole ainsi que dans les autres départements et régions d'outre-mer dans de nombreux domaines énumérés dans son III. L'initiative traduit manifestement une volonté de faire triompher le régime législatif prévu à l'article 73 de la Constitution. On ne peut pas dire pourtant que cet objectif soit atteint, à ce jour. En effet, certaines règles sont spécifiquement applicables à Mayotte, sans que cet état de chose ne procède d'une adaptation ou d'une dérogation à l'identité législative imputable à son Conseil général. C'est le législateur lui-même qui a fait ce choix.

Mayotte dispose ainsi de son Code du travail, tandis que le Code de l'action sociale et des familles lui aménage des dispositions propres, à l'instar du Code rural et de la pêche maritime. L'absence de généralisation de l'assimilation législative ainsi constatée n'est pas sans incidence sur l'application du Code civil dans cette collectivité ultramarine. Les répercussions sont réelles. Nombreuses sont en effet les règles civilistes faisant l'objet d'adaptation en raison justement de la particularité des dispositions de certains codes.

543. Concernant le livre II, les modifications concernent l'article 524 précisant les types d'immeubles par destinations ainsi que l'article 564. En vertu de ce dernier, « Les pigeons,

lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou plan d'eau visé aux articles L. 431-6 et L. 431-7 du code de l'environnement appartiennent au propriétaire de ces derniers, pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et artifice ».

Jusqu'à la loi du 16 février 2015¹⁰²¹, la modification affectant l'article 524 portait sur son neuvième alinéa, lequel renvoyait à des règles du Code rural et de la pêche maritime, lui-même adapté à Mayotte. Or cette loi a justement supprimé les troisième, sixième, septième et neuvième alinéas de cet article. Et dans sa nouvelle version, l'article 524 ne vise aucun code. Pourtant, sans que l'on sache pourquoi, le législateur en a modifié la substance pour son application à Mayotte.

Relativement à l'article 564, l'adaptation pourrait s'expliquer par la référence faite à des dispositions du Code de l'environnement qui fait l'objet de certains aménagements dans sa version en vigueur dans l'île. De manière assez curieuse, alors que cet article a été modifié par la loi de 2015 précitée, le législateur n'a pas actualisé sa formulation concernant Mayotte. Ainsi, l'article 2502 qui précise les modalités de son application, laisse encore supposer que cette adaptation se justifierait par la référence à des dispositions du Code rural et de la pêche maritime, lequel ne s'applique pas dans le nouveau département dans sa version commune.

544. Relativement au livre III, les adaptations s'inscrivent la plupart dans la même logique que précédemment, avec cependant quelques complications. C'est le cas par exemple de l'article 833 relatif à l'attribution préférentiel fait référence à d'autres articles du Code lesquels renvoient dans leurs énonciations à certaines dispositions du Code rural et de de la pêche maritime, dont on sait qu'il a été adapté à Mayotte. En ce sens, l'article 2505 a procédé à sa réécriture. Une exception apparaît cependant à l'article 2507 modifiant les énonciations de l'article 1873-13 sur le sort de l'indivision au décès d'un indivisaire. Cette modification est réalisée non pas en raison d'un renvoi à des énonciations d'un autre code non assimilé, mais précisément en raison d'un renvoi à l'article 832-3 frappé lui d'inapplicabilité (art. 2503).

Dans sa version applicable à Mayotte, l'article 1873-13 exclut donc la référence à l'article 832-3. L'article 2508 modifie une série d'articles dont l'un opère d'innombrables renvois à des dispositions du Code du travail. Il s'agit de l'article 2331, 4° du Code civil, réécrit spécialement pour son application à Mayotte, tout en substituant les renvois aux règles du Code du travail mahorais aux renvois aux règles communes. La reformulation de

¹⁰²¹ LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *JO* 17 févr. 2015 p. 296.

l'article 2377 a été revue pour l'adapter à Mayotte, en raison de la particularité du régime de l'immatriculation, à l'instar des articles 2425 et 2431.

546. Ainsi exposées, les causes d'adaptations des règles du Code civil sont multiples, mais restent majoritairement liées à l'absence de généralisation de l'identité législative dans le Code rural et de la pêche maritime, le Code de l'environnement et du Code du travail. Est-ce à dire qu'une assimilation de ces codes suffirait à faire disparaître le livre V du Code civil ? Rien n'est moins sûr. D'autres obstacles subsistent. Il en est ainsi des dispositions complémentaires du livre I^{er}, de l'article 2505 réécrivant l'article l'article 833, de l'article 2507 réécrivant l'article 1873-13 pour supprimer la référence à l'article 832-3 réputé inapplicable à Mayotte, des modifications opérées par l'article 2508 sur certaines dispositions en raison de la particularité du régime de l'immatriculation en vigueur dans le nouveau département, ainsi que du titre IV de ce livre V. Mais des solutions existent.

Outre, l'harmonisation du droit applicable à Mayotte avec la législation commune en droit du travail, en ce qui concerne le Code rural et de la pêche maritime ainsi que le Code de l'environnement, d'autres opérations apparaissent indispensables pour espérer la suppression effective du livre V du Code civil. Le législateur peut d'abord décider d'en finir avec les dispositions complémentaires du livre I^{er}, sur la paternité de complaisance, puisqu'il existe des mécanismes permettant de la contester, voire de la sanctionner. L'article 2505 réécrivant l'article 833 qui opère renvoi vers des dispositions faisant allusion à des règles du Code rural et de la pêche maritime sera abrogé par l'assimilation de ce code. L'extension à Mayotte de l'article 832-3 rendra sans intérêt l'article 2507. L'article 2508 sera dépouillé de la partie visant l'article 2331, 4^o en étendant son troisième alinéa suivi d'une assimilation du Code du travail. Le reste des dispositions de cet article visant les articles 2377, 2425 et 2431 seront difficiles à déloger, sauf à extraire du Code civil le titre IV du Livre V, pour rajouter ensuite les modifications à la suite de chacun des articles précités. Ainsi, le droit civil applicable à Mayotte sera harmonisé avec la législation commune, même si les adaptations apparaissent au demeurant très infimes.

547. Quelles que soient les raisons retenues pour justifier l'adaptation de certaines dispositions du Code civil à Mayotte, l'on ne peut s'empêcher de constater une défaillance désormais chronique dans la technique législative. L'impression qui revient, est celle d'un législateur qui nage à contre-courant. Ces adaptations sont faites par rapport à certains codes, au lieu de les étendre tout simplement dans l'île dans leur version commune, et permettre de

la sorte une application uniforme. Les textes sont modifiés sans concordance. La doctrine n'a eu cesse de longue date, d'appeler le législateur à intervenir pour faire évoluer le droit applicable à Mayotte, lequel est demeuré statique. Elle a été entendue.

Mais la réponse est décevante, car on n'a pas fini de s'interroger sur le droit applicable dans l'île, dans de nombreuses matières¹⁰²². Au lieu que la consultation des textes commun en vigueur fournisse les solutions ordinairement, il faut en outre se livrer à de rudes efforts, pour feuilleter chaque recoin des codes, pour s'assurer qu'ils s'appliquent bien à Mayotte. On parle pourtant d'un territoire départementalisé, supposé être soumis en principe à l'identité législative, avec cependant quelques adaptations. Dans les bords de l'Océan indien, terre jadis réservée à l'agriculture, il semblerait que le législateur ait mis la charrue avant les bœufs. Il a adapté à outrance, ne réservant finalement au principe, que quelques applications résiduelles.

548. Conclusion du chapitre 1^{er}. La dualité des statuts civils à Mayotte n'a à ce jour aucune raison d'être. Il serait temps que le législateur procède à l'uniformisation du droit des personnes et de la famille dans le nouveau département. Pareille initiative ne peut être concrétisée par une loi ordinaire, le statut personnel mahorais étant dans son essence protégé par la Constitution. Seule reste envisageable la révision de l'article 75, dont l'aboutissement doit conduire à l'exclusion du champ d'application de la garantie constitutionnelle du statut civil de droit local applicable à Mayotte, tout en prenant soin d'assurer le respect des situations créées sous l'empire de l'ancien système. La suppression de la dualité des statuts civils constitue par ailleurs un préalable à l'harmonisation du Code civil dans l'île avec la législation commune.

Néanmoins, pour la réussite de cette entreprise, il est également souhaitable que triomphe l'identité législative dans le Code rural et de la pêche maritime ainsi que le Code du travail, puisque la teneur des dispositions actuellement en vigueur dans ces codes constitue un obstacle. Il doit enfin être procédé à l'extension des toutes les règles du Code civil frappées d'inapplicabilité. On s'étonne d'ailleurs de constater qu'après l'officialisation de la départementalisation de Mayotte le 31 mars 2011, certaines règles soient encore spécifiques à l'île. Cette situation est en évidente contradiction avec l'article 73 de la Constitution qui énonce clairement le principe de l'assimilation législative dans les collectivités qu'il régit,

¹⁰²² Voir J.-B. SEUBE, « L'application du Code civil à Mayotte », *JCl. Civil Code – LexisNexis*, Fasc. 50, août 2014.

même s'il n'exclut pas la possibilité d'adaptation, voire de dérogation. Cela implique déjà que le droit soit intégralement assimilé ; les adaptations et dérogations ne pouvant intervenir qu'après et doivent nécessairement émaner des assemblées des collectivités locales.

Par ailleurs, nonobstant toutes ces considérations, l'unification des statuts civils à Mayotte devrait s'accompagner de l'alignement sur le droit non civil de la famille.

Chapitre II : L'alignement conséquent du droit non civil de la famille

549. L'unification des statuts civils à Mayotte ne doit pas seulement permettre l'harmonisation du Code civil dans l'île, elle justifie également qu'il soit opéré l'alignement du droit non civil de la famille¹⁰²³. Cette désignation renvoie à toutes les règles qui se trouvent en dehors du Code civil, dont les sources sont diverses, et ayant vocation à régir l'institution familiale. L'appellation traduit surtout une réalité révélant que le Code civil a cessé d'être le dispositif exclusif régissant les rapports familiaux. L'expression droit non civil de la famille est désormais d'usage courant.

Si les règles régissant les rapports familiaux ne sont pas seulement celles contenues dans le Code civil, lesquelles s'appliquent désormais aux habitants de Mayotte sans distinction de statut civil, se pose dès lors et légitimement la question de savoir si l'évolution des sources du droit de la famille ne devrait pas aboutir à leur alignement dans le nouveau département. Il ne fait aucun doute que le droit non civil de la famille a été étendu dans l'île, force est de reconnaître toutefois, qu'il n'est pas effectivement conforme à celui en vigueur en métropole. Mayotte étant désormais régie par l'identité législative, la persistance de cette situation semble discutable.

La résolution de cette difficulté suppose que soit préalablement déterminé le bien-fondé de cette assertion (Section 1), avant de s'intéresser à l'étendue de l'alignement (Section 2).

Section 1 : Le bien-fondé de l'alignement

550. Il appert que l'alignement sur le droit non civil de la famille se justifie nécessairement par la soumission de Mayotte au principe de l'identité législative, consécutivement à sa récente départementalisation, laquelle a entraîné son intégration dans la catégorie des collectivités régies par l'article 73 de la Constitution. Sans véritablement remettre en cause la règle posant l'application de plein droit des lois et règlements métropolitains dans ces territoires, le Gouvernement a opté dans certains cas à une harmonisation progressive, s'échelonnant parfois sur une longue durée.

¹⁰²³ On parle également du droit civil de la famille hors le Code civil, c'est-à-dire des règles civilistes applicables à la famille mais qui ne font pas intégrés dans le Code. Voir en ce sens, D. FENOUILLET, « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LPA* 21 sept. 2005, n°188, p. 3.

Toutefois, si cette étude se propose bien de contester ce choix, ce n'est pas véritablement sous cet angle que nous abordons la question. Plus précisément, il s'agit d'établir un lien entre le renouvellement des sources et la logique assimilationniste (§1), pour en tirer toutes les conséquences, qui se traduisent par l'alignement à Mayotte du droit non civil de la famille, ne serait-ce que dans la perspective d'une approche plus conforme au principe d'égalité devant la loi (§2).

§1/ Renouvellement des sources en droit de la famille et logique assimilationniste

551. Dès sa promulgation en 1804, le Code civil apparaît comme le seul dispositif régissant les rapports familiaux. Les choses semblent avoir évolué depuis. Selon Mme Fenouillet, cette évolution s'explique par la multiplication des sources du droit, si bien qu'il apparaît clairement aujourd'hui que « le Code civil ne règne pas sans partage sur la famille »¹⁰²⁴. On ne peut toutefois déduire de ce constat la conclusion suivant laquelle ces nouvelles sources concurrencent le Code. Ce qui est certain, c'est qu'elles lui ont fait perdre l'exclusivité dans la réglementation du droit de la famille. Les développements qui vont suivre sont précisément destinés à mettre en évidence cette évolution. Et pour bien en saisir la teneur, il importe d'en analyser le processus.

On remarque ainsi qu'après être demeuré longtemps la norme de référence de l'institution familiale (A), le Code civil a vu apparaître en la matière de nouvelles sources (B).

A) L'exclusivisme originaire du Code civil

552. A l'époque révolutionnaire, les règles applicables sur le territoire français sont remarquables par leur diversité. Une place est ainsi reconnue au droit coutumier et au droit écrit. S'est dès lors posée la question de l'unification du droit en France. La préférence a été donnée à la codification. La Constitution de 1791 dispose ainsi « Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royaume »¹⁰²⁵. Toutes les règles applicables à la famille sont initialement contenues dans le Code civil.

¹⁰²⁴ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰²⁵ Et comme le fait remarquer M. Mazeaud, bien que le résultat à l'origine de la promulgation du Code civil en 1804 vienne des efforts acharnés de ses rédacteurs, il ne faut toutefois pas occulter le fait que l'aboutissement de cette entreprise d'envergure procède surtout de « plus de cent ans de travaux conduits dans les universités », dont la préoccupation a été de faire « ressortir les racines communes de la France » (P. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 154).

Il convient dès lors de réserver quelques développements à la place de la famille dans le Code de 1804 (1), pour s'intéresser ensuite au temps des bouleversements (2).

1) La famille dans le Code civil de 1804

553. Aujourd'hui comme en 1804, on chercherait en vain une subdivision du Code civil relative à la famille. La remarque vaut également pour sa définition. La famille y est pourtant honorée à travers ses différentes institutions, comme le mariage, la filiation, les successions ou encore les libéralités. Ainsi, sans la nommer, ni la définir, le Code civil l'appréhende aussi bien à travers ses aspects patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux. C'est que l'institution a eu une importance non négligeable dans l'esprit de ses rédacteurs, et pas seulement d'ailleurs. Il apparaît en effet que Napoléon Bonaparte a attaché une attention particulière aux discussions portant sur la famille avant la promulgation du Code civil¹⁰²⁶, que Portalis présente comme « un corps de lois destinées à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux les hommes qui appartiennent à la même cité »¹⁰²⁷. Le cadre est posé.

554. L'importance ainsi accordée à l'institution familiale n'a d'ailleurs rien d'étonnant, au regard notamment du contexte de l'époque, faisant apparaître comme un « enjeu politique »¹⁰²⁸. Il s'est agi en effet de construire la société, de soumettre les citoyens au même droit, et d'instaurer l'autorité étatique. Dans cette perspective, l'organisation de la famille est apparue comme une question cruciale, tant il est vrai que l'institution se révèle être un relais sérieux et fiable pour le pouvoir dans cette société en construction. Ainsi a-t-on pu dire que « l'ordre politique repose entièrement sur la famille »¹⁰²⁹, dont la stabilité « est garante de celle de la société », précisément parce qu'elle est « la pépinière de l'Etat »¹⁰³⁰. Pour avoir la

¹⁰²⁶ Voir en ce sens L. SAADA, « Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'Etat sur les questions familiales », *Napoleonica. La Revue* 2012/2, p. 25-49.

¹⁰²⁷ J. E. M. PORTALIS, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, publiés par le Vicomte F. Portalis, 1844, p. 92.

¹⁰²⁸ A. BURGUIERE, « La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil) », *Droit et société*, n°14, 1990, p. 25-38.

¹⁰²⁹ L. SAADA, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰³⁰ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au Pacs (et au-delà...) », *Pouvoirs* n°107, 2003, p. 37.

paix dans la société, il a été primordial de la garantir à travers son modèle réduit, en atteste l'organisation mise en place.

En effet, la conception familiale retenue par le Code civil de 1804 est de type patriarcal. Le mari est investi chef de famille, ce qui lui confère un pouvoir très étendu. Il a ainsi autorité sur la femme que l'article 215 déclare incapable, mais également sur les enfants (art. 375 à 382). A ce propos, il a été institué un « droit de correction paternelle », qui permet au père d'obtenir du juge le prononcé de l'incarcération de l'enfant, lorsque sa conduite répréhensible le justifie¹⁰³¹. Par ailleurs, nanti de la puissance maritale par l'article 213, le mari qui doit protéger sa femme, gère et administre les biens de celle-ci en plus de ses biens propres. Dans ce cadre, la femme doit obéissance à son mari.

555. Dans son organisation, la famille tourne autour de l'institution matrimoniale, qui en est la plaque tournante. Le Code civil ignore ainsi le concubinage¹⁰³², s'attachant autant que faire se peut à limiter l'établissement de la filiation à celle de l'enfant issu d'un mariage. Et comme un symbole, la filiation paternelle est présumée dans cette perspective à travers l'adage *pater is est* en vertu duquel l'enfant a pour père le mari (art. 312). A l'opposé, aucune recherche de paternité n'est envisageable pour les enfants nés hors mariage, sauf de manière exceptionnelle pour l'enfant conçu lors d'un enlèvement, puisqu'en pareille circonstance, « le ravisseur pourra être (...) déclaré père de l'enfant » (art. 340). Quant à la recherche de maternité, elle demeure inscrite dans un cadre très strict. Enfin, si la « bâtardise » est honnie, la porte reste grande ouverte pour l'adoption déjà autorisée par la loi du 18 janvier 1792.

De manière générale, le droit de la famille tel que réglementé dans le Code civil, son unique source, fait de celui-ci une œuvre à la fois réactionnaire et conservatrice, transcendant les différences tout en les intégrant. Le caractère réactionnaire est attesté par la rupture faite avec certaines lois révolutionnaires. Il en est ainsi de la loi du 12 brumaire an II (2 novembre 1792) instaurant l'égalité en matière successorale entre l'enfant naturel et l'enfant légitime,

¹⁰³¹ Il ne faut cependant pas se tromper sur la véritable raison d'être de l'institution de la puissance paternelle. Celle-ci n'est pas destinée à assurer sa protection ou à la sauvegarde de ses intérêts, mais s'inscrit davantage dans une logique politicienne, traduisant la volonté « d'organiser une société hiérarchisée et cohérente selon un modèle pyramidal » (P. JASPARD, « Idéologies et droits de l'enfant », *Enfances & Psy* 2002/2, p. 124). Cela prouve une fois de plus que « la famille est restaurée à l'image de l'Etat » (L. SAADA, *op. cit.*, p. 29).

¹⁰³² Napoléon Bonaparte a dit à ce propos que « Les concubins se passent de la loi : la loi se désintéresse d'eux ».

avec effet rétroactif remontant jusqu'au 14 juillet 1789¹⁰³³. La lecture de l'article 756 du Code civil de 1804 révèle en effet que « Les enfants naturels ne sont point héritiers ». On relève également que tout en laïcisant le droit de la famille, le Code civil intègre des pratiques inspirées de l'Eglise catholique, comme l'état civil¹⁰³⁴, le rejet du concubinage ou encore le caractère indissoluble du mariage, consolidé par la reconnaissance très partielle et éphémère du divorce¹⁰³⁵.

556. Il ne faut cependant pas oublier que substantiellement, le Code civil est « une œuvre de droit comparé »¹⁰³⁶, de par l'entreprise unificatrice du droit français dont il est le résultat, se nourrissant ici et là de règles aux origines diverses. On ne peut donc pas être étonné qu'il soit le seul dispositif traitant originellement du droit de la famille, puisqu'il puise précisément ses racines dans ces différentes sources qui sont le droit romain, le droit canonique, ainsi que les innombrables coutumes ayant cours sur le territoire. Quant aux droits fondamentaux fièrement et audacieusement proclamés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ils ne trouvent pas pleinement leur expression dans le droit de la famille issu du Code civil de 1804. Viendra toutefois le temps des bouleversements.

¹⁰³³ Les lois révolutionnaires s'inscrivent en totale rupture avec le droit ancien. Certaines des évolutions qu'elles opèrent seront reprises par le Code civil, tandis que d'autres seront remises en cause. Voir en ce sens, J. BART, « Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille » in *Annales historiques de la Révolution française*, n°300, 1995, p. 187-196.

¹⁰³⁴ Les curés ont en effet tenu les registres sur les baptêmes, les mariages, les funérailles depuis l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539. La laïcisation du droit de la famille apparaît tout de même offensante pour l'Eglise, qui perd ainsi progressivement son emprise sur la société. Le plus grand désaveu reste sans doute la célébration du mariage, qui fait primer la loi étatique avant la loi religieuse. Religieusement considéré comme un sacrement, le mariage devient un acte civil.

¹⁰³⁵ Bien qu'ayant une application fortement réduite dans le Code civil de 1804, le divorce a disparu du paysage juridique en 1816 avant de réapparaître en 1884. Concernant le caractère indissoluble du mariage, convient-il toutefois de prendre garde à vouloir trop vite y voir une volonté de perpétuer une règle chrétienne. A l'évidence, il s'agit que de manœuvres politiques dont la finalité est de « consolider la société post-révolutionnaire » (Y. BRULEY, *op. cit.*, p. 116).

¹⁰³⁶ R. HOUIN, « Le droit de la famille dans l'avant projet de Code civil français et le droit comparé », *RIDC* vol. 9, n°2, 1957, p. 373.

2) Le temps des bouleversements

557. Jusqu'à la loi Naquet du 27 juillet 1884 rétablissement le divorce dont Louis de Bonald a réussi en 1816 à en obtenir l'abolition, le droit civil de la famille n'a pas connu d'évolution notable. Progressivement toutefois, les principes de liberté et d'égalité que la version de 1804 du Code civil a semblé quelque peu ignorer dans les rapports familiaux ont commencé à faire un retour triomphal. Celui-ci s'est accentué avec l'avènement de la fondamentalisation du droit, entraînant des modifications sans précédent, faisant émerger ainsi de nouvelles sources en dehors du dispositif habituel. La domination sans partage du Code civil dans le droit de la famille va également connaître la menace de l'intervention étatique dont la finalité ne s'inscrit pas nécessairement dans une perspective civiliste. Désormais, « la famille n'est pas seulement une liberté privée », elle se présente également comme « une institution maillon essentiel du tissu social », d'où l'omniprésence de l'autorité publique¹⁰³⁷. Il importe dès lors d'examiner successivement ces deux tendances, à l'origine de la remise en cause de l'exclusivité du Code civil dans la réglementation de l'institution familiale.

558. Les bouleversements apparaissent avec les premières évolutions du droit de la famille, marquées par le triomphe progressif de l'égalité entre les époux, mettant fin aux « excès de l'autoritarisme et du machisme » caractérisant la réglementation originelle¹⁰³⁸. Pour ce faire, il a fallu améliorer le statut juridique de la femme que l'article 1124 du Code civil de 1804 place au même rang que les mineurs, les criminels et les débiles mentaux dont la particularité est d'être des « personnes privées de droits juridiques ».

C'est vers fin du XIX^e siècle que le législateur a commencé à arracher la femme de l'assujettissement marital. Il y a eu d'abord la loi du 9 avril 1881 autorisant la femme mariée à ouvrir un livret de compte épargne, puis celle du 13 juillet 1907 lui permettant de disposer librement de son salaire, avant que les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 n'interviennent pour abolir la puissance maritale et son incapacité. Les lois du 13 juillet 1965 et du 23 décembre 1985 ont achevé d'instaurer l'égalité entre les époux. Entre temps, le législateur est venu en 1970 supprimer la puissance paternelle pour instaurer l'autorité

¹⁰³⁷ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰³⁸ C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille : 2^e partie », *Dr. fam.* n°6, 2003, chron. 17.

parentale. La femme en tant qu'épouse dispose des mêmes droits que le mari, et en tant que mère se voir reconnaître les mêmes droits que le père à l'égard des enfants.

559. Sur les enfants justement, il a fallu également établir l'égalité, aussi bien dans l'établissement de la filiation qu'en ce qui concerne les effets, notamment en matière successorale. La première avancée concrète a été réalisée par la loi du 16 novembre 1912. Celle-ci modifie l'article 340 du Code civil de 1804 pour reconnaître l'action en recherche de paternité qu'elle inscrit toutefois dans un cadre très limité, en prenant soin d'énumérer les cas¹⁰³⁹. Une nouvelle amélioration a été apportée par la loi du 3 janvier 1972. A cet égard, le nouvel article 334 du Code civil reconnaît à l'enfant naturel les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère. Dans le même temps, a été admis l'établissement de la filiation de l'enfant adultérin, à l'exclusion toutefois de la filiation incestueuse. Il a fallu toutefois attendre la loi du 4 mars 2002 et la création de l'article 310-1 du Code civil qui proclame l'égalité entre tous les enfants, après la suppression du paysage juridique de l'enfant adultérin par la loi du 3 décembre 2001.

560. A côté de l'essor du principe d'égalité dans le droit de la famille du Code civil¹⁰⁴⁰, on remarque également le triomphe de la liberté, attestant de l'accroissement du pouvoir de la volonté individuelle. Une place particulière lui est en effet reconnue dans l'organisation de la vie familiale. Elle peut ainsi se manifester dans le choix du mode de conjugalité, dans la possibilité parfois très facile de sortir du mode de conjugalité ainsi choisi. C'est le cas notamment dans la rupture du concubinage et du pacs, même si la responsabilité de l'auteur de la rupture peut être engagée dans certaines circonstances¹⁰⁴¹. La volonté individuelle trouve également son expression dans les accords sur l'autorité parentale. D'une manière générale, l'évolution du droit de la famille se réalise sous l'impulsion de l'égalité et de la liberté, si bien que l'on finit par les considérer comme « les deux moteurs essentiels des

¹⁰³⁹ Outre l'enlèvement ou le viol, la nouvelle rédaction de l'article 340 du Code civil intègre la séduction avec manœuvres dolosives, l'aveu écrit de paternité, le concubinage notoire, ou encore l'hypothèse en vertu de laquelle le prétendu père aurait participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

¹⁰⁴⁰ Sur l'influence du principe d'égalité dans l'évolution du droit de la famille, voir Ph. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *Mélanges F. Terré*, PUF, 1999, p. 417-430.

¹⁰⁴¹ Concernant la rupture, on cite également le droit au divorce dont on croit qu'il a été consacré par loi du 26 mai 2004, que d'aucuns considèrent d'ailleurs comme instaurant la répudiation.

réformes », intervenues en la matière depuis quarante ans¹⁰⁴², et qui ont débouché sur le pluralisme familial.

561. Tous ces exemples illustrant les modifications affectant le droit de la famille traduisent surtout une évolution sociétale marquée par le changement des mœurs et des valeurs, comme le souligne unanimement la doctrine. Par ailleurs, étant influencée par la nécessité de faire triompher l'égalité et la liberté qui restent des exigences fondamentales dans une société démocratique, elle s'inscrit par la même occasion dans le mouvement de fondamentalisation du droit (civil notamment), marqué par l'émergence de normes supérieures à la loi que sont la Constitution et les conventions internationales, notamment la Convention européenne des droits de l'homme. Quant aux juges chargés de veiller sur leur respect, le Conseil constitutionnel¹⁰⁴³ et la Cour européenne des droits de l'homme, ils ont élaboré une jurisprudence énonciatrice de principes ayant valeur fondamentale, et qui s'imposent au législateur¹⁰⁴⁴. Il en est ainsi du respect de la vie privée et familiale aussi bien pour les nationaux¹⁰⁴⁵ que pour les étrangers¹⁰⁴⁶, mais également de la liberté matrimoniale¹⁰⁴⁷, ou encore de la prohibition des discriminations, qui peuvent d'ailleurs être

¹⁰⁴² H. BOSSE-PLATIERE, « L'avenir du droit civil de la famille : quelques conjectures. A l'horizon de l'Europe », *Informations sociales* 2005/8, p. 39.

¹⁰⁴³ Sur l'intervention du Conseil constitutionnel dans l'institution familiale, voir F. CHENEDE, P. DEUMIER, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°39-2013, p.7-18 ; J. HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°16/2004, p. 104-110.

¹⁰⁴⁴ Ce mouvement de fondamentalisation du droit de la famille s'inscrit dans un cadre plus large, et concerne toute l'Europe (voir notamment L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*), jusqu'à interférer dans le droit international privé (L. GANNAGE, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes : l'exemple du droit de la famille », *RCIDP* 2001, p.1). Concernant le contrôle exercé tantôt par le Conseil constitution et la Cour européenne des droits de l'homme, la question de la cohérence de ce double contrôle a intéressé la doctrine. Voir en ce sens, A. GOUTTENOIRE, « Cohérence des contrôles de conventionalité et de constitutionnalité en matière de droits des personnes et de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/2 n°39, p. 63-77.

¹⁰⁴⁵ Voir à ce propos M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC* Vol. 44 n°4, 1992, p. 767-794.

¹⁰⁴⁶ A titre d'exemple, on peut citer deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : CEDH, 24 juin 1996, *Boughanemi c/ France*, Rec. 1996-II, p. 609 ou encore CEDH, 30 novembre 1999, *Baghli c/ France*, *JCP G* 1997, I, 107, n° 37, F. Sudre.

¹⁰⁴⁷ Cons. const. n°93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions*

invoqués directement devant le juge ordinaire à l'occasion d'un litige, pour contester la conformité d'une loi. L'avènement de ces nouvelles sources n'est pas sans incidence sur l'exclusivisme du Code civil dans le droit de la famille. Une autre menace est par ailleurs venue de l'interventionnisme étatique.

562. Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 déclare que « la Nation assure à l'individu et à sa famille les conditions nécessaires à leurs développements ». Il semble évident que la réalisation de cet objectif ne peut se concrétiser par la voie des règles civilistes. Cela suppose un interventionnisme fort et solide. Concrètement et selon René Savatier, cela se traduit par un « envahissement du droit public », poussant l'Etat « au niveau d'une Providence juridique », dont la finalité constitue la protection de l'homme contre toute forme de danger, si bien que pour ce faire, il « assiège et investit de tout côté la puissance paternelle, dans les œuvres et les fondations privées, qui ne peuvent plus vivre qu'à la manière d'auxiliaires du service public « d'aide sociale » »¹⁰⁴⁸. Emerge alors l'épopée des politiques publiques destinée à la promotion de l'institution familiale, influant sur le mode de vie de ses membres, allant au besoin jusqu'à « suppléer ses défaillances »¹⁰⁴⁹. L'article 1^{er} de la loi du 26 juillet 1994 est formel lorsqu'il dispose que « La famille est une des valeurs essentielles sur lesquelles est fondée la société. C'est sur elle que repose l'avenir de la nation. A ce titre, la politique familiale doit être globale »¹⁰⁵⁰. Désormais, l'appréhension de la famille se fait désormais en dehors du seul cadre du Code civil, et sollicite des sources aux horizons divers.

B) Les nouvelles sources du droit de la famille

563. La question du renouvellement des sources du droit de la famille invite à en préciser la teneur, mais également leur rôle (1). Par cette approche, on veut par ailleurs démontrer que ces nouvelles sources ne s'inscrivent pas à proprement parler dans une perspective concurrentielle à l'encontre du Code civil. Aussi, serait-il intéressant d'analyser l'incidence du renouvellement des sources du droit de la famille sur la logique assimilationniste, ce qui conférerait un certain poids au raisonnement voulant que

d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, Rec. p. 224

¹⁰⁴⁸ R. SAVATIER, « Destin du Code civil français. 1804-1954 », *RIDC* vol. 6 n°4, 1954, p. 661 à 663.

¹⁰⁴⁹ J. COMMAILLE, « L'économie socio-politique des liens familiaux », *Dialogues* 2006/4, p. 97.

¹⁰⁵⁰ Loi n°94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille, *JO* 26 juil. 1994 p. 1073.

l'assimilation du statut personnel mahorais, suivie de l'unification des statuts civils à Mayotte, aient pour conséquence l'alignement sur le droit non civil de la famille (2).

1) Détermination et rôle des nouvelles sources

564. Longtemps cantonné au texte du Code civil, le droit de la famille repose aujourd'hui sur des sources multiples, tantôt nationales, tantôt internationales, de droit privé comme de droit public. On assiste ainsi à une « prise en compte par le système juridique dans sa globalité de ce qui peut toucher à la famille »¹⁰⁵¹, même s'il arrive parfois que l'immixtion de ces nouvelles sources soit encouragée par le Code civil lui-même, qui leur confère une portée juridique à travers les renvois qu'il opère¹⁰⁵². Convient-il dès lors d'identifier ces nouvelles sources, tout en prenant soin de préciser leur rôle.

565. Les précédents développements ont permis d'exposer certaines de ces sources, en l'occurrence la Constitution, le droit international incluant le droit européen, dans lesquels sont garantis les droits fondamentaux, qui relèvent de la catégorie des « droits régulateurs » dont la fonction est de « mettre en mouvement les droits substantiels »¹⁰⁵³, tout en contribuant à leur évolution. En effet, ces normes supérieures interviennent très souvent pour écarter une règle posée par le législateur, qui leur serait contraire. On parle alors de la fondamentalisation du droit, à laquelle n'a pas échappé le droit de la famille, attestant par ailleurs de « la prolifération des sources internationales »¹⁰⁵⁴. Ainsi, longtemps demeuré sa norme de référence, le Code civil est aujourd'hui placé sous leur « tutelle »¹⁰⁵⁵. Cependant, à côté de ces droits régulateurs, d'autres sources, nationales précisément, ont également pénétré l'institution.

566. Le Code de la famille, dont l'appellation a changé au fil du temps pour devenir en 1956 Code de la famille et de l'aide sociale, et depuis l'ordonnance du 21 décembre 2000

¹⁰⁵¹ E. MILLARD, « L'évolution du droit de la famille », *Relatés familiales*, 2003, p. 80-84.

¹⁰⁵² D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁵³ M. FARGE, « Avant-propos » in I. MARIA, M. FARGE (dir.), *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, LGDJ 2014 p. 3.

¹⁰⁵⁴ Y. LEQUETTE, « Recodification civil et prolifération des sources internationales », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Bicentenaire*, Dalloz/Litec, 2004, p. 171-192.

¹⁰⁵⁵ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 3.

Code de l'action sociale et des familles, constitue sans doute l'une des sources les plus anciennes. Institué en 1939, il poursuit divers objectifs dont la réalisation profite à la famille¹⁰⁵⁶. Le dispositif mis en place est basé sur l'assistance et se propose de venir en aide aux plus démunis par le versement de prestations qui peuvent être matérielles ou financières, dont la particularité est d'être dénuées de contrepartie pour les bénéficiaires. Il regroupe donc des règles dites de « politique familiale », lesquelles comprennent « l'ensemble des mesures, financées sur fonds publics, dont l'attribution ou le montant sont liés à la présence d'enfants »¹⁰⁵⁷. Le Code de l'action sociale et des familles est ainsi comparé à une « sorte d'administration des familles en difficulté »¹⁰⁵⁸, qui « conçoit surtout la famille comme le lieu ou l'occasion d'une action sociale »¹⁰⁵⁹. Il propose des prestations de différentes natures, qui sont souvent assurées par des services publics¹⁰⁶⁰, dont le but est de « sécuriser économiquement des ménages ayant des mineurs en responsabilité »¹⁰⁶¹.

Le Code contient également des dispositions destinées à la protection de l'enfance dont l'objet est défini à l'article L. 112-3. Conformément aux énonciations de cet article, celle-ci consiste dans la prévention des « difficultés auxquelles les parents peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives, d'accompagner les familles et d'assurer, le cas échéant, selon des modalités adaptées à leurs besoins, une prise en charge partielle ou totale des mineurs ». A cet égard, tout un éventail d'interventions est prévu, aussi bien en

¹⁰⁵⁶ La version de 1939 se propose par exemple d'apporter aux familles dans le besoin une aide sociale à travers le versement d'allocations familiales, ou encore de protéger la famille en matière sanitaire, notamment la femme et l'enfant. On rencontre également des mesures de nature fiscale, comme la suppression sous conditions des droits de mutation en matière successorale, et des dispositions de toute sorte intéressant par exemple la tutelle des enfants naturels, la surveillance médicale des élèves dans les établissements scolaires. Voir la brève étude de G. MAUCO, « Le Code de la famille », *Annales de Géographie*, 1941, t. 50, n°281, p. 73-75.

¹⁰⁵⁷ J. COMMAILLE, P. STROBEL, M. VILLAC, *La politique de la famille*, La Découverte, 2002, p. 9. Ces interventions publiques ne brillent toutefois par leur cohérence. A ce propos, on voit à travers ces interventions publiques désignées sous l'expression politique familiale « une facilité de langage que l'on peut ranger sous un vocable unificateur des institutions qui sont nées à des époques différentes et ont connu des développements contrastés » (R. LAFORT, « Les acteurs de la politique familiale. Vers une redistribution des cartes ? », *Informations sociales* 2005/8, p. 108).

¹⁰⁵⁸ H. BOSSE-PLATIERE, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁵⁹ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁶⁰ Voir notamment M. BORETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, 8^e éd. Montchrestien/Lextenso, 2012.

¹⁰⁶¹ R. LAFORT, *op. cit.*, p. 111.

faveur de l'enfant que de ses parents, et peut également profiter au majeur de moins de vingt et un ans qui connaît des difficultés susceptibles de compromettre gravement son équilibre. La protection sociale peut avoir aussi pour finalité la prévention des difficultés que peut rencontrer le mineur privé temporairement ou définitivement de la protection de la famille et d'assurer sa prise en charge. De manière générale, le dispositif est destiné à protéger le mineur en danger, et souvent contre sa famille.

567. En matière de protection sociale, on peut également citer le Code de la sécurité sociale. Sa logique reste toutefois différente de la précédente. En effet, la protection sociale s'inscrit ici dans une perspective dite « assurantielle »¹⁰⁶². Il n'est plus question de « prémunir l'individu contre le besoin », mais de lui « garantir une protection contre les risques sociaux »¹⁰⁶³. A la base de la protection, l'activité professionnelle. Quant aux prestations accordées, elles s'analysent justement comme la contrepartie des cotisations apportées dans le cadre de cette activité. Ce qui explique que le premier bénéficiaire des droits qui en résultent soit le travailleur, communément appelé assuré social.

Par ailleurs, si la protection entretient un lien étroit avec la situation professionnelle de l'intéressé, force est de reconnaître qu'elle n'exclut pas certains membres de sa famille, en l'occurrence ceux qui ont la qualité d'ayant-droit. Ils se voient reconnaître en effet ce que la doctrine appelle « des droits dérivés », représentant des droits à prestations dont une personne est bénéficiaire en raison du lien le rattachant à l'assuré social. Ces droits portent sur les assurances maladie et de maternité ainsi que la pension de réversion, dont peuvent se prévaloir selon le cas, les personnes auxquelles fait référence l'article L. 313-3 du Code de la sécurité sociale.

568. En dehors de ces sources tournées vers la protection sociale, on rencontre d'autres codes contenant des dispositions qui intéressent la famille. C'est le cas du Code du travail, du Code général des Impôts, du Code de la santé publique. En matière fiscale, le calcul d'impôt tient souvent compte de la situation familiale, notamment par le truchement du système dit du « quotient familial » ou encore les abattements en raison de la charge familiale (frais de garde

¹⁰⁶² E. AUBIN, *Droit de l'aide et de la protection sociale*, 4^e éd., Gualino, 2014, p. 47.

¹⁰⁶³ F. MAISONNASSE, *op. cit.*, p. 112.

des jeunes enfants, les frais de scolarité, etc.) ; étant précisé que « l'unité d'imposition est le ménage, et non l'individu apporteur de revenus »¹⁰⁶⁴.

Quant au droit du travail, il n'a pas vocation à intéresser directement à la famille. Celle-ci n'est pas son objet. En effet, de prime abord, l'accès d'un individu à un emploi n'est pas lié à sa situation familiale. Toutefois, la réglementation du droit du travail tient bien compte du lien familial et à bien des égards. L'exemple le plus connu reste indubitablement les différents événements intéressant la famille du salarié. Ainsi l'arrivée d'un enfant peut être l'occasion de bénéficier de congés. Il peut également se faire qu'un parent bénéficie d'un aménagement du temps de travail. Au-delà de ces avantages, on rencontre d'autres dispositions attestant la volonté du droit du travail de protéger le lien familial, notamment contre toute forme de discrimination, ou de se protéger lui-même contre le lien familial dans la relation de travail.

Concernant enfin, le Code de la santé publique (CSP) même si son objet premier est de réglementer la relation entre le médecin et le patient, la famille n'est pas en reste¹⁰⁶⁵. Certaines techniques médicales dans leur mise en œuvre entretiennent un lien étroit avec l'institution familiale. On peut ici citer l'exemple du prélèvement d'organe au vivant du donneur qui en fait don. En application de l'article L. 1231-1 du CSP, « Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur ». Toutefois, par exception, et en application du même texte, le prélèvement peut se faire sur d'autres membres de la famille, comme le conjoint, les frères ou sœurs, les fils ou filles, les grands-parents, les oncles ou tantes, etc. On relève à juste titre que la partie législative du Code comporte une subdivision intitulée « Santé de la famille, de la mère et de l'enfant ». Celle-ci comprend notamment des dispositions sur l'assistance médicale à la procréation, la recherche sur l'embryon et les cellules embryonnaires, ou encore l'interruption volontaire de grossesse.

569. Les évolutions marquant le renouvellement des sources du droit de la famille s'expliquent par la nouvelle perception de cette institution. En effet, celle-ci n'apparaît plus comme « un collectif formel » transcendant ses membres, mais comme « une fonction » de laquelle découle justement le droit propre à chacun d'eux¹⁰⁶⁶. A travers elle, c'est l'individu

¹⁰⁶⁴ J. COMMAILLE, P. STROBEL, M. VILLAC, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁶⁵ Voir L. CIMAR, « Le lien familial en droit médical », in I. MARIA, M. FARGE (dir.) *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais 2014, p. 79 et s.

¹⁰⁶⁶ E. MILLARD, « L'évolution du droit de la famille », *op. cit.* C'est un constat que fait M. Millard, mais un constat révélant une sorte de fatalité. Ainsi, conclut-il, « l'évolution du droit de la famille s'inscrit dans un cadre,

que l'on vise, que l'on transcende. Le droit apparaît ainsi comme un « instrument à (son) service »¹⁰⁶⁷. Jadis, Portalis affirmait pourtant que « L'individu n'est rien, la société est tout ». On est bien loin de la conception napoléonienne de la famille, qui en a fait une institution forte et relais de l'Etat, sous l'autorité du patriarche. Les choses ont considérablement évolué.

Bien que constituant pour les pouvoirs publics « le moyen d'agir sur l'individu »¹⁰⁶⁸, la famille est aujourd'hui ce par quoi l'appareil étatique doit agir pour satisfaire les besoins, parfois même les désirs de ses membres, toutefois chacun à part, au risque d'établir une réglementation incohérente, avec des droits contradictoires et incessamment en conflit. Sans la définir, le droit en fait la source intarissable dans laquelle l'individu prend racine, pour pouvoir revendiquer ensuite de nouveaux droits.

Au-delà de toutes ces considérations, se pose par ailleurs la question de l'incidence du renouvellement des sources du droit de la famille sur la logique assimilationniste.

2) Incidence du renouvellement des sources sur la logique assimilationniste

570. Se proposer d'analyser l'incidence de la redéfinition des sources du droit de la famille sur la logique assimilationniste interroge sur la pertinence de l'approche. Puisant ses racines dans la politique coloniale, elle traduit la volonté de la France de transposer ses institutions politiques, administratives et juridiques dans les territoires fraîchement conquis. L'analyse se limitera toutefois à l'assimilation juridique, c'est-à-dire celle qui porte fondamentalement sur l'exportation de l'ensemble du droit français dans les colonies. Il convient de rappeler cependant, que ce n'est pas l'assimilation de tout le droit qui attire l'attention présentement, mais précisément celle du statut civil particulier dont les institutions juridiques ont vocation à être remplacées dans leur intégralité par le droit métropolitain.

Etant donné que ce dernier porte sur le droit de la famille, dont on vient de voir que le Code civil a cessé d'être la norme de référence exclusive, se pose dès lors la question de la portée du renouvellement de ses sources sur la définition de la logique assimilationniste. En d'autres termes, il s'agit de savoir si dans sa concrétisation, l'assimilation du statut personnel

qui le limite juridiquement et politiquement, et il n'est pas possible de penser le droit de la famille autrement que comme un droit protégé par l'individu, et de penser la famille que comme une construction à partir des prérogatives juridiques de l'individu ».

¹⁰⁶⁷ H. BOSSE-PLATIERE, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰⁶⁸ F. BOURGEOIS *et al.*, « Famille et contrôle social », *Revue Tiers Monde* 2013/2, p. 111.

ne doit pas intégrer l'émergence des nouvelles sources du droit de la famille pour justifier l'alignement des règles qui en résultent.

571. A l'époque coloniale, seule la soumission aux règles du Code civil justifie le bénéfice de l'égalité civile et la qualité de citoyen¹⁰⁶⁹. Cela signifie pour les originaires des territoires colonisés, l'inéluctable renonciation à leur statut personnel pour pouvoir y prétendre. La généralisation de la citoyenneté en 1946 a fait tomber une première barrière. Les habitants d'outre-mer sont citoyens français à part entière, mais peuvent toutefois, pour ceux qui le souhaitent, conserver leur statut personnel. La Constitution de 1958 n'a pas remis en cause cette situation, si bien qu'elle perdure jusqu'à ce jour. Son adoption coïncide par ailleurs avec la constitutionnalisation du droit, suivie de l'eupéanisation du droit incitant d'ailleurs certains auteurs à s'interroger sur sa légitimité¹⁰⁷⁰. On a ainsi assisté au triomphe des droits de l'homme, communément appelé la fondamentalisation du droit. Désormais, la loi doit alléger aux droits fondamentaux, qu'elle se doit de mettre en œuvre dans ses énonciations. C'est dans ces circonstances d'ailleurs que s'est réalisée l'assimilation du statut personnel mahorais¹⁰⁷¹.

572. Cela étant, la logique assimilationniste doit être poursuivie. On ne peut pas se satisfaire du seul triomphe des normes supérieures, car elles ne sont pas les seules à modeler le droit de la famille. Il y a également d'autres nouvelles sources qui poursuivent toutefois d'autres finalités, et qui méritent tout autant l'attention. Les sources en question sont justement destinées à résoudre les nouveaux problèmes actuellement posés par l'institution familiale. Que l'initiative vienne des bénéficiaires du statut personnel qui renoncent à celui-ci au profit du droit commun, ou que le législateur les y soumette par souci de rendre effectifs les droits fondamentaux attachés à la qualité de citoyen français, la soumission aux règles familiales du Code civil constitue un motif sérieux pour qu'ils puissent également profiter du

¹⁰⁶⁹ L'Etat avait déjà investi l'institution familiale en décidant du maintien des particularismes locaux dans ce domaine. Il a ensuite introduit l'état civil dans les colonies alors qu'il était ignoré, tout supprimant la propriété collective et l'indivision familiale en soumettant les terres aux règles du Code civil.

¹⁰⁷⁰ Voir Ch. JOERGES, « Sur la légitimité d'eupéaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale », *Revue internationale de droit économique* 2004/2 (t. XVIII, 2), p. 133-170.

¹⁰⁷¹ Voir *supra* n°153 et s.

droit non civil de la famille, dont certaines règles attestent de la socialisation de cette institution.

Dans l'esprit, les règles qui en résultent n'ont pas vocation à concurrencer celles du Code civil. Cette source référentielle originaire de la famille se présente comme « le noyau dur ». Il définit les institutions familiales, leur donne forme en les désignant. Ses dispositions fournissent ainsi des précisions sur la manière dont se construit la famille, ses différentes déclinaisons, puisqu'on parle aujourd'hui des familles, relativement à la pluralité des modèles proposés par le Code civil. Celui-ci n'a donc pas perdu sa vocation à définir le cadre familial, bien au contraire, puisqu'il continue justement d'« en tracer les principes et d'en étayer le fonctionnement »¹⁰⁷².

Quant aux autres sources, elles poursuivent chacune son propre but, tout en constituant à certains égards un soutien aux règles civilistes, dont elles se nourrissent par ailleurs. En effet, la mise en œuvre des règles qu'elles posent sollicite souvent les concepts civilistes et le cadre qu'il a élaboré relativement aux rapports qu'entretiennent entre eux les membres de la famille. À titre d'exemple, c'est le lien familial tel qu'établi par le Code civil, qui permet de désigner ceux des membres de la famille qui peuvent prétendre à la qualité d'ayant-droit prévu par le Code de la sécurité sociale. On remarque également que ce sont les modes de conjugalité établis par le Code civil qui justifient certains avantages prescrits en matière fiscale (mariage, pacs).

573. On peut dire ainsi que le Code civil constitue le cadre général de la réglementation de l'institution familiale, dans lequel le droit non civil de la famille se sert pour son application, tout en contribuant à en assurer l'effectivité. Il en résulte une sorte d'interdépendance laissant supposer que l'un puise sa raison d'être dans l'autre. Cette nouvelle approche emporte nécessairement des conséquences sur la portée de la logique assimilationniste. Elle ne s'appréhende désormais plus exclusivement à travers la seule substitution du droit commun aux particularismes locaux. Elle intègre également les nouvelles sources du droit de la famille. Reste dès lors à déterminer ce qui justifie cette assertion. Et pour lui restituer tout son sens, il importe de se référer au passé.

574. Aujourd'hui comme avant, il faut renoncer au statut civil particulier pour être soumis au droit commun, d'après l'article 75 de la Constitution. Avant la généralisation de la

¹⁰⁷² R. LAFORT, *op. cit.*, p. 109.

citoyenneté dans territoires situés loin de la métropole en 1946, la renonciation emportait surtout pour le renonçant le bénéfice de l'égalité civile¹⁰⁷³. Il se trouve à ce jour que la loi applicable à l'institution familiale s'est enrichie de nouvelles sources. Par conséquent, toutes les personnes soumises au Code civil dans leurs rapports familiaux doivent pouvoir bénéficier des droits qu'elles consacrent. La multiplication des sources du droit de la famille influe donc sur l'approche assimilationniste, qui doit être redéfinie dans son principe. Celle-ci ne s'entend plus de la seule substitution du droit commun au statut civil particulier, elle intègre également le droit non civil de la famille, au nom du principe d'égalité devant la loi.

Ainsi donc, en assimilant le statut personnel mahorais, le législateur se devait également d'en tirer toutes les conséquences. Non seulement, la disparition de la dualité statutaire s'impose, mais elle implique par ailleurs que soit opéré à Mayotte, l'alignement sur le droit non civil de la famille. Cette solution est commandée par le principe d'égalité des citoyens devant la loi, notion dont il importe dès lors d'aborder en profondeur.

§2/ Le respect du principe d'égalité devant la loi

575. Le principe d'égalité est ici doublement sollicité. Il n'apparaît pas seulement comme ce sur quoi repose la redéfinition de l'assimilation intégrant le droit non civil de la famille, il s'impose également en tant que fondement postulant le même traitement entre les différentes collectivités régies par l'article 73 de la Constitution. La logique assimilationniste implique l'alignement du droit non civil de la famille au nom du principe d'égalité devant la loi, au même titre que la départementalisation de Mayotte. Au fond, les deux raisonnements se dédoublent pour se confondre, car la départementalisation à elle seule emporte assimilation.

Avant de s'intéresser à l'atteinte au principe de l'égalité devant la loi dans le droit non civil de la famille, tel qu'il s'applique à Mayotte (B), il est fondamental de réserver quelques lignes pour l'explication la notion (A).

A) Précisions sur le principe d'égalité devant la loi

576. Suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le principe d'égalité devant la loi apparaît désormais dans l'article 1^{er} de la Constitution, alors qu'il figurait jusqu'alors dans l'article 2. Il a ainsi rappelé que la France « assure l'égalité devant la loi de tous les

¹⁰⁷³ A. GIROLLET, *op. cit.*

citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Le principe reste toutefois très ancien. Il est en effet proclamé dans l'article 6 de la Déclaration de 1789 qui énonce que la loi doit être la même pour tous, et que les citoyens sont égaux devant elle. En d'autres termes, la loi doit s'appliquer de la même manière à l'ensemble des citoyens, elle ne doit donc pas établir des discriminations.

La garantie du principe d'égalité devant la loi ressort ainsi expressément des textes constituant le bloc de constitutionnalité, et relève par conséquent de la catégorie des droits fondamentaux, et s'impose dès lors au législateur. Outre les articles précités, la doctrine rattache l'égalité devant la loi aux articles 1^{er} et 13 de la Déclaration de 1789. Le rattachement à l'article 1^{er} fait suite à l'arrêt *Guilhaumé*, rendu par le Conseil d'Etat, le 6 février 1980¹⁰⁷⁴. Conformément à cet article, « les hommes naissent libres et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». Dans l'esprit, l'égalité entre les sujets de droits se manifeste aussi bien au stade de l'élaboration de la loi qu'au moment de son application. Il emporte donc des conséquences pour chacune des autorités impliquées dans ces deux phrases, en l'occurrence le législateur pour l'édiction des règles, le juge et l'administration en ce qui concerne l'application, qui sont ainsi tenu de réserver aux justiciables un traitement égalitaire¹⁰⁷⁵. Dans les faits, le principe d'égalité devant la loi se voit reconnaître une large portée, si bien que les domaines dans lesquels il peut être invoqué sont très variés.

577. Bien que solidement ancré dans de nombreux textes à valeur constitutionnelle qui le prévoient expressément, le principe d'égalité devant la loi n'est toutefois pas d'application absolue. En effet, le Conseil constitutionnel a jugé que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un ou l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »¹⁰⁷⁶. Il s'agit là d'une jurisprudence constante, en vertu de laquelle une différence de traitement peut être admise, à condition qu'elle soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit, dans

¹⁰⁷⁴ CE, 6 fév. 1980, requête n°09870, *Guilhaumé*, Rec. tables p. 579.

¹⁰⁷⁵ O. DUHAMEL, G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3^e éd., 2013, p. 809-810.

¹⁰⁷⁶ La formule revient ainsi dans de nombreuses décisions. A titre d'exemple, voir Cons. const., 18 déc. 2003, DC n°2003-487, *AJDA* 2004, p. 216, note J.-E. Schoettl ; *D.* 2004, p. 1274, obs. A. Duffy ; *Dr. soc.*2004, 245, note X. Prétot. Plus récemment, Cons. const., n° 2014-401 QPC, *JO* 15 juin 2014 p. 9970.

deux hypothèses : soit que la différence de traitement est justifiée par une différence de situations, soit qu'elle se fonde sur des considérations d'intérêt général. Les traitements différenciés ne sont admis que dans ce cadre. En dehors, il s'agit de discrimination au même titre que la différence de traitement justifiée par l'origine, la race, la religion, les croyances et le sexe (art. 1^{er} de la Constitution), qui reste d'ailleurs fortement prohibée.

En pratique, pour l'appréciation du bien-fondé d'une différence de traitement, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle en deux temps. Il vérifie tout d'abord si on est en présence d'une différence de situation ou d'une rupture d'égalité commandée par l'intérêt général. L'analyse est centrée sur la recherche d'une « raison suffisante » susceptible de justifier le caractère discriminatoire de la loi¹⁰⁷⁷. Le juge constitutionnel s'assure ensuite que de la différence de traitement établie par la loi litigieuse correspond bien à la finalité qu'elle poursuit, en l'occurrence son objet. En ce sens, précise-t-il, la différence de traitement doit nécessairement reposer sur un « critère objectif et rationnel »¹⁰⁷⁸. Cela implique dès lors un critère de différenciation clairement identifiable, qui se révèle pertinent, et dont la mise en œuvre est proportionnée par rapport au but poursuivi. Selon certains auteurs, pareille approche « s'apparente à un contrôle de la rationalité des choix du législateur »¹⁰⁷⁹. Le constat de l'absence d'adéquation entraîne systématiquement la censure. Dans une décision du 28 décembre 2000, il a ainsi censuré une disposition portant sur l'extension de l'écotaxe, mesure destinée à lutter contre l'effet de serre, qu'il a jugé contraire au principe de l'égalité devant l'impôt¹⁰⁸⁰. Bien évidemment, le critère de différenciation ne doit en aucune façon être fondé sur l'un des éléments visés à l'article 1^{er} de la Constitution, lequel consacre une prohibition absolue de toute forme de discrimination en ce sens.

578. Par ailleurs, et à propos la différence de situation, le Conseil constitutionnel a rappelé que « si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il

¹⁰⁷⁷ L. FAVOREU, P. GAIA et al., *Droit constitutionnel*, 17^e éd., D. 2015, p. 1020.

¹⁰⁷⁸ Cons. const., 4 févr. 2011, n°2010-98 QPC, *JO* 5 févr. 2011, p. 2355.

¹⁰⁷⁹ L. FAVOREU, P. GAIA et al., *op. cit.*, p. 1020.

¹⁰⁸⁰ Voir par exemple la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2000, à propos de l'extension de l'écotaxe, destinée à lutter contre l'effet de serre, mesure jugée contraire au principe de l'égalité devant l'impôt (Cons. const., 28 déc. 2000, n°2000-441 DC, *JO* 31 déc. 2000, p. 21204).

oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes »¹⁰⁸¹. Il adopte ainsi une position similaire à celle du Conseil d'Etat, qui a posé dans un arrêt d'assemblée du 28 mars 1997, que « le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents »¹⁰⁸². Par cette solution, ce dernier témoigne sa fermeté à s'opposer à ce « qu'il puisse résulter du principe d'égalité lui-même une obligation de différenciation »¹⁰⁸³. Il suit de là que, si une identité de situation impose en principe le même traitement, cette règle ne saurait avoir pour pendant qu'une différence de situation commande nécessairement une différence de traitement. Partant, le législateur peut bien traiter de la même manière deux situations différentes. Lorsque la différence de traitement est légitimée par des considérations d'intérêt général, le Conseil constitutionnel procède à l'identification préalable de l'objectif poursuivi par le législateur, en recherchant au besoin dans les travaux préparatoires qui peuvent lui fournir en ce sens d'utiles informations, pour le confronter ensuite à l'intérêt général¹⁰⁸⁴.

Ces précisions étant apportées sur la notion d'égalité devant la loi ainsi que son application, il convient dès lors de démontrer en quoi il est méconnu dans le droit applicable à Mayotte.

B) La méconnaissance du principe dans le droit applicable à Mayotte

579. Le droit applicable à Mayotte a considérablement évolué ces derniers temps, marquant la substitution de l'identité législative à la spécialité législative. Le phénomène a été initié en 2001 avec la loi statutaire, puis accéléré en 2007 par une loi organique. Aujourd'hui régie par l'article 73 de la Constitution, Mayotte est en principe soumise de manière définitive à l'identité législative. Pourtant les règles qui s'y appliquent ne sont pas effectivement celles ayant cours en métropole et dans les DOM. L'idée n'est pas d'aborder la question de manière exhaustive. Il s'agit seulement de mettre en évidence une rupture discutable d'égalité devant la loi (2), mais exclusivement en ce qui concerne le droit non civil de la famille (1).

¹⁰⁸¹ Cons. const., 29 déc. 2003, n°2003-489 DC, cons. 37, *Rec.* p. 487.

¹⁰⁸² CE Ass. 28 mars 1997, *Baxter*, *D.* 1999, IR p. 259 ; *RFDA* 1997, p. 450, concl. J.-C. Bonichot, note F. Mélin-Soucramanien.

¹⁰⁸³ D. RIBES, « Constitutionnalité de la loi de finances pour 2004 », *D.* 2004, p. 1276-1277.

¹⁰⁸⁴ P. LOKIEC, « L'égalité devant la loi », *Dr. soc.* 2014, p. 325 et s.

1) Le cas du droit non civil de la famille

580. Depuis l'officialisation de la départementalisation de Mayotte, l'identité législative à laquelle elle doit être soumise, n'a pas été effectivement réalisée. La volonté de respecter ce régime législatif propre aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution se traduit par l'extension dans le nouveau département du droit métropolitain avec parfois quelques adaptations mineures. On a pu le constater précédemment à propos du Code civil auquel s'ajoutent le Code de la justice administrative, le Code pénal, le Code de procédure pénale ainsi que le Code général des impôts. Le rapprochement est également significatif dans l'organisation de la justice. En outre, l'ordonnance du 23 mars 2012 a étendu à Mayotte la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

Si l'on excepte le Code général des impôts, la situation ci-dessus décrite contraste avec l'état du droit non civil de la famille, dont les textes ont été étendus à Mayotte, mais pas nécessairement dans leurs prévisions communes. A cet égard des précisions s'imposent. Le Code du travail propose des dispositions spécifiquement applicables à Mayotte, tandis que le Code de l'aide sociale et des familles et le Code de la santé publique y ont été étendus avec d'innombrables dérogations. De manière générale, « l'ensemble du droit à la protection sociale est spécifique » au nouveau département¹⁰⁸⁵.

581. Le premier texte traitant de l'aide sociale à Mayotte reste l'ordonnance du 7 février 2002¹⁰⁸⁶, après l'accession de l'île au statut de collectivité départementale. Il est ainsi précisé que les prestations sociales profitent à toute personne française ou étrangère résidant dans la l'île, ayant à sa charge effective et permanente un ou plusieurs enfants résidant à Mayotte. Toutefois, et conformément à l'article 21 de ladite ordonnance, le régime ainsi institué ne s'applique pas aux magistrats, fonctionnaires civils et militaires de l'Etat dont le centre des intérêts matériels et familiaux est situé hors de Mayotte. En d'autres termes ces personnes bénéficient du régime applicable en métropole en leur qualité de « fonctionnaires détachés ».

Dans un souci de rapprochement avec la législation métropolitaine l'ordonnance du 31 mai 2012 est venue étendre tout en l'adaptant à Mayotte, le Code de l'action sociale et des

¹⁰⁸⁵ A. MATH, « A quand l'égalité des droits pour Mayotte ? », *Hommes & Libertés*, n°155, 2011, p. 45.

¹⁰⁸⁶ Ordonnance n° 2002-149 du 7 février 2002 relative à l'extension et la généralisation des prestations familiales et à la protection sociale dans la collectivité départementale de Mayotte, *JO* 9 févr. 2002, p. 2649.

familles¹⁰⁸⁷. Son Livre V réserve un titre spécifique à Mayotte (Titre IV) dans lequel sont précisées les conditions d'application des quatre premiers livres dans le nouveau département. On relève ainsi des aménagements concernant les règles de compétence, de procédures ainsi que celles relatives aux institutions. Les différentes aides sociales font également l'objet d'adaptation, aussi bien les modalités d'attribution des droits que les montants.

582. De manière générale, les prestations sont nettement inférieures à celles octroyées en métropole. Ainsi, bien qu'introduit à Mayotte depuis 2012, le revenu de solidarité active (RSA) apparaît dérisoire puisque le montant ne représente que 25% du montant métropolitain, pour le socle de base. Il est passé à 50% cette année. Ce droit ne profite qu'aux Mahorais et étrangers détenteurs d'une carte de résident (art. L. 542-6). Par ailleurs, l'ordonnance du 7 mai 2014¹⁰⁸⁸ est venue reconnaître de nouveaux droits au Mahorais. Ceux-ci portent sur l'adoption, l'allocation personnalisée d'autonomie et la prestation de compensation du handicap. Jusqu'à présent, les dispositions relatives à l'aide médicale d'Etat (AME) permettant aux étrangers en situation irrégulière de bénéficier d'un accès aux soins à la charge de l'Etat sont frappées d'inapplicabilité à Mayotte¹⁰⁸⁹, à l'instar de la couverture maladie universelle (CMU), qu'elle soit de base ou complémentaire.

583. En ce qui concerne la sécurité sociale, Mayotte est demeurée soumise au système de la gratuité des soins jusqu'en 2005, excluant toute condition de nationalité et de ressource. Cette pratique a disparu suite à l'adoption de l'ordonnance du 12 juillet 2004¹⁰⁹⁰. En application de ce dispositif, l'établissement hospitalier est ainsi placé sous la gestion financière de la sécurité sociale, tout en héritant de la tutelle des dispensaires qui dépendaient jusque là de la DDASS.

Le nouveau système fait intervenir concurremment le Conseil général et la Caisse de Sécurité sociale de Mayotte (CSSM). Respectivement, l'un gère l'aspect lié aux soins

¹⁰⁸⁷ Ordonnance n° 2012-785 du 31 mai 2012 portant extension et adaptation du code de l'action sociale et des familles au Département de Mayotte, *JO* 1^{er} juin 2012, p. 9442.

¹⁰⁸⁸ Ordonnance n° 2014-463 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte des dispositions du code de l'action sociale et des familles relatives à l'adoption, à l'allocation personnalisée d'autonomie et à la prestation de compensation du handicap, *JO* 10 mai 2014, p. 7856.

¹⁰⁸⁹ Il s'agit des articles L. 111-2 et L. 251-1 du Code l'action sociale et des familles.

¹⁰⁹⁰ Ordonnance n° 2004-688 du 12 juillet 2004 relative à l'adaptation du droit de la santé publique et de la sécurité sociale à Mayotte, *JO* 13 juil. 2004 p. 12659.

préventifs, lequel repose sur la gratuité, tandis que l'autre s'occupe de l'aspect inhérent aux soins curatifs devenu payant. Relève ainsi de l'aspect préventif la protection maternelle et infantile (PIM), alors l'aspect payant recouvre les frais d'auscultation à l'hôpital et dans les dispensaires¹⁰⁹¹. L'affiliation à cette caisse d'assurance maladie, « organisme privé en charge du service public du remboursement des frais de soins »¹⁰⁹², est réservée aux seuls nationaux français ainsi qu'aux étrangers détenteurs d'un titre de séjour. Elle est fermée à toute personne incapable de justifier d'un document régularisé¹⁰⁹³.

L'évolution statutaire n'a pas permis l'extension à Mayotte du Code de la sécurité sociale. Le dispositif actuellement en vigueur résulte de l'ordonnance du 22 décembre 2011 relative à l'évolution de la sécurité sociale à Mayotte dans le cadre de la départementalisation¹⁰⁹⁴. Substantiellement, l'ensemble repose sur un ancien texte qui a été modifié, en l'occurrence l'ordonnance du 20 décembre 1996¹⁰⁹⁵, pour contenir notamment une réglementation spécifique de la sécurité sociale, destinée à évoluer progressivement sur une période assez longue avant l'alignement définitif sur le droit commun.

584. Par ailleurs, d'autres droits de la sécurité sociale sont restés longtemps inexistantes à Mayotte. Il en est ainsi du régime des retraites complémentaires, du régime de l'assurance chômage¹⁰⁹⁶ ou encore de la couverture de risque d'invalidité. L'essentiel de l'action de la

¹⁰⁹¹J. SAKOYAN, « Dossier n° 5, Les effets sanitaires d'une réforme administrative : la mise en place de la sécurité sociale à Mayotte », *Bulletin Amades* n° 67, 2006 (En ligne), mis en ligne le 04 février 2009, consulté le 5 mai 2015, URL : <http://amades.revues.org/342>. Dans l'esprit, la CSSM se substitue à Mayotte à la Couverture Maladie Universelle (CMU).

¹⁰⁹²O. S. BENARD, « La protection sociale à l'ère de la départementalisation », *RJOI*, numéro spécial 2009, p. 204.

¹⁰⁹³Cela concerne de nombreux étrangers, mais également des Mahorais confrontés à des problèmes d'état civil, en dépit des efforts considérables consentis et des moyens déployés, tant humains que financiers pour sa fiabilisation, durant la dernière décennie.

¹⁰⁹⁴Ordonnance n° 2011-1923 du 22 décembre 2011 relative à l'évolution de la sécurité sociale à Mayotte dans le cadre de la départementalisation, *JO* 23 déc. 2011 p. 22002.

¹⁰⁹⁵Ordonnance n° 96-1122 du 20 décembre 1996 relative à l'extension et à l'adaptation à la collectivité territoriale de Mayotte des dispositions législatives du titre Ier du livre VII du code de la santé publique, au statut du personnel et au financement de l'établissement public de santé territorial de Mayotte ainsi qu'à la réforme du statut de la Caisse de prévoyance sociale de Mayotte, *JO* 22 déc. 1996 p. 18981.

¹⁰⁹⁶Depuis 2006, a été institué à Mayotte, un régime local d'assurance chômage dont les taux de cotisation sont très faibles par rapport à la métropole.

caisse de la sécurité sociale restait donc à étendre. Pour tous ces droits, l'article 30 de la loi ordinaire du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte autorise le Gouvernement à prendre des ordonnances dans la perspective du rapprochement de la législation qui y est applicable au droit métropolitain dans un délai de 18 mois. Mais l'assimilation devrait se faire à petite dose, et s'étalera sur une période d'au moins 25 ans, à l'instar des minimas sociaux.

L'introduction du Code de la santé publique à Mayotte résulte de l'ordonnance du 20 décembre 1996¹⁰⁹⁷. Elle se limite toutefois au titre Ier du livre VII, dont les dispositions ont par ailleurs fait l'objet de quelques adaptations. A cette occasion a été réformé le statut de de la Caisse de prévoyance sociale de l'île dont les fonctions sont précisées à l'article 22 du texte précité, organisme qui prendra le nom de Caisse de la sécurité sociale de Mayotte avec l'ordonnance précitée du 12 juillet 2004.

Aujourd'hui, les conditions d'application de ce code dans le nouveau département sont précisées à la fin de chaque livre, comme pour les collectivités ultramarines régies par l'article 74 de la Constitution ainsi que la Nouvelle-Calédonie. La spécificité de ces dispositions, comme celles intéressant les autres matières du droit non civil de la famille, révèle une rupture discutable d'égalité devant la loi.

2) Une rupture discutable d'égalité devant la loi

585. La rupture de l'égalité devant la loi apparaît notamment en matière de protection sanitaire et de prestations sociales. La spécificité des législations en cause révèle une survivance inavouée de la spécialité législative dans une collectivité supposée être soumise à l'identité législative. Cette situation n'est pas en soi critiquable. En effet, il a été précédemment précisé que le principe d'égalité devant la loi n'est pas absolu. Il souffre d'exceptions faisant l'objet d'un contrôle rigoureux de la part du juge constitutionnel. Et lorsque les conditions propres à justifier une différence de traitement ne sont pas satisfaites, la discrimination devient intolérable. En ce sens, le sort réservé à la population mahoraise semble être une illustration parfaite. Il convient dès lors d'en rechercher d'abord le bien-fondé, pour pouvoir ensuite en apprécier la rationalité.

¹⁰⁹⁷ Ordonnance n° 96-1122 du 20 décembre 1996 relative à l'extension et à l'adaptation à la collectivité territoriale de Mayotte des dispositions législatives du titre Ier du livre VII du code de la santé publique, au statut du personnel et au financement de l'établissement public de santé territorial de Mayotte ainsi qu'à la réforme du statut de la Caisse de prévoyance sociale de Mayotte, *JO* 22 déc. 1996 p. 18981.

586. Relativement à la protection sanitaire et sociale, la tendance dominante se caractérise par une « politique progressive de rattrapage, d'égalité et d'assimilation législative », dont l'aboutissement est prévu pour l'horizon 2025¹⁰⁹⁸. Dès lors ont été instituées des règles spécifiques que « l'Etat justifie par des raisons économiques et politiques »¹⁰⁹⁹. Les raisons avancées sont ainsi assimilées à des « caractéristiques et contraintes particulières » de l'île, justifiant une adaptation du droit métropolitain, conformément aux prévisions de l'article 73 al. 1^{er} de la Constitution¹¹⁰⁰. En matière de prestations sociales, Mayotte semble suivre le destin des quatre premiers départements ultramarins, dont les populations ont traversé tant de vicissitudes avant de connaître l'alignement définitif de la législation sociale sur le modèle métropolitain.

Le premier argument repose donc sur le niveau de développement de Mayotte, qui présente une disparité abyssale avec la métropole, suscitant une crainte généralisée de l'inapplication des lois communes, réputées « déconnectées des réalités socio-économiques » mahoraises¹¹⁰¹. En d'autres termes, pour recevoir l'intégralité de la législation métropolitaine, le nouveau département doit faire ses preuves, ce qui implique notamment une amélioration considérable de son niveau économique. Dans cette perspective, il a été décidé en 2009, peu de temps avant la consultation de la population mahoraise pour l'évolution statutaire du 29 mars, la création d'un fonds de développement économique, social et culturel, qui aura pour mission de contribuer à doter d'île des équipements nécessaires à son développement¹¹⁰². Celui-ci a vu le jour avec la loi statutaire ordinaire du 7 décembre 2010.

Quant à l'argument politique, il porte précisément sur la problématique de l'immigration clandestine. En ce sens, le Pacte pour la départementalisation de Mayotte est sans équivoque. Il est ainsi soutenu que « la mise en œuvre de nouvelles prestations sociales »

¹⁰⁹⁸ N. ROINSARD, « Conditions de vie, pauvreté et protection sociale à Mayotte : une approche pluridimensionnelle des inégalités », *RFAS* 2014/4, p. 28-49.

¹⁰⁹⁹ A. ROUDOT, « Intégration territoriale et fractures sanitaires à Mayotte : états de santé du 101^e département français », *RFAS* 2014/4 (n°4), p. 82.

¹¹⁰⁰ O. S. BENARD, *op. cit.*, p. 203.

¹¹⁰¹ Pacte pour la départementalisation de Mayotte, p. 2, http://www.outre-mer.gouv.fr/IMG/pdf/Pacte_departementalisation_Mayotte.pdf (consultée le 1^{er} juillet 2015).

¹¹⁰² Déclaration du Gouvernement sur le changement de statut de Mayotte, présentée par Mme Alliot-Marie, alors ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, et enregistrée à la Présidence le 11 février 2009, n° 1443.

constituerait « un appel d'air qui aggraverait l'immigration irrégulière »¹¹⁰³. Et si l'on suit la logique gouvernementale, la résolution de ce fléau apparaît « comme la condition *sine qua non* du transfert définitif de l'ensemble des droits nationaux »¹¹⁰⁴. Il suffirait donc d'éradiquer l'immigration clandestine, tout en présentant des signes de progrès significatif en matière économique pour que Mayotte puisse prétendre à l'égalité sociale.

587. La différence de traitement ainsi instituée à Mayotte procède non pas d'une différence de situation, mais repose précisément sur de considérations d'intérêt général. En effet, son intégration dans la catégorie des collectivités régies par l'article 73 de la Constitution, la place dans la même situation que la métropole et les autres départements ultramarins du point de vue du régime législatif applicable, en l'occurrence l'identité législative. Il doit dès lors en résulter application de règles semblables. Par conséquent, se pose la question de savoir si le niveau de développement de Mayotte et la problématique liée à l'immigration constituent des critères suffisamment rationnels pour justifier une rupture d'égalité au nom de l'intérêt général. A l'évidence, aucun des arguments avancés ne semble acceptable.

En effet, la référence à l'importante disparité du niveau économique entre Mayotte et la métropole constituerait un critère pertinent, si la législation à mettre en place paraît contraignante au point d'étouffer la population mahoraise. Semblable raisonnement s'adapterait mieux à la législation fiscale et non à un dispositif comme celui portant sur les prestations sociales, dont l'objet est de venir en aide aux nécessiteux, dans le cadre d'une politique de solidarité nationale. Or les Mahorais sont justement soumis au droit commun en matière fiscale depuis le 1^{er} janvier 2014. Ils paient ainsi la taxe d'habitation, la taxe foncière, la taxe audiovisuelle, comme tout habitant de la métropole et des DROM¹¹⁰⁵. Aucune de ces contributions ne pesait sur ceux restés sur leur île avant l'évolution statutaire, au même titre d'ailleurs que les habitants des collectivités ultramarines se trouvant en dehors de l'article 73 de la Constitution. On constate également que le niveau de développement des quatre vieilles

¹¹⁰³ Pacte pour la départementalisation de Mayotte, p. 19.

¹¹⁰⁴ N. ROINSARD, *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁰⁵ La mise en œuvre de ces nouvelles règles risquent d'être fortement préjudiciable à certains foyers à faibles revenus. Ils seront incapables d'assumer les obligations les incombant, notamment en ce qui concerne la taxe audiovisuelle et la taxe d'habitation. Ce qui peut contribuer à terme, avec les non-paiements sur lesquels se grefferont les majorations par année de retard, à la mise éventuelle sous hypothèque de nombreuses maisons.

est loin d'être comparable à celui de la métropole, ce qui n'a pas empêché finalement l'alignement sur le droit commun dans de nombreuses matières.

588. Quant à l'argument inhérent à la problématique de l'immigration clandestine, sa pertinence paraît également douteuse. A l'encontre des immigrés en situation irrégulière à Mayotte, tout est fait pour les dissuader de venir s'y installer. Il ne s'agit pas de l'arsenal mis en place pour traquer les embarcations de fortune dites « Kwassa kwassa » par la police et la gendarmerie. Ce sont plutôt les mesures d'inapplicabilité frappant certaines dispositions qui leur sont normalement applicables en métropole. En ce sens, ils ne peuvent ni s'affilier à la caisse d'assurance maladie ni bénéficier de l'aide médicale d'Etat. Ainsi, depuis la disparition de la gratuité des soins dans l'île avec l'ordonnance du 12 juillet 2004, ils doivent s'affranchir des frais pour pouvoir bénéficier des soins médicaux, dont le montant varie selon le soin à prodiguer¹¹⁰⁶.

Certaines situations peuvent toutefois et exceptionnellement justifier une prise en charge des patients, notamment en cas d'urgence ou de maladie transmissible grave. Ces conditions s'effacent pour permettre une prise en charge des frais, et précisément ceux occasionnés par l'état de santé d'un mineur, ou encore ceux émanant de l'intervention justifiée par la préservation de la santé de l'enfant à naître depuis l'ordonnance du 31 mai 2012¹¹⁰⁷. Mais de manière générale, on constate qu'à l'égard des étrangers, « les dispositions politiques et législatives (...) sont controversées »¹¹⁰⁸. Ils se trouvent globalement dans une situation de « quasi-exclusion des dispositions d'aide sociale et médicale »¹¹⁰⁹.

Ce constat fait échec à toute invocation efficace de la problématique liée à l'immigration, puisque toutes les mesures sont prises pour priver de droits les éventuels candidats. On peut aussi faire le lien avec la Guyane, qui connaît elle aussi une forte immigration clandestine, sans que cela n'ait eu pour effet l'adoption d'un dispositif spécifique en matière de prestations sociales. Dès lors, l'argument devient inopérant, car sans réel fondement.

¹¹⁰⁶ Sur les tarifs détaillés, voir O. S. BENARD, *op. cit.*, p. 203.

¹¹⁰⁷ Ordonnance n° 2012-785 du 31 mai 2012 portant extension et adaptation du code de l'action sociale et des familles au Département de Mayotte, *JO* 1^{er} juin 2012, p. 9442.

¹¹⁰⁸ A. ROUDOT, *op. cit.*, p. 79.

¹¹⁰⁹ N. ROINSARD, « Chômage, pauvreté, inégalités : où sont les politiques sociales à Mayotte ? », *Informations sociales* 2014/6 (n°186), p. 84.

589. Dans l'esprit, on rencontre pratiquement les mêmes raisons qui ont longtemps justifié l'inégalité de traitement infligée aux quatre premiers DOM par rapport à la métropole. En effet, il s'agit du même constat tiré de « la spécificité des conditions économiques, sociales et démographiques propres à ces territoires d'outre-mer »¹¹¹⁰. Ceci étant, ce n'est pas pour autant que les raisons avancées sont convaincantes. S'il n'est pas contesté que ces spécificités « ont été longtemps mises en avant pour justifier un traitement de ces territoires différent de celui de la métropole », force est de reconnaître que le caractère discriminatoire des mesures en résultant a toujours fait l'objet de dénonciation, notamment de la part d'Aimé Césaire¹¹¹¹. Aussi, le contexte de l'époque est-il fortement différent du contexte mahorais et doublement d'ailleurs.

En effet, on remarque tout d'abord que la loi du 19 mars 1946 qui les a érigés en départements ultramarins prévoit dans son article 3 la nécessité d'une mention expresse d'une loi nouvelle pour son application sur ces territoires. Or, le cadre juridique actuel est tout à fait différent. Cette règle a disparu, pour laisser place à une application de plein droit du droit métropolitain, tout en laissant sous certaines conditions strictes, la possibilité d'aménagement (art. 73, al. 1^{re} de la Constitution), traduisant « une affirmation plus forte du principe d'identité »¹¹¹².

Autre différence notable, lors de la départementalisation des « quatre vieilles » en 1946, la politique familiale est en phase embryonnaire en métropole, si bien que l'application des règles en résultant n'y a pas non plus été de façon effective¹¹¹³. A l'époque, elle se caractérise surtout par sa propension fortement nataliste. Ce n'est plus le cas depuis les années 1970, avec le changement de perspective, et l'avènement d'une politique familiale revêtant davantage une vocation sociale, même si cela n'a pas abouti à la mise en place d'une parfaitement égalité de traitement entre les DROM et la métropole. Dès lors, on ne peut avoir recours aux mêmes procédés que jadis, qui ont d'ailleurs eu mauvaise presse, pour justifier l'institutionnalisation de mesures discriminatoires à l'encontre des Mahorais, nonobstant leur caractère temporaire.

¹¹¹⁰ R. TERRAL, « Soixante ans d'extension de la législation sociale dans les DOM : l'exemple de la Guadeloupe aux Antilles française (1946-2006) », *RFAS* 2014/4 (n°4), p. 18.

¹¹¹¹ D. LENOIR, « Edito-Un regard nouveau sur les DOM », *Informations sociales* 2014/6 (n°186), p. 3-3.

¹¹¹² S. DIEMERT, *op. cit.*

¹¹¹³ Voir notamment R. TERRAL, *op. cit.*

590. A défaut de les soumettre à la législation métropolitaine sur les prestations sociales, on peut leur appliquer les mêmes dispositifs auxquels sont soumis ceux des autres départements ultramarins. Cela se justifie d'autant plus que « le régime reste dans l'ensemble homogène pour la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et la Réunion »¹¹¹⁴. On relève en outre que « les prestations sociales et familiales jouent un rôle important pour la cohésion sociale et la survie des Domiens puisqu'elles sont les seules ressources déclarées pour un quart des allocataires des Caf d'outre-mer »¹¹¹⁵. Il convient maintenant d'analyser l'étendue de l'alignement.

Section 2 : L'étendue de l'alignement

591. Réputée outre-mer « axe majeur du droit », l'égalité devant la loi¹¹¹⁶, doit être réalisée à Mayotte à l'égard des autres départements ultramarins particulièrement, puisqu'il est avéré qu'ils « font régulièrement l'objet de projets législatifs d'ensemble »¹¹¹⁷. Et par rapport à la question qui nous occupe, elle doit surtout triompher dans le droit non civil de la famille. Le Gouvernement a établi une feuille de route, et prévoit d'achever l'assimilation législative vers l'horizon 2025. Certaines dispositions non-civilistes de la famille requièrent d'urgence l'alignement, au regard notamment de leur objet et des finalités qu'elles poursuivent. La situation de certaines personnes susceptibles de bénéficier des droits en résultant demeure pareillement préoccupante.

Nous songeons ici d'abord à la protection sociale de longue date indissociable de la famille, de par sa vocation « à garantir la sécurité économique d'existence de l'individu inscrit dans sa famille et dans la cité »¹¹¹⁸. Mais la question sera davantage centrée sur les aides financières (§1). Par ailleurs, une attention particulière sera accordée à la situation d'un être fragile, un adulte à en devenir, en l'occurrence l'enfant, qui représente surtout l'avenir (§2).

¹¹¹⁴ J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *op. cit.*, p. 65.

¹¹¹⁵ A. GAUTIER, « Le long chemin vers l'égalité des droits sociaux pour tous les français », *Informations sociales* 2014/6 (n°186), p. 75.

¹¹¹⁶ J.-P. PASTOREL, *op. cit.*, p. 74.

¹¹¹⁷ J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *op. cit.*, p. 81.

¹¹¹⁸ F. MAISONNASSE, *op. cit.*, p. 111.

§1/ Les aides financières

592. L'extension du droit métropolitain dans les quatre premiers territoires départementalisés n'est toujours pas effective et ne le sera sans doute jamais, compte tenu des caractéristiques et contraintes de ces collectivités, d'où émergeront toujours des différences normatives¹¹¹⁹. L'île de Mayotte, qui a fraîchement intégré cette catégorie, ne constitue pas une exception. Mais sans jamais prétendre à l'égalité parfaite avec la métropole, elle peut au moins viser un traitement analogue à celui réservé à « l'outre-mer de l'article 73 de la Constitution »¹¹²⁰. En effet, l'écart demeure considérable, la marche très haute, et « il reste encore aujourd'hui de nombreux efforts à consentir pour parvenir à un traitement égalitaire avec les autres départements français »¹¹²¹, pour en finir surtout avec ce « droit taillé à la mesure d'une pression migratoire fantasmée »¹¹²². En ce sens, une première étape pourrait être franchie, en accordant une plus grande attention notamment aux aides financières, vu les conditions de vie difficiles que connaissent les Mahorais¹¹²³.

¹¹¹⁹ Voir en ce sens, A. GAUTIER, *op. cit.*

¹¹²⁰ L'expression est empruntée à M. Faberon, dans « La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ? », *Pouvoirs* 2005/2, N° 113, p. 9.

¹¹²¹ N. ROINSARD, « Conditions de vie, pauvreté et protection sociale à Mayotte... », *op.cit.*, p. 34.

¹¹²² GISTI, *Singularités mahoraises du droit des personnes étrangères*, Les Cahiers juridique GISTI, janvier 2015, p. 5.

¹¹²³ Dans la même logique, on pourrait également parler de la défaillance caractérisant de manière générale le système de la santé à Mayotte, mais ce serait là, trop nous éloigner du sujet. A propos de la protection de la santé, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 garantit à tous de la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Retraçant l'histoire du système de la santé à Mayotte, Anna Roudot constate que son développement coïncide avec les différentes évolutions statutaires, se traduisant « par la mise en place d'un réseau sanitaire dans l'île, d'un contrôle de la santé, puis d'une politique sanitaire » (A. ROUDOT, *op. cit.*, p. 77). Après la cession de Mayotte à la France, le premier hôpital a été construit en 1848 à Dzaoudzi, puis celui de Mamoudzou en 1960, avant l'institution « du service de santé de base et de lutte contre les grandes endémies », courant des années 1970 (J. SAKOYAN, *op. cit.*). Avec l'évolution statutaire de 2001 transformant l'île en collectivité départementale, les moyens ont considérablement accru, aussi bien en matière sanitaire qu'éducative (N. ROINSARD, *op. cit.*, p. 34). Cependant, nonobstant les effets consentis jusqu'alors, le système de la santé mahorais est globalement présenté comme défaillant. Les carences ont été dénoncées dans une étude réalisée par l'Agence française de développement et publiée en 2010 (AFD, Document de travail n°90, *Migration, santé et soins médicaux à Mayotte*, janvier 2010).

593. A propos de la famille, on dit qu'elle est « la structure élémentaire de socialisation de l'individu », si bien que toute politique explicite ou implicite qui concerne la population a une dimension familiale »¹¹²⁴. A Mayotte, elle est longtemps demeurée le berceau des solidarités, lieu d'entraide, mais également d'ancrage de l'individu. De l'enfance au mariage, la famille est toujours présente pour apporter son soutien moral, affectif et financier à chacun de ses membres, pour affronter les périples de la vie. Mais comme partout, les mentalités changent. La société mahoraise a connu de profonds bouleversements qui ont atteint le droit applicable. Le statut personnel, symbole d'une population qui croit encore en ses valeurs, mais qui aspire à une plus grande intégration dans la République à travers la revendication constante du statut de département, n'est plus qu'un souvenir.

Aujourd'hui, l'ère est à l'individualisation de la personne jusque dans ses intérêts. Et si dans les autres départements ultramarins, les solidarités et l'entraide familiales ont laissé place à des pratiques marquées par un « recours beaucoup plus fréquent à des aides sociales que familiales »¹¹²⁵, le même constat peut être dressé à Mayotte. Et la comparaison ne s'arrête pas là. En effet, l'égalité devant la loi a longtemps été repoussée pour « des raisons démographiques et des considérations économiques »¹¹²⁶. Les Mahorais devront également se résoudre à l'abandon progressif des dispositions discriminatoires à leur égard, dont l'échéance est prévue pour l'horizon 2025, sinon au-delà.

L'aspect démographique jadis caractérisé par la très forte natalité dans ces collectivités laissant craindre une uniformisation législative couteuse dans les quatre premiers départements ultramarins, a laissé place à la problématique de l'immigration à Mayotte. Le Gouvernement est ainsi convaincu que l'extension immédiate des dispositifs portant sur les prestations sociales attiserait l'envie d'eldorado des voisins étrangers, capables de défier le canal de Mozambique, réputé « cimetière marin », en quête de conditions de vie meilleures¹¹²⁷. Toutefois, et relativement à la particularité de la matière, en l'occurrence la protection sociale, on peut légitimement se demander si elle ne commanderait pas un alignement urgent sur les droits.

¹¹²⁴ J. COMMAILLE, P. STROBEL, M. VILLAC, *La politique de la famille*, La Découverte, 2002, p. 8.

¹¹²⁵ A. GAUTIER, *op. cit.*, p. 75-76.

¹¹²⁶ R. TERRAL, *op. cit.*, p. 25

¹¹²⁷ Voir P. BURNOD, J.-M. SOURISSEAU, « Changement institutionnel et immigration clandestine à Mayotte. Quelles conséquences sur les relations de travail dans le secteur agricole ? », *Autrepart* 2007/3 (n°43), p. 165-176.

594. Les premières prestations étendues à Mayotte, c'est-à-dire celles mises en place par l'ordonnance du 7 février 2002¹¹²⁸, portent exclusivement sur les allocations familiales et les allocations de rentrée scolaire. Aujourd'hui encore, elles sont versées par un organisme dépendant de la Réunion. Dans sa version initiale, ce texte prévoit que le versement se fait dès l'arrivée du premier enfant dans la limite de trois enfants (art. 7). Cette approche purement nataliste a été approuvée par le Conseil d'Etat lorsqu'il a été amené à se prononcer sur la légalité de cette limitation dans un arrêt du 30 juin 2002¹¹²⁹. En 2003, les Mahorais ont pu percevoir l'allocation aux adultes handicapés, avant l'introduction en 2004 de l'allocation logement. Les montants sont toutefois fortement réduits par rapport à la métropole, et les conditions d'attribution sont également différentes.

La particularité du système mis en place à l'époque peut se comprendre quand on sait que les Mahorais n'avaient pas à supporter toutes les contributions fiscales. La situation a évolué depuis le 1^{er} janvier 2014. Désormais il faut chaque année payer la taxe foncière pour ceux qui sont propriétaires, la taxe d'habitation pour les locataires, sans nécessairement en avoir les moyens, ni la certitude, sur un territoire où « une fraction majoritaire de la population (...) demeure inscrite dans une économie de subsistance »¹¹³⁰. Et l'extrême pauvreté dans laquelle se trouve certains ne leur permettra guère de payer ces nouvelles taxes, dont les sommes seront majorées d'une année à l'autre, jusqu'à devenir insoutenables, provoquant la mise sous hypothèque de leurs maisons, qui seront ensuite proposées à la vente aux enchères publiques. D'ailleurs, la notion même de patrimoine ne signifie pas autre chose pour l'ensemble que de l'argent qu'ils ne possèdent pas, oubliant que cela s'entend également des biens.

595. La vie à Mayotte ressemble de plus en plus à un drame pour les classes moyennes. La pauvreté, les inégalités et le chômage sévissent outrageusement dans l'île, témoignant de « l'absence de politiques sociales appropriées », contraignant ainsi une importante partie de la population à l'émigration vers la métropole et la Réunion¹¹³¹. Cette dernière constitue

¹¹²⁸ Ordonnance n° 2002-149 du 7 février 2002 relative à l'extension et la généralisation des prestations familiales et à la protection sociale dans la collectivité départementale de Mayotte, *JO* 9 févr. 2002, p. 2649.

¹¹²⁹ CE, 30 juin 2003, n°246590, *Mme Inaya K.*

¹¹³⁰ N. ROINSARD, *op. cit.*, p. 30.

¹¹³¹ N. ROINSARD, « Chômage, pauvreté, inégalités... », *op. cit.*, p. 84.

d'ailleurs avec le sud de la France, les « premières régions d'implantation des Mahorais », et est surtout prisée par la population la plus jeune, notamment les femmes, qui sont souvent « moins diplômés » et « sans emploi »¹¹³². Ainsi, à l'exclusion des départs pour la poursuite des études ou la recherche d'emploi, la plupart des Mahorais quittent leur île à cause justement des conditions de vie, de plus en plus difficiles. En 2009, 40% de la population mahoraise était constituée d'étrangers, c'est-à-dire « près de 76 000 habitants sur les 187000 que compte Mayotte »¹¹³³, si bien que récemment un journal local s'est demandé si l'île ne serait pas finalement devenue comorienne¹¹³⁴. Cette situation inquiète et appelle des solutions urgentes.

L'introduction du RSA le 1^{er} janvier 2012 apparaît salubre tant pour les ménages que pour les travailleurs à faible revenu. Toutefois, le montant de base alloué ne représente actuellement que 50% de celui de la métropole, et les conditions d'attribution sont parfois drastiques, voire même décourageant pour les demandeurs. Les critiques portent essentiellement sur la procédure et l'exigence de pièces justificatives, une pratique assez nouvelle pour la société mahoraise, qui doit faire face parfois au comportement méprisant de certains agents administratifs, et le spectacle qualifié de « voyeurisme social » qu'ils proposent, provoquant ainsi déception, colère et dépit chez une immense partie des potentiels bénéficiaires¹¹³⁵.

596. Concernant les prestations familiales, des revalorisations ont été apportées par une circulaire interministérielle du 20 mars 2014¹¹³⁶. Mais la politique gouvernementale reste toujours discriminatoire à l'égard des Mahorais, oubliant de nombreux droits et diminuant le montant des prestations quand il les reconnaît¹¹³⁷. En matière d'allocation familiale, les montants alloués sont faibles par rapport aux habitants des départements ultramarins, aucune majoration pour âge n'est prévue. On remarque également qu'il n'y a pas de prime à la

¹¹³² D. BRETON et al., « Quitter Mayotte pour aller où ? », *Infirmités sociales* 2014/6 (n°186), p. 59-66.

¹¹³³ S. DAUPHIN, F. THIBAUT, « Mayotte : les spécificités du 101^e département français », *Politiques sociales et familiales* 2011, n°106, p. 95.

¹¹³⁴ Il s'agit du Journal Mayotte Hebdo. Voir <http://www.mayottehebdo.com/reader/mh.php?num=380>, consulté le 10 septembre 2015.

¹¹³⁵ N. ROINSARD, « Conditions de vie, pauvreté et protection sociale à Mayotte... », *op. cit.*, p. 42-43.

¹¹³⁶ Circulaire interministérielle DSS/SD2B n°2014-85 du 20 mars 2014, relative à la revalorisation des prestations familiales servies dans les départements d'outre-mer et à Mayotte au 1^{er} avril 2014.

¹¹³⁷ Sur l'ensemble des prestations intéressant la branche famille, seul un quart a été étendu à Mayotte.

naissance ni à l'adoption. Quant à l'allocation de rentrée scolaire, elle est versée dans les tous départements ultramarins selon des tranches d'âge, et en fonction du cycle scolaire à Mayotte, avec des montants légèrement revus à la baisse. Un dernier exemple est donné par l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé. Elle se fait sur la base d'un montant fixe à Mayotte, qui correspond au montant de base dans les autres départements d'outre-mer, qui connaissent toutefois différents compléments avec possibilité de majoration pour parent isolé dont le montant varie selon la classe de catégorie.

Les défaillances, lacunes et discriminations relevées en matière de protection sanitaire et sociale se manifestent avec acuité à l'égard de certaines catégories de personnes.

§2/ La protection de l'enfance

597. La situation de l'enfant à Mayotte reste de longue date une préoccupation. Dans un article publié en 2005, Mme Cadou a abordé toutes les problématiques susceptibles de le concerner, qu'il soit originaire de l'île ou de nationalité étrangère¹¹³⁸. Dans ses analyses, elle met en évidence notamment les carences en matière d'assistance éducative, dispositif de protection des mineurs en danger. On apprend ainsi que les moyens matériels et financiers destinés à sa mise en œuvre sont très limités. En outre, il n'existe pas de structure propre à accueillir les mineurs, et encore moins de service sociaux. Livrés à eux-mêmes, ils sombrent dans la délinquance. Aujourd'hui encore, on déplore une défaillance de l'aide sociale à l'enfance¹¹³⁹, preuve que la situation n'a pas évolué. Le nombre de mineurs isolés, mahorais et étrangers confondus est estimé à 3000¹¹⁴⁰.

Cette situation est alarmante, lorsqu'on sait que la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance¹¹⁴¹ entendait justement « renforcer la prévention, organiser le signalement des situations à risque et diversifier les actions et les modes de prise en charge des enfants »¹¹⁴². L'objet de la protection de l'enfance est clairement défini à l'article L. 112-3 du Code de l'action sociale et des familles. Il s'agit de prévenir les difficultés rencontrées par les parents dans leurs responsabilités éducatives, d'accompagner les familles en assurant

¹¹³⁸ E. CADOU, « Le statut de l'enfant dans l'océan indien : l'enfant mahorais », *op. cit.*

¹¹³⁹ A. MATH, *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁴⁰ M. DUFLO, M. GHAEM, « Mayotte, une zone de non-droit », *Plein droit*, 2014/1, n°100, p. 32.

¹¹⁴¹ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *JO* 6 mars 2007, p. 4215.

¹¹⁴² Communiqué du ministre délégué à la Sécurité sociale, aux Personnes âgées, aux Personnes handicapées et à la Famille sur le projet de loi réformant la protection de l'enfance, datant du 3 mai 2006.

au besoin la prise en charge partielle ou totale du mineur. Le dispositif sur la protection de l'enfance se destine également à la prévention des difficultés que peut rencontrer le mineur privé temporairement ou définitivement de la protection familiale, en assurant pareillement sa prise en charge. L'intérêt de l'enfant est ainsi placé au centre des toutes les attentions.

598. La protection de l'enfance repose essentiellement sur une intervention administrative et une intervention judiciaire, même si celle-ci reste subsidiaire en vertu de l'article 226-4 du Code de l'action sociale et des familles, la priorité étant donnée à l'intervention sociale. Plus précisément, le juge ne peut être sollicité qu'après l'échec de l'administration. Le volet de la protection sociale lui incombant est placé sous la responsabilité du Président du Conseil général, qui a ainsi la charge du service social de l'aide à l'enfance, lui permettant de venir en aide au mineur en danger¹¹⁴³. L'aspect judiciaire de la protection de l'enfance recouvre en réalité deux domaines : l'assistance éducative (375 et suivants du Code civil) et l'action pénale.

Dans le premier cas, le juge des enfants peut intervenir pour prendre des mesures lorsque la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur sont en danger, ou bien lorsque les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises¹¹⁴⁴. Le volet pénal, dont le cadre légal résulte de l'ordonnance du 2 février 1945, plusieurs fois modifié ces dernières années, porte sur la prise en charge judiciaire du mineur délinquant, qui se voit reconnaître un traitement spécifique pour les infractions dont il se rend coupable.

Brièvement, il s'agit de proposer des réponses se traduisant par des mesures et sanctions éducatives, ou encore des peines, qui se présentent la particularité de toujours tenir compte de l'âge du mineur. Par ailleurs, certaines dispositions poursuivent un but préventif sur la délinquance juvénile, pour empêcher ainsi le mineur de sombrer dans ce fléau.

¹¹⁴³ L'article 226-3 du Code de l'action sociale et des familles énonce qu'il doit être mis en place dans chaque département une cellule de recueil, de traitement et d'évaluation d'information sur la situation du mineur. Différentes mesures sont susceptibles d'être adoptées. Elles peuvent porter sur le suivi de l'enfant et de sa famille, se traduire en aides matérielles ou financières, ou consister en un placement dans une famille d'accueil ou dans un établissement.

¹¹⁴⁴ L'article 375-3 du Code Civil l'autorise ainsi le juge à maintenir le mineur dans sa famille d'origine, à le placer dans une structure extérieure, qui peut varier (service départemental de l'aide sociale à l'enfance, service ou établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge, service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé).

599. A Mayotte, nombreux sont les mineurs privés temporairement ou définitivement de toute protection familiale, consécutivement à l'expulsion de leurs parents¹¹⁴⁵. Ils deviennent ainsi des « orphelins transitoires ou définitifs » pour ceux dont les parents périssent en mer dans une tentative de retour, ce qui augmente constamment le nombre de mineurs isolés livrés à eux-mêmes, une « véritable bombe à retardement sur l'île »¹¹⁴⁶, pour ainsi dire. En ce sens, le rapport rendu par la Cour des comptes le 12 juin 2014 est édifiant¹¹⁴⁷. La situation des enfants étrangers sans parents est vigoureusement dénoncée. Ne pouvant bénéficier d'une couverture médicale ni prétendre à la prise en charge par des familles d'accueil, ils s'exposent à des risques sanitaires dans la rue. La Cour des comptes déplore l'absence de moyens associatifs ou publics, ainsi qu'une prise en charge médicale aléatoire imputable à l'inadaptation de la protection maternelle et infantile par le Conseil général.

Par ailleurs, les enfants de parents en situation irrégulière ne peuvent adhérer à la sécurité sociale. Cependant, une amélioration a été apportée par l'ordonnance du 31 mai 2012, laquelle a modifié l'article L. 6416-5 du Code de la santé publique. Désormais, l'Etat assure sans condition la prise en charge intégrale des frais concernant les mineurs et les enfants à naître, lorsqu'il apparaît que les ressources des personnes concernées n'excèdent pas un certain seuil. Bien qu'appréciable, ce système n'en reste pas moins sujet à critique. En effet, l'association humanitaire Médecins du Monde regrette l'absence de publicité ainsi qu'une distribution arbitraire « des bons roses » permettant justement la prise en charge gratuite des soins¹¹⁴⁸.

600. La situation critique qui vient d'être décrite ne saurait cependant dissimuler le fond du problème. En effet, comme le souligne l'étude faite par GISTI et publiée en janvier

¹¹⁴⁵ M. DUFLO, M. GHAEM, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁴⁶ Médecins du Monde, Exception Mayotte, juin 2014 (en ligne), consulté le 15 juillet 2015, URL : <http://www.medecinsdumonde.org/Presse/Dossiers-de-presse/L-exception-Mayotte>. Convient-il de rappeler que certains enfants chanceux font l'objet d'une prise en charge « hors de tout cadre légal par un adulte, souvent sans papier » (« Réclamation sur des mesures d'exclusion de l'accès à l'éducation des mineurs ou jeunes majeurs étrangers à Mayotte », *Journal du droit des jeunes* 2008/8 (n°278), p. 10).

¹¹⁴⁷ Rapport de la Cour des comptes, *La santé dans les outre-mer, une responsabilité de la République*, 12 juin 2014, p.130, accessible sur le site de l'autorité régulatrice : <https://www.ccomptes.fr>.

¹¹⁴⁸ Médecins du Monde, Exception Mayotte, juin 2014 (en ligne), consulté le 15 juillet 2015, URL : <http://www.medecinsdumonde.org/Presse/Dossiers-de-presse/L-exception-Mayotte>.

dernier, le dispositif relatif à la protection de l'enfance existe de longue date à Mayotte, bien que connaissant quelques adaptations. La difficulté, poursuit cette association, vient précisément « des pratiques illégales des administrations », constamment « mises en évidence et dénoncées en vain par les associations, les médias, la Défenseure des enfants, le Défenseur des droits, etc. »¹¹⁴⁹. Il semblerait pourtant que le Conseil général de Mayotte, qui a la charge du service de l'aide sociale à l'enfance, ne dispose de moyens financiers lui permettant d'assurer un dispositif d'aide sociale à l'enfance¹¹⁵⁰. Toutefois, avant de se plaindre de l'insuffisance des moyens, il convient déjà d'élaborer une réelle politique destinée à venir en aide aux mineurs en détresse. On ne peut pas dire que les élus mahorais manifeste un quelconque empressement à élaborer des mesures en ce sens, lorsqu'on sait que 2% seulement du budget du Conseil général sont destinés à l'aide sociale¹¹⁵¹.

Le peu d'intérêt accordé à la protection de l'enfance a des répercussions douloureuses sur la délinquance juvénile, qui demeure en constante recrudescence. Selon un rapport parlementaire datant du 18 juillet 2012¹¹⁵², celle-ci revêt plusieurs formes, et les solutions proposées pour endiguer sa montée ne sont pas appropriées. On apprend que 43% des auteurs d'infractions identifiés et interpellés sont des mineurs, qui sombrent dans la délinquance dès l'âge de 12 ans, phénomène qui reste cependant difficilement évaluable en l'absence de dispositif approprié. Quant aux ressources allouées pour la création de structures d'accueil des mineurs, elles s'avèrent tristement insuffisantes. Dès lors, la maison d'arrêt reste la seule alternative.

601. Conclusion du titre deuxième. Les difficultés pratiques posées par la mise en œuvre du nouveau dispositif applicable dans le statut personnel mahorais nécessitent une intervention législative, qui doit se traduire par l'unification des statuts civils. Cependant, le statut personnel étant garanti par l'article 75 de la Constitution, il ne peut être supprimé par une loi ordinaire. Cela implique une révision constitutionnelle, dont l'aboutissement constitue

¹¹⁴⁹ GISTI, *op. cit.*, p. 50.

¹¹⁵⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie législative), *JO* 10 mai 2014 p. 7859.

¹¹⁵¹ A. MATH, *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁵² J.-P. SUEUR, Ch. COINTANT, F. DESPLAN, « Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis » *Rapport d'information* n° 675 (2011-2012), Commission des lois du Sénat, 18 juillet 2012.

un préalable à l'uniformisation du Code civil à Mayotte. Au demeurant, pareille initiative s'avère insuffisante pour parvenir à cette fin. En effet, le Code civil connaît quelques adaptations, qu'il faudra ensuite supprimer.

En tout état de cause, l'unification des statuts civils doit permettre l'alignement sur le droit non civil à Mayotte, tant il est vrai que le Code civil n'est plus la seule norme de référence dans les rapports familiaux. Ce renouvellement des sources influe sur la définition de la logique assimilationniste dont la finalité s'analyse par la substitution du droit commun aux particularismes locaux. La définition doit nécessairement prendre en compte cette évolution, permettre au nom de l'égalité devant la loi le bénéfice des règles non civilistes de la famille.

Relativement à la départementalisation de Mayotte, le principe d'égalité devant la loi justifie la soumission des Mahorais à la législation commune. Or, celle-ci connaît actuellement des dérogations et des adaptations dans de nombreuses matières, notamment celles portant sur le droit non civil de la famille. Les motifs avancés par le Gouvernement, disparité du niveau développement et problématique liée à l'immigration clandestine, ne constituent pas des critères objectifs et rationnels justifiant une différence de traitement en matière de protection sanitaire et sociale, qui constituent des droits fondamentaux, si l'on s'en tient à l'article 11 du préambule de la Constitution de 1946. Mais à Mayotte, Mahorais et étrangers sont logés à la même enseigne, si bien qu'à l'égard de ces derniers, tout le dispositif qui leur est applicable apparaît discriminatoire. Appliqué à l'enfant même étranger en situation irrégulière, ce traitement discriminatoire est inadmissible.

602. Conclusion de la deuxième partie. Le statut personnel est fortement pénétré du droit commun, mais a été maintenu dans son principe, ce qui n'est pas sans incidence au regard de la connaissance du droit par les bénéficiaires et de sa réalisation judiciaire. En supprimant les sources du statut civil de droit local applicable à Mayotte, tout en donnant l'impression que certaines règles sont maintenues, le législateur ne respecte pas l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. L'absence d'harmonie dans l'ordonnance des règles applicables au statut personnel mahorais révèle un manquement à la technique législative, à laquelle on peut remédier par une évaluation législative. Mais celle-ci est irréalisable, compte de la difficulté à définir son objet. On ne sait plus si doit porter sur le respect des règles du statut civil entièrement abrogées, ou plutôt sur l'application du droit commun, dont le législateur ne dit pas clairement qu'elle est désormais la seule norme de référence.

En attendant l'intervention législative unifiant les statuts civils à Mayotte, la coordination du nouveau dispositif peut être réalisée par la pratique judiciaire toutes les fois où c'est possible, et par l'initiative individuelle dans les autres cas. En tout état de cause, le choix à faire postulera nécessairement la compétence exclusive du droit commun, puisque c'est à ce résultat qu'aboutit l'abrogation des sources du statut personnel mahorais par l'ordonnance du 3 juin 2010. Il s'agit là seulement de solutions temporaires qui ne peuvent être consolidées que par le législateur. Dans cette perspective, il lui faudra supprimer définitivement le statut civil de droit local applicable à Mayotte dont le maintien est injustifié, tant il est vrai qu'il a été vidé de toutes ses spécificités. Une telle solution apparaît fondamentale pour l'instauration de la sécurité juridique dans les rapports sociaux. Toutefois, sa concrétisation ne peut être opérée par une loi ordinaire, étant donné que le statut personnel est garanti par l'article 75 de la Constitution. Seule reste envisageable une révision constitutionnelle excluant l'hypothèse mahoraise.

Par ailleurs, la dualité des statuts civils apparaît comme un obstacle sérieux à l'uniformisation du Code civil dans le nouveau département. Mais sa suppression ne permettra pas d'atteindre ce résultat, du fait justement de l'aménagement des règles civilistes. Il faudra éradiquer ces adaptations, qui se justifient essentiellement par l'absence de généralisation de l'identité législative à Mayotte, pourtant soumise à ce régime législatif, en tant qu'elle fait partie des collectivités régies par l'article 73 de la Constitution. Il en résulte application spécifique de nombreux codes. Or, certaines règles du Code civil renvoient à leurs dispositions. Dès lors, outre la suppression de la dualité des statuts civils, le législateur devra également faire triompher l'identité législative dans les autres matières, c'est à cette seule condition que l'on pourra obtenir une application uniforme du Code civil à Mayotte. Il ne s'agit toutefois pas de la seule intervention envisageable.

En effet, le législateur doit impérativement mettre fin au traitement discriminatoire qu'il inflige aux Mahorais au nom de motifs dont la pertinence serait douteuse, notamment dans le domaine de la santé qui est vital à toute existence, notamment lorsqu'elle est accompagnée de conditions de vie meilleures. Tout en améliorant le système sanitaire mahorais, le législateur doit instaurer les minima sociaux, pour venir en aide à une population qui croule sous le poids de la pauvreté, tout en étant contrainte de payer la taxe foncière, la taxe d'habitation et la taxe audiovisuelle, sans en avoir réellement les moyens avec les conséquences dramatiques en cas de manquement. Il faudra également supprimer le dispositif discriminatoire établi à l'endroit des étrangers au mépris des droits fondamentaux les plus élémentaires, comme l'accès au soin, le droit à recours effectif, tout en mettant fin aux traitements inhumains et dégradants

dont ils sont l'objet dans le centre de rétention administrative. Cependant, toutes ces initiatives seront vaines sans une réelle implication des élus mahorais, qui doivent établir une politique digne à l'endroit de la jeunesse, sous peine d'être complices de la montée de la délinquance juvénile, dont les conséquences commencent à faire fuir les quelques amoureux de l'île venant d'ailleurs. Le mineur étranger doit cesser d'être traité en paria, et se voir reconnaître dans son innocence une prise en charge digne. On ne peut pas lui faire payer des agissements dont il n'a pas la responsabilité.

Conclusion générale

603. Dans la conception française, il ne fait pas de doute que l'assimilation juridique d'un statut civil ultramarin signifie la substitution des règles de droit commun aux institutions juridiques qui le composent. Mais se limiter à cette définition traditionnelle revient à nier la portée réelle et actuelle de ce processus, qui doit nécessairement intégrer le droit non civil de la famille, consécutivement à la perte de l'exclusivité du Code civil dans la réglementation de l'institution familiale. Tel est l'objectif assigné à cette étude.

Pareille perspective a nécessité que la lumière soit préalablement faite sur certains points fortement discutés par la doctrine, remarquables d'ailleurs par l'étroitesse des rapports qu'ils entretiennent entre eux. Au cœur des discussions, la question même de l'assimilation du statut personnel mahorais. Fortement débattue à l'époque coloniale entre le pouvoir central et l'administration locale, celle-ci a ressurgi durant la dernière décennie. Si la première tentative a échoué relativement à des considérations sociologiques inspirant la crainte du rejet du droit civil de la famille, force est de reconnaître que le contexte actuel n'a laissé aucune chance de maintien de cette singularité mahoraise. Il en est ainsi de la départementalisation de l'île dont l'avènement emporte soumission automatique au régime de l'assimilation législative. Le même constat peut être fait à propos du triomphe des droits fondamentaux, qui ne peuvent guère s'accommoder de règles structurellement discriminatoires, comme ont pu l'être sans exception d'ailleurs les coutumes et les prescriptions musulmanes à Mayotte. Pour toutes ces raisons, il appert que l'assimilation du statut personnel mahorais s'est révélée inéluctable.

Aboutissement logique, ce processus porte donc en lui les germes de toute sa légitimité. Dès lors, il serait malséant de la lui contester, ne serait-ce qu'au nom d'un prétendu droit à la différence. Le statut personnel mahorais tel qu'élaboré par l'administration coloniale et précisé par l'assemblée territoriale des Comores a fini par montrer ses limites pratiques. Un besoin pressant de réforme s'est fait ressentir. En effet, la société mahoraise a connu depuis le début des années 1990 de profonds bouleversements. Or, une société en mutation ne peut se satisfaire d'une législation inadaptée aux réalités sociales, au risque de la rendre impuissante à résoudre les difficultés nouvelles qui se posent. Aussi, les règles applicables se sont-elles révélées d'appréhension malaisée, souffrant ainsi d'accessibilité et d'intelligibilité, en plus d'être structurellement discriminatoires. Comment peut-on dans ces circonstances militer en faveur du respect d'un droit à la différence dont la substance même paraît douteuse ? Comment aussi peut-on en faire un bouclier contre l'efficacité des droits fondamentaux réputés consubstantiels à l'individu ? Comment peut-on enfin institutionnaliser le refus de

leur bénéfique à certains citoyens par le biais d'une clause générale et absolue, lors même que lesdits droits sont à la base d'une société démocratique ?

A l'évidence, si l'on doit craindre des difficultés de réceptions des règles civilistes de la famille à Mayotte, ce n'est nullement pour des considérations sociologiques. Les véritables difficultés sont ailleurs. Elles ressortent précisément de la politique législative.

Concernant les considérations sociologiques, convient-il de rappeler que le statut personnel mahorais longtemps présenté à tort comme étant d'essence islamique et tempéré par des règles coutumières, est apparu après analyse de nature coutumière, mais empruntant à l'Islam certaines de ses prescriptions, qui sont mises en œuvre sous une forme acculturée. Dès lors, sauf à instrumentaliser la religion musulmane par ailleurs fortement mise à mal par des pratiques locales animistes encore prégnantes, on ne peut valablement en faire un argument sérieux justifiant la crainte du rejet des institutions métropolitaines régissant les rapports familiaux, car prétendument en décalage avec les représentations de ceux qui ont vocation à les recevoir. La doctrine aurait été inspirée de s'intéresser aux difficultés inhérentes à la politique législative.

En effet, rusant avec la sensibilité des Mahorais, le législateur a épuré le statut civil particulier de ses spécificités, pour le maintenir de façon symbolique, faisant croire à ses bénéficiaires qu'ils peuvent encore s'en prévaloir. Il semble clair qu'en supprimant les textes fondateurs de ce système juridique, en l'occurrence le décret du 1^{er} juin 1939 et la délibération du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores, l'article 16 de l'ordonnance du 3 juin 2010 a nécessairement rendu vaine cette éventualité. Pourquoi dès lors l'article 3 du même texte préconise-t-il l'application supplétive du droit commun en cas de silence du droit local ou prévoit-il le recours à l'option législative ? Cette incongruité ayant été relevée par la doctrine, elle aurait dû d'ailleurs d'en tirer toutes les conséquences.

La réception des nouvelles règles pose bien des problèmes. Mais les causes doivent être recherchées davantage dans la politique législative. En maintenant un statut personnel aux allures d'une coquille vide, le législateur ne facilite guère la connaissance par les justiciables de la substance de leurs droits, et encore moins la sanction de leur inobservation par la pratique judiciaire. De la sorte, il instaure l'insécurité juridique de par l'imprévisibilité des solutions susceptible d'en résulter. Il lui faut donc agir et aller plus en avant dans sa démarche, et précisément en mettant fin purement et simplement à l'encombrante et inappropriée dualité des statuts civils, ce qui implique la suppression du statut personnel mahorais. Celui-ci étant garanti par l'article 75 de la Constitution, il ne peut être supprimé par

une loi ordinaire à l'instar du statut personnel polynésien. Il importe dès lors de réécrire l'article précité en excluant l'hypothèse mahoraise tout en prenant soin d'assurer le respect des situations constituées sous l'empire de l'ancien système.

Fortement souhaitée par cette étude, la suppression du statut personnel mahorais n'est pas la seule perspective d'avenir envisageable. On n'oublie pas que la pénétration de cette spécificité locale par le droit commun, a eu pour objectif principal et inavoué de préparer la future départementalisation de l'île. Dès lors, on ne comprendrait pas qu'après en avoir fait un statut civil particulier fantomatique, le législateur ne tire pas toutes les conséquences, en procédant notamment à l'alignement inéluctable du droit non civil de la famille. L'on songe ici particulièrement à la protection sociale, dont la teneur à Mayotte est révélatrice d'une attitude discriminatoire insoutenable à l'endroit des Mahorais par rapport aux autres habitants des DROM. Ni l'argument tiré du niveau de développement de l'île ni celui inhérent à l'immigration clandestine ne sont révélés convaincants pour justifier l'atteinte ainsi portée au principe d'égalité devant la loi.

Outre ces avancées, le législateur pourrait également uniformiser l'application du Code civil dans le nouveau département par rapport aux règles communes, et permettre ainsi la suppression de son Livre V tant discuté, et qui lui enlève tout son charme de l'aveu même de la doctrine. L'ensemble a été étendu à Mayotte avec quelques adaptations, dont la cause se trouve principalement dans l'absence de triomphe de l'identité législative dans les autres matières comme cela a été démontré. Or l'essentiel des règles du Code civil visé par une mesure d'adaptation renvoie justement à des prescriptions contenues dans d'autres codes eux-mêmes substantiellement adaptés à Mayotte. Voilà une question qui mériterait sans doute de plus amples développements.

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages généraux, Traités, Manuels

B. AUDIT, L. d'AVOUT, *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013, 1140 p.

Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 11^e éd., Litec, 2014, 386 p.

H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, T. 1, 8^e éd., 1993, 856 p.

J.-L. BERGEL

- *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, 400 p.
- *Théorie générale du droit* 5^e éd., Dalloz 2012, 412 p.

P. BOUREL, de VAREILLES-SOMMIERES, Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, 10^e éd, Précis Dalloz, 2013, 1000 p.

D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 1, 3^e éd., Thémis, 2014, 780 p.

R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, 9 éd., LGDJ 2015, 336 p.

L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, 1312 p.

L. CADIET, J. NORMAND, S. ARMANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF 2013, 997 p.

J. CARBONNIER

- *Droit civil*, T. 2, 21^e éd., PUF, 2002, 756 p.
- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, 490 p.

G. CORNU

- *Droit civil- La famille* 9^e éd., Montchrestien, 2006, 654 p.
- *Droit civil-Les personnes* 13^e éd., Montchrestien, 2007, 256 p.
- *Vocabulaire juridique* 10^e éd., Quadriga/ PUF, 2014, 1360 p.

F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome premier, LGDJ, Paris, 1919, 422 p.

L. FAVOREU, P. GAIA et al., *Droit constitutionnel*, 17^e éd., D. 2015, 1100 p.

P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruylant 2012, 998 p.

S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32^e éd., Dalloz, 2014, 1541 p.

S. GUINCHARD, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 8^e éd., Dalloz, 2015, 1512 p.

J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé* 6^e éd., Montchrestien, 2015, 1032 p.

V. HEUZE, P. MEYER, *Droit international privé*, 11^e éd., LGDJ, 2014, 788 p.

E. JEULAND, *Droit processuel*, 3^e éd., LGDJ, 2014, 648 p.

G.-A. KOUASSIGAN (dir.), *Encyclopédie juridique africaine*, Tome 5, Droit des biens, Les nouvelles éditions africaines, 1982, 493 p.

X. LABBEE, *Introduction générale au droit : pour une approche éthique* 4^e é., 2010, Presses universitaires du Septentrion, 223 p.

CH. LARROUMET, *Droit civil, Les biens et les droits réels principaux*, Tome II, 5^e éd. *Economica*, 2006, 634 p.

A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution* 2^e éd., Dalloz, 1001 p.

Y. LINANT DE BELLEFONDS

- *Traité de droit musulman comparé*, Tome I, Mouton & CO, 1965, 458 p.
- *Traité de droit musulman comparé*, Tome II, Mouton & CO, 1965, 483 p.
- *Traité de droit musulman comparé*, Tome III, Mouton & CO, 1973, 467 p.

A. LOTA, *La propriété foncière à Madagascar et dépendances*, Tananarive : Paoli et Fakra, 1953, 622 p.

Ph. MALAURIE,

- *Les personnes : La protection des mineurs et des majeurs*, 7^e éd., Defrénois 2014, 400 p.
- *Les successions, les libéralités*, 6^e éd. Defrénois 2014, 676 p.

Ph. MALAURIE, L. AYNES

- *Les biens*, 6^e éd., Defrénois, 2015, 432 p.
- *Les régimes matrimoniaux*, 5^e éd., Defrénois, 2015, 416 p.

Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille* 4^e éd., Defrénois, 2011, 756 p.

Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, 5^e éd., Defrénois, 2014, 420 p.

- Ph. MALINVAUD**, *Introduction à l'étude du droit* 15^e éd., LexisNexis, 2015, 519 p.
- B. MATHIEU, M. VERPEAUX**, *Contentieux constitutionnels droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, 808 p.
- B. MATHIEU**, *La loi*, Dalloz, 3^e édition, 2010, 144 p.
- M-L MATHIEU-IZORCHE**, *Le raisonnement juridique*, PUF 2001, 439 p.
- F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING** (dir.), *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, 1317 p.
- M.T MEULLDERS-KLEIN**, *La personne, la famille et le droit : trois décennies de mutation en occident*, Bruylant/ LGDJ, Bruxelles 1999, 589 p.
- B. OPPETIT**, *Philosophie du droit*, Dalloz 1999, 156 p.
- C.**
- CH. PERELMAN**, *Logique juridique-Nouvelle rhétorique*, 2^e édition, Dalloz, 1979, 193 p.
- J.-F. PERRIN**, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979, 177 p.
- G. RIPERT**, *Les forces créatrices du Droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955, 431 p.
- P. ROUBIER**
- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, 451 p.
 - *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2005, 360 p.
 - *Le droit transitoire-Conflits des lois dans le temps*, 2^e éd., Dalloz 2008, 590 p.
- N. ROULAND**, *Introduction historique au droit*, PUAF 1998, 720 p.
- H. SOLUS**, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Recueil Sirey, 1927, 590 p.
- B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER**, *Introduction au droit*, 5^e éd., Litec 2000, 649 p.
- Y. STRICKLER**, *Les biens*, PUF, 2006, 536 p.
- F. SUDRE**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, 10^e éd., 2015, 128 p.
- F. TERRE**, *Introduction général au droit*, 10^e éd., Dalloz, 2012, 666 p.
- F. TERRE, D. FENOUILLET**, *Droit civil – Les personnes, La famille, Les incapacités*, 7^e éd., Dalloz, 2005, 1382 p.
- F. TERRE, Ph. SIMLER**,

- *Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd, Dalloz, 2015, 788 p.
- *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz 2014, 868 p.

F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4^e éd. Dalloz 2013, 1184 p.

M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, 339 p.

P. VOIRIN, G. GOUBEAU

- *Droit civil*, T.1, 35^e éd, LGDJ, 2015, 798 p.
- *Droit civil*, T.2, 28^e éd. T.2, LGDJ, 2014, 400 p.

II- Ouvrages spéciaux, thèses, colloques publiés

H. ABDELHAMID, *Essais sur le langage juridique de l’Islam, Dar al-Nahda al Arabia*, Le Caire 2005, 272 p.

D. ABDOU, *Le droit comorien, entre tradition et modernité, Mayotte, Édition du Baobab* 2006, 282 p.

S. ABOU, *Cultures et droits de l’homme : leçons prononcées au Collège de France, mai 1990*, Paris, Hachette, 1992, 140 p.

A. ALI ABDALLAH, *Le statut juridique de Mayotte. Concilier droit interne et droit international : réconcilier la France et les Comores*, L’Harmattan 2014, 672 p.

C. ALLIBERT, *Regards sur Mayotte, INLCO* 2003, 306 p.

J.-F. AUBY, *Droit des collectivités périphériques françaises*, PUF 1992, 208 p.

Association France-Outre-mer, *Mayotte à la croisée des chemins : colloque organisé au Palais du Luxembourg le 22 février 2001*, Association France-Outre-Mer, 2001, 96 p.

N. BANCEL, P. BLANCHARD, F. VERGES, *La République coloniale – Essai sur une utopie*, Albin Michel Idée, Paris, 2003, 172 p.

P. BLANCHARD, N. BANCEL, S. LEMAIRE (dir.), *La fracture coloniale*, La découverte, 2006, 315 p.

C. BARTHES, *L’État et le monde rural à Mayotte*, Karthala 2003, 240 p.

D. DE BECHILLON, *Qu’est-ce qu’une règle de droit ?*, Odile Jacob 1997, 302 p.

B. BEIGNIER, *La codification*, Dalloz, 1996, 224 p.

H. BELLEAU, *Quand l’amour et l’État rendent aveugle*, Presses de l’Université du Québec, 2011, 158

F. BONNELLE (dir.), *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, La Documentation Française, 1999, 127 p.

C. BONTEMS (dir.), *Le juge : une figure d'autorité* », L'Harmattan, 1997, 685 p.

M. BORETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, 8^e éd. Montchrestien/Lextenso, 2012, 830 p.

H. BOUCHAREB-CASSAR, *Conséquences des ruptures conjugales entre Nord et Sud de la Méditerranée*, L'Harmattan, 2012, 512 p.

B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN Joly, Paris 1993, 398 p.

A. BOYER, *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'état unitaire : contribution à l'étude des articles 74, 75, 76 de la constitution du 4 octobre 1958*, Economica, 1998, 301 p.

Centre de Recherche en Droit Privé, *L'accès au droit*, Publications de l'Université François Rabelais, 2002, 148 p.

Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Les usages sociaux du droit*, PUF 1989, 335 p.

J. CARBONNIER (dir.), *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, 435 p.

A. CESAIRE, *Discours sur le colonialisme*, Présence africaine, 1955 et 2004, 41 p.

J.-L. CHABOT, P. DIDIER, J. FERRAND, *Le Code civil et les droits de l'homme*, L'Harmattan, Paris, 2005, 442 p.

M. CHARFI, *Islam et liberté. Le malentendu historique*, Albin Michel, 2002, 273 p.

J. COMMAILLE, P. STROBEL, M. VILLAC, *La politique de la famille*, La Découverte, 2002, 117 p.

Congrès international de sociologie coloniale, Tome I, A. ROUSSEAU Paris 1901, 481 p.

Congrès international de sociologie coloniale, Tome II, A. ROUSSEAU Paris 1901, 455 p.

M. C. DALAMA, *Le statut personnel mahorais selon l'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958*, 90 p.

P. DE DECKKER, L. KUNTZ, *La bataille de la coutume et ses enjeux pour le pacifique sud*, L'Harmattan, 1998, 238 p.

R. DELAVIGNETTE, *Les vrais chefs de l'empire*, Gallimard, 1939, 262 p.

D. DESCHAMPS, *La République aux Colonies : Le citoyen, l'indigène et le fonctionnaire*, Thèse Grenoble, 1998, 603 p.

- D. DEROUSSIN**, *Histoire du droit privé (XVI^e-XXI^e siècle)*, Ellipses, 2010, 460 p.
- X. DIJON**, *La raison du corps*, Bruylant 2012, 401 p.
- R. DRAGO**, *La confection de la loi*, PUF, 2005, 307 p.
- G. DUGAT** *Histoire des philosophes et des théologiens musulmans 632-1258*, Oriental Press /Amsterdam, Réimpression 1973 de l'édition Paris 1878, 385 p.
- O. DUHAMEL, G. TUSSEAU**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3^e éd., seuil, 2013, 955 p.
- B. DURAND (dir.)**, *La justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale* vol. I, UMR 5815 "Dynamiques du droit, Montpellier, 2001, 388 p.
- F. EBOUE**, *La nouvelle politique indigène pour l'Afrique équatoriale française*, Office français d'édition, Paris, 1945, 61 p.
- J.-Y. FABERON (dir.)**, *L'outre-mer français : La nouvelle donne institutionnelle*, La documentation française, 2004, 224 p.
- J.-Y. FABERON, J. ZILLER**, *Droit des collectivités d'outre-mer*, LGDJ, 2007, 564 p.
- J. FASQUEL**, *Mayotte, les Comores et la France*, L'Harmattan, Paris 1991, 159 p.
- FAYÇAL**, *Mayotte un silence assourdissant*, Publibook/Société des écrivains, 2008, 111 p.
- D. C. FELLER**, *La garde (Hadanah) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, 301 p.
- M. FRANGI**
- *L'apport du droit constitutionnel aux droits des personnes et aux droits économiques individuels*, Thèse Aix Droit, 1990, 342 p.
 - *Constitution et droit privé- Les droits individuels et les droits économiques*, Economica/PUAM, 1992, 317 p.
- T. FLOBERT**, *Les Comores-Évolution juridique et socio-politique*, Travaux et mémoires de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille n°24, 1976, 690 p.
- N. GALLUS**, *Le droit de la filiation : Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Larcier 2009, 588 p.
- L. GANNAGE**, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Etudes de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, 382 p.
- M. GILSENAN**, *Connaissance de l'islam, Karthala-IREMAM*, 2001, 244 p.

GISTI, *Singularités mahoraises du droit des personnes étrangères*, Les Cahiers juridique GISTI, janvier 2015, 60 p.

P.-F. GONIDEC, *Les droits africains. Evolution et sources*, 2^e éd., LGDJ, Paris 1976, 290 p.

O. GOHIN, P. MAURICE (dir.)

- *Mayotte, Saint-Denis*: université de la Réunion, 1992, 369 p.
- *Mayotte*, 2^e éd., LGDJ 1996, 431 p.

G. GUEMARD, *Essai sur les sources du droit musulman*, Typographie Adolphe Jourdan, 1918, 18 p.

D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000, 536 p.

P. GUY, *Cours de droit musulman*, Centre d'études de droit privé et d'histoire, Tananarive 1961, Réimpression 1981, 247 p.

M. HUNTER-HENIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, PUAM 2004, 601 p.

P. JAN (dir.), *La Constitution de la V^e République- Réflexion pour un cinquantenaire*, La Documentation française 2008, 238 p.

M. KAMARDINE, *Discours de la République pour Mayotte*, Orphie 2007, 463 p.

M. KAMARDINE, R. KAMARDINE, *La départementalisation de Mayotte expliquée à la jeunesse mahoraise : l'ultime étape*, Orphie, Réunion, 2009, 143 p.

PH. KAHN (dir.), *L'étranger et le droit de la famille –Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, La documentation française, 2001, 283 p.

J.-F. KERLEO, *La rénovation parlementaire à travers l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi*, Publication de l'Université Lyon 3, coll. des mémoires de l'Equipe de droit public, n°5, 2006, 122 p.

I. KHILLO, *Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit international inspiré de l'Islam –Le cas des pays arabes-*, PUAM, 2009, 466 p.

G.-A. KOUASSIGAN

- *L'homme et la terre*, O.R.S.T.O.M, 1966, 284 p.
- *Quelle est ma loi ? Tradition et modernité dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Pedone, 1974, 311 p.

R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 307 p.

L. ROLLAND, P. LAMPUE, *Précis de législation coloniale*, 2^e éd., Dalloz 1936, 533 p.

V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative. Etude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ 2002, 530 p.

A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel local*, PUAM/Economica, Paris, 1999, 426 p.

A. LECA, *La généalogie du désordre juridique*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2009, 350 p.

Les cahiers juridiques, *Régimes d'exception en outre-mer pour les personnes étrangères*, Gisti, Mom, La Cimade, juin 2012, 72 p.

C. LIAUZU (dir.), *Colonisation droit d'inventaire*, Armand Colin, Paris 2004, 352 p.

F. LUCHAIRE, *Droit d'outre-mer et coopération*, PUF, 1966, 508 p.

L. MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot Lausanne, 1985, 190 p.

A. W. MAHAMOUD, *Mayotte : le contentieux entre la France et les Comores*, L'Harmattan 1992, 304 p.

N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Les mutations de la norme- Le renouvellement des sources du droit*, Economica, Paris, 2011, 309 p.

J-P MARTRES, J. LARRIEU, *Coutumes et droit en Guyane*, Economica, 1993, 217 p.

B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *La République en droit français*, Economica, (coll. Droit public positif), 1996, 360 p.

T. MICHALON, *L'outre-mer français : évolution institutionnelle et affirmations identitaires*, L'Harmattan, 2009, 162 p.

L. MILLIOT, F.P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz 2001, 680 p.

L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz 2006, 690 p.

N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ 1997, 524 p.

CH.-A. MORAND (dir.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993, 242 p.

M. MORAND, *Études de droit musulman algérien*, Typographie Adolphe Jourdan, 1910, 509 p.

H. MOTULSKY

- *Principes d'une réalisation méthodiques du droit privé- Théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002, 183 p.
- *Ecrits ; études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2009, 392 p.

A. MUBERANZIZA, *L'égal accès du citoyen aux affaires publiques de son pays : essai de théorie générale et application au Rwanda*, Presse universitaire de Namur, 2005, 568 p.

P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz action, 2010-2011, 1767 p.

M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz 2005, 705 p.

C. NEIRINCK (dir.), *L'État civil dans tous ses états*, Droit et Société, vol. 47, 2008, 208 p.

C. NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Presses Universitaires de Namur, n°26, 2005, 190 p.

A. ORTOLLAND, *Les institutions judiciaires à Madagascar et dépendances de 1896 à 1945*, Tome 1, L'Harmattan, 1993, 642 p.

F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob 1999, 376 p.

G. OTIS (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Karthala, 2013, 234 p.

S. PACHA

- *Le droit musulman expliqué*, Paris, Marchal et Billard 1896, 161 p.
- *Étude sur la théorie du droit musulman*, Paris, Marchal et Billard 1902, 584 p.
- *Le tribunal musulman*, Paris, Marchal et Billard 1902, 180 p.

V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, Thèse, Paris, 2009, 3061 p.

R. PASSERON, *Cours de droit algérien professé à la faculté de Droit d'Alger*, Imprimerie officielle, Alger, 1947, 410 p.

C. PAYET, *L'actualisation du droit applicable en matière d'état civil et de propriété foncière à Mayotte en 2001*, Mémoire de DEA, La Réunion, 2002, 184 p.

PERE CHARLES SAAD, *Les mariages islamo-chrétiens*, L'Harmattan, 2005, 778 p.

J. PHARAON, *Études sur les législations anciennes et modernes-Droit musulman*, Videcoq, 1839, 479 p.

J. POIRIER (dir.), *Étude de droit africain et de droit malgache*, Cujas, 1965, 521 p.

J. POUMAREDE, S. PIERRE-CAPS, N. ROULAND (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, 1996 *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, 1996, 581 p.

J. POUSSON-PETIT (dir.), *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, L'Harmattan, 2009, 524 p.

P. PUJO, *Mayotte la française*, France-Empire, 1993, 223 p.

J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, 439 p.

D. REMY, *Légistique. L'art de faire la loi*, Paris, Romillat, 1994, 350 p.

J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 6^e édition, LGDJ, 2013, 512 p.

V. RICHARD, *Le Droit et l'effectivité, contribution à l'étude d'une notion*, Thèse de Doctorat, Paris 2, Panthéon Assas, 2003, 608 p.

L. ROLLAND, P. LAMPUE,

- *Précis de législation coloniale*, 2^e éd. Paris Librairie Dalloz 1936, 533 p.
- *Précis de droit des pays d'outre-mer*, 2^e éd. Paris Librairie Dalloz 1952, 596 p.

N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, PUAM, 2002, 310 p.

E. SAADA, *Les enfants de la colonie : les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté*, Paris, La Découverte, 2007, 334 p.

Y.-L. SAGE, *Droit foncier en Polynésie française. Bref examen critique et propositions de réformes*, Journal de Droit Comparé du Pacifique 2013, 254 p.

M. SAIDAL, *L'organisation de la justice à Mayotte depuis 1841*, Thèse Paris 2001, 543 p.

SAUTAYRA, E. CHERBONNEAU

- *Droit musulman - Du statut personnel et des successions*, Tome 1, Maisonneuve et C^{ie}, Librairies-Éditeurs, Paris, 1873, 410 p.
- *Droit musulman - Du statut personnel et des successions*, Tome 2, Maisonneuve et C^{ie}, Librairies-Éditeurs, Paris, 1874, 439 p.

J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, 252 p.

L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme : Les chemins de l'océan Indien*, Archives contemporaines, 2009, 266 p.

L. SERMET, J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République : Actes du colloque de Mamoudzou*, Montchrestien, 2004, 715 p.

SHAFTI, *La Risâla, les fondements du droit musulman (traduit de l'arabe par, présenté et annoté par Lakhdar Souami)*, Sindbad, 1997, 516 p.

M. SOULLEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, Dalloz 2005, 421 p.

M. TATAW ZOUEU, *L'unification du droit de la famille au Cameroun*, L'Harmattan, 2010, 290 p.

F. TERRE, *L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, 1999, 868 p.

Y. URBAN, *L'indigène dans le droit colonial français 1865-1955*, LGDJ 2010, 665 p.

L. VELEZ-SERRANO, P. MEYER-BISCH (dir.), *Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures : les actes du 1er Colloque inter universitaire*, Fribourg 1982, Ed. universitaires, Fribourg, 1984, 221 p.

J. VERNIER DE BYANS, *Condition juridique et politique des indigènes dans les possessions coloniales*, Thèse Toulouse 1905, 285 p.

I. WALLERSTEIN, *L'universalisme européen- De la colonisation au droit d'ingérence*, Demopolis, 2008, 137 p.

C. YOUNES, E. LE ROY, *Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société ? Pour quelle société ?*, Karthala, 2002, 310 p.

III- Articles, Chroniques et Notes

« Réclamation sur des mesures d'exclusion de l'accès à l'éducation des mineurs ou jeunes majeurs étrangers à Mayotte », *Journal du droit des jeunes* 2008/8 (n°278), p. 9-16

M.-J. AGLAE, « Le Conseil constitutionnel et l'article 73 de la Constitution », *RFDC* 2013/3, p. 563-588

G. AGNIEL, « Le juge civil ou la coutume ou la difficile appréhension de l'altérité juridique mélanésienne », in C. BONTEMS (dir.), *Le juge : une figure d'autorité*, L'Harmattan, 1997

G. AGNIEL, « Statut coutumier kanak et juridiction de droit commun en Nouvelle-Calédonie », *Revue ASPECTS* 2009/3, pp. 81-96

K. K. AFANDE, « Les enjeux relatifs au pluralisme juridique dans les processus d'élaboration du droit international des droits de l'homme », *Chroniques de la gouvernance*, 2012, p. 277-289

A. ALI, « De quelques aspects du droit patrimonial de la famille aux Comores » in J.-P. AGRESTI, E. PUTMAN, C. SIFFREIN-BLANC (dir.), *Le droit patrimonial : Miroir des mutations familiales*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M. - Inter-normes, 2012, p. 109

A. ALI ABDALLAH, « Le statut personnel mahorais à l'aube de la départementalisation de Mayotte », in F. ANGLEVIEL (dir.) *Les outre-mers français V. n°1* 2012, L'Harmattan, pp. 179-208

D. ALI, « Le droit musulman aux Comores », *TAREHI* n°3, 2001, pp. 25-27

C. ALLIBERT, « Peuplement et population de Mayotte à travers les âges », *APOI XII* 1990-1991, pp. 49-60

M. ALLIOT, « Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les Etats africains francophones et Madagascar », in J. POIRIER (dir.), *Etude de droit africain et de droit malgache*, Cujas, 1965, p. 235-256.

G. ANDREO, « Bigamie et double ménage », *RTD civ.* 1991. 263

H. ANDRES, « Droit de vote : de l'exclusion des indigènes colonisés à celle des immigrants », *REVUE Asylon(s)*, N°4, mai 2008, Institutionnalisation de la xénophobie en France, <http://www.reseau-terra.eu/article733.html>

E. ANDREZ, A. SPIRE, « Droits des étrangers et statut personnel », *Plein droit*, 2001/4 n° 51, p. 3-7

L. ASSIER-ANDRIEU, « Penser le temps culturel du droit » Le destin anthropologique du concept de coutume, *L'Homme*, 2001/4 n° 160, p. 67-90.

J.-F. AUBY, *Droit des collectivités périphériques françaises*, PUF 1993

B. AUDIT, « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Ecrit rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, *Economica*, p. 49-70

M. AUGE, « Droits de l'homme et relativisme culturel », *Revue internationale de psychologie et de gestion des comportements organisationnels*, 2004/23 Vol. X, p. 95-97.

X. AUREY, A.-S. DENOLLE, M. ROTA, V. SOUTY, « *Chroniques de jurisprudence constitutionnelle français janvier 2007-mars 2008* », *CRDF*, n°6, 2007, p. 175-180

Ch. ATIAS, « La civilisation du droit constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel* 1991

V. AVENA-ROBARET, « « Matrimonialisation » du pacs », *AJ fam.* 2001, p. 3

T. AZZI, « Les mutations de la norme e droit international privé » in N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Les mutations de la norme- Le renouvellement des sources du droit*, *Economica*, Paris, 2011, p. 141-163

L. BAGHESTANI, « A propos des lois organique et ordinaire du 7 décembre 2010 relatives au département de Mayotte », *LPA* n°8, 2011, p. 3-4

T. BAMBRIDGE, Ph. NEUFFER, « Pluralisme culturel et juridique en Polynésie française : la question foncière », *Hermès, La Revue* 2002/1 (n° 32-33), p. 307-315.

L-A BARRIERE, T. GARÉ, *Note sous Civ I^{ère} 25 février 1997*, *JCP G* 1997, n°22968, p. 557

I. BARRIERE-BROUSSE

- « La filiation à l'épreuve des migrations internationales », in J.-P. AGRESTI, E. PUTMAN, C. SIFFREIN-BLANC (dir.), *Les rapports parents-enfants en quête de repères*, PUAM 2011, p. 83-95.

- note sous Civ. 1^{re}, 22 novembre 2005, n° 03-12.224 et Civ. 1^{er}, 31 janvier 2006, n°02-18.297, *JDI*, juil. 2006, 16.

J. BART, « Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille » in *Annales historiques de la Révolution française*, n°300, 1995, pp. 187-196

C. BARTHES, « Effets de la régularisation foncière à Mayotte. Pluralisme, incertitudes, jeux d'acteurs et métissages », *Économie rurale*, 2009/5, pp. 99-114

J. BAUBEROT, « La laïcité française : républicaine, indivisible, démocratique et sociale », *Cités*, 2012/4 n°52, p. 11-20.

S. BELAID, « Religions révélées et concept de droit : éléments d'une étude historique comparée », in *Mélanges Charfi*, Centre de publication universitaire, 2001, p. 91-109

I. BELLIER, « Identité globalisée, territoires contestés : les enjeux des peuples autochtones dans la constellation onusienne », *Autrepart*, 2006/2 n°38, p. 99-118

N. BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité », *AJDA* 1998, p. 152

O. S. BENARD, « La protection sociale à l'ère de la départementalisation », *RJOI*, numéro spécial 2009, p. 203-208

M. BEN JEMIA, « Liberté de religion et statut personnel », *D&Q* n°9/2009, p. 92-106

J-L. BERGEL, « La sécurité juridique », *La revue du notariat* 110, 2008, p. 271

H. BERINGER, « Mayotte, une collectivité territoriale de l'outre-mer français à statut particulier », *RJPIC*, n°3 1995

N. BERNARD, « Pour une évaluation législative qui réhabilite cet effet qu'on dit pervers. L'exemple du logement », *Ethique et économique*, 1, 2003, p. 1-20

N. BERNARD-MAUGIRON, « Le processus de réforme du droit de la famille et ses limites », *Confluences Méditerranée*, 2010/4 N°75, p. 77-89

J.-R. BINET, « Le croissant et la balance. De quelques spécificités du droit applicable à Mayotte au crépuscule de la justice cadiale », *RIDC* 2002, pp. 787-809.

X. BLANC-JOUVAN, « Du pluralisme à la mixité dans les nouveaux droits africains » in *Mélanges Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013

E. BLANCHARD, « Fracture (post) coloniales à Mayotte, *Vacarme* n°38 hiver 2007

S. BLANCHY

- « Les Mahorais et leur terre. Autochtonies, identité et politique », *Droit et cultures*, n°37-1999/1, p. 165-181

- « Mayotte : « française à tout prix » », *PUF, Ethnologie française* 2002/2, pp. 677-687
- S. BLANCHY, Y. MOATTY**, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et Société* 80/2012, pp. 117-139
- L. BLERIoT**, « Les départements et régions d'outre-mer : un statut à la carte », *Le Seuil/Pouvoirs* n° 113, 2005-2, p. 59-72
- H. BLEUCHOT**, « Le mariage en droit musulman », *Annuaire Droit et Religions-Vol. 2*, 2006-2007, p. 187-198
- L. BLEVIS**, « Les avatars de la citoyenneté en Algérie coloniale ou les paradoxes d'une catégorisation », *Droit et Société*, n° 48-2001, p. 557-580
- T. BOISIÈRE**, « L'islam : les défis de l'adaptation », *Cahiers français*, n° 340, septembre-octobre 2007, pp. 84-89
- G. BOLLENOT**, « Vers une nouvelle laïcité ? » in *Religions, Églises et Droit*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 1990, pp. 9-31
- B. BORILLO**, « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », *Revue de droit McGill*, 2001, p. 875-922
- H. BOSSE-PLATIERE**, « L'avenir du droit civil de la famille : quelques conjectures. A l'horizon de l'Europe », *Informations sociales* 2005/8, p. 38-51
- S. BOSTANJI**, « Turbulences dans l'application judiciaire de Code tunisien du statut personnel : le conflit de référentiels dans l'œuvre prétorienne », *Revue internationale de droit comparé*, 2009-1, pp. 7-47
- G. H. BOUSQUET**, « Le droit coutumier des Berbères », in *Avenir du droit coutumier en Afrique*, Leiden 1955, p. 142-154.
- J. BOUVERESSE**, « Citoyen français et sujet musulman : mutation apparente des formes anciennes de dénomination ou évolution progressive vers la pleine liberté ? », *Revue juridique et politique*, 2007/2, p. 135-148
- A. BOYER**,
- « L'article 75 de la constitution de 1958 : Une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ? », *RRJ* 1994-2, p. 387-399
 - « A propos du maintien en vigueur dans l'ordre juridique français des statuts personnels après l'indépendance d'un territoire », *RRJ* 1997-1, p. 347-352
 - « Les autochtones françaises : populations, peuples ? », *Droit et cultures*, 1999/1, pp. 115-134

M. BRADEL, « Le droit de la sécurité sociale, droit conservateur ? L'exemple des droits des couples », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires Bordeaux 20043, p. 361-382

E. BROSSET, « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC* 2004/4, p. 695-739

P. BROSSIER, « L'état civil à Mayotte », *APOI* XII 1990-1991, p. 327-353

Y. BRULEY, « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica. La Revue*, 2012/2 n°14, p. 111-126.

C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille : 2^e partie », *Dr. fam.* n°6, 2003, chron. 17

Ch. BRUSHI, « La nationalité dans le droit colonial », *Procès, Cahiers d'analyse politique et juridique*, 1987-1988, numéro spécial « Le droit colonial », pp. 29-83

L. BRUNET, « La réception en droit français des institutions familiales de droit musulman : vertus et faiblesses d'un compromis », *Droit et culture* n°59 2010, p. 231-251

N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », *Dialectica* vol. 18, n°1/4, pp. 237-258

F. BOURGEOIS et al., « Famille et contrôle social », *Revue Tiers Monde* 2013/2, p. 109-117

A. BOZZO, « Islam et République : une longue histoire de méfiance » in P. BLANCHARD, N. BANCEL, S. LEMAIRE (dir.), *La fracture coloniale*, La découverte, 2006

D. BRETON et al., « Quitter Mayotte pour aller où ? », *Infirmités sociales* 2014/6 (n°186), p. 59-66

P. BURNOD, J.-M. SOURISSEAU, « Changement institutionnel et immigration clandestine à Mayotte. Quelles conséquences sur les relations de travail dans le secteur agricole ? », *Autrepart* 2007/3 (n°43), p. 165-176.

L. BURGORGUE-LARSEN, « La jurisprudence des cours constitutionnelles européennes en droit des personnes et de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°39/2013, p. 229-250

A. BURGUIERE, « La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil) », *Droit et société*, n°14, 1990, p. 25-38

E. CADOU,

- *note sous Civ I^{ère}, 20 mars 2001*, RJOI n°3, 2002-2003
- « Le statut de l'enfant dans l'océan indien : l'enfant mahorais », *RIDC* 2005/2, p. 291-343

R. CABRILLAC, J-B. SEUBE, « Pitié pour le code civil ! (à propos de l'ordonnance n°2002-1476 du 19 décembre 2002) », *D.* 2003, p. 1058-1059

R. CABRILLAC

- « La spécificité du droit civil applicable à Mayotte et ses conséquences sur le code civil », *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, vol. 18, 2003-2005, p. 93-99
- « *La codification : histoire, définitions, attentes* », *RJOI* n° 4 2003-2004

L. CADIET, « Les conflits de légalité procédurale dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz 2007

P.-O. CAILLE, « L'outre-mer dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 », *AJDA* 2008

G. CANIVET, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RIDC*, 2003, p. 7 à 22.

R. CARAYOL, « Mayotte : une société disloquée », *Plein droit*, 2007/3 n°74, pp. 7-12

A. CARBONEILL, *Capacité juridique de la femme et le lien matrimonial dans le droit musulman malékite*, *RJOI* n°3 2002-2003

J.-Y. CARLIER, « Autonomie de la volonté et statut personnel », *Cahiers des Droits Maghrébins*, vol. 1, 1995, p. 5-17

P. CASSIA, « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, p. 1190.

P. CATALA, « La codification à Mayotte », *RJOI* n°4, 2004, p.85

M.-X. CATTO, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », in séminaire *Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant*, *La Revue des Droits de l'Homme* n°3, juin 2013.

<http://revdh.files.wordpress.com/2013/06/7seminairecatto1.pdf>.

F. CAVARROC, « Le rejet des répudiations musulmanes », *Dalloz* 2004

M-L CICILE-DELFOSSÉ, « Mesures de la réforme du droit de filiation », *Droit de la famille* n°1, 2006

CERSOI, CRJ, « Le statut personnel mahorais : un avenir menacé ? », *Annuaire des Pays de l'Océan Indien*, t.28, 2006

J. CHABAS, « La conciliation devant les tribunaux de droit local de l'Afrique occidentale française », *Revue juridique et politique de l'Union française*, Tome VII, 1953, pp. 333-349

A. CHACOUROU, « Le régime administratif et financier de Mayotte », *APOI* XII 1990-1991

V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *Dalloz* 1995, p. 323-329

M. CHARFI, « L'influence de la religion dans le droit international des pays musulmans », *RCADI*, 1987, p. 321-354

M.-N CHARLES

- « Le rôle de la possession d'état dans la filiation de l'enfant « fa'a'amu » en Polynésie française », *Droit et société*, n°30-31, 1995, p. 445-462
- « Le placement en vue de l'adoption des enfants de Polynésie française est-il conforme au droit français ? », *JCP G* 1997, n° 52, I 4073

J.-P. CHARNEY, « Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 15 n°4, Octobre-décembre 1963, p. 705-721

L. CHEDLY, « Les relations pécuniaires entre époux. Cinquante ans après l'entrée en vigueur du Code du statut personnel tunisien », *RIDC* 2007/3, p. 551-593

F. CHENEDE, P. DEUMIER, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°39-2013, p.7-18.

J.-Y. CHEROT, « Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel. Réponse à Christian Atias », *Revue française de droit constitutionnel* 1991

J. CHEVALIER, « L'évaluation législative : un enjeu politique », in *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Documentation française 1995, pp. 13-27

L. CIMAR, « Le lien familial en droit médical », », in I. MARIA, M. FARGE (dir.) *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais 2014, p. 79 et s

M. CLAUDE-VALENTIN, « Introduction », *Informations sociales* 2014/6, p. 4-9

A. COLOMER, « Le nouveau régime matrimonial légal en France (Loi n°65-570 du 13 juillet 1965), *RIDC* Vol. 18 n°1 1966, p. 61-78

J. COMMAILLE, « L'économie socio-politique des liens familiaux », *Dialogues* 2006/4, p. 95-105

C. COQUERY-VIDROVITCH, « Nationalité et citoyenneté en Afrique occidentale française : Originaires et citoyens dans le Sénégal colonial », *Journal of African History*, tome 42, n° 2, 2001, p. 285-305

E. CORNUT

- « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et cultures* n°60/2010, p. 151-175
- « 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*, Janv. 2014, doct. 3, p. 51-88.

P. COURBE, « Le rejet de la répudiation musulmane », *D.* 2004, p. 815

A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2814

F. CROUZATIER-DURAND, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative » (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République), *Revue française de droit constitutionnel*, 2003/4 n° 56, p. 675-695.

D. CUSTOS, « Vers une autonomisation de l'évolution institutionnelle des DOM ? », *RPP*, 2001

S. DAUPHIN, F. THIBAUT, « Mayotte : les spécificités du 101^e département français », *Politiques sociales et familiales* 2011, n°106, p. 94-97

A. DE RAULIN, « La réception du Code napoléonien sur le droit d'outre-mer », in *Le Code civil et les droits de l'homme*, pp. 388-401

J.-D. DELLEY

- « Quelle contribution le législateur peut-il attendre de l'évaluation législative ? », *LeGes* 1990/2, p. 15-22.
- « L'évaluation législative entre rigueur scientifique et utilité pratique. L'expérience de la commission externe d'évaluation des politiques publiques du Canton de Genève » in AUER, A., DELLEY, J.-D. et alii, (eds), *Aux confins du droit. Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert MORAND*, Bâle Helbing & Lichtenhahn 2001, p. 51-64

J. DEPREZ, « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre système d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Tome 211, IV, 1988

D. DESCHAMPS, « Une citoyenneté différée. Cens civique et assimilation des indigènes dans les Établissements français de l'Inde », *Revue française de science politique*, vol. 47, n° 1, 1997, pp. 49-69

P. DEUMIER, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Sources du droit en droit interne », *RTDC*, 2006

S. DIEMERT

- « Le cadre institutionnel de la « départementalisation » de Mayotte », *RJOI* n° spécial Mayotte 2009
- « Le droit de l'outre-mer », *Pouvoirs*, 2005/2, p. 101-112.

V. DIMIER, « De la France coloniale à l'outre-mer », *Pouvoirs* 2005/2, p. 37-57

A. DJABIR, « Le droit comorien dans la tradition du *milanantsi* » *TAREHI* n°3, 2001, pp. 35-52

J.-C. DOUENCE, B. FAURE, « Y a-t-il deux constitutions ? » *RFDA* 2000

A.-M. DROUIN-HANS, « Identité », *Le Télémaque*, 2006/1 n° 29, p. 17-26

G. DROZ, *Note sous Civ I^{ère} 25 février 1997*, RCDIP, 87, 1998

G. DU PUY-MONTBRUN, R. LEONETTI, « Droit accessible et droit acceptable », *Jurisdoctoria* n°1, 2008, p. 77-89

M. DUFLO, M. GHAEM, « Mayotte, une zone de non-droit », *Plein droit*, 2014/1, n°100, p. 31-34

O. DUGRIP, F. SUDRE, « Droit à un procès équitable et exécution des décisions de justice », *JCP G* n°47, 19 novembre 1997, II 22949.

T. DUMORTIER, « La loi IVG : l'effectivité de quel droit ? », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2008, p.119-134

J.-P. DURAND, « En outre mer à Mayotte. Intégration du statut personnel de culture musulmane à l'ordre publicain et laïc », *L'Année Canonique*, 2003

C. DUVERT, « L'humain musulman et les droits de l'homme », *Le Débat*, 2010/2 n°159, p. 57-69.

F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Pacs et famille, Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD. civ.* 2001, p. 529 et s.

F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au Pacs (et au-delà...), *Pouvoirs* n°107, 2003, p. 37-53

J. DEPREZ, « La réception du statut personnel musulman en France », *Cahiers des droits maghrébins*, vol.n°1, 1995, p. 19.

CH. EBERHARD

- « Les droits de l'homme face à la complexité : une approche anthropologique et dynamique », *Droit et Société* 51/52-2002, p. 455-486.

- « Les droits de l’homme à l’épreuve de la contemporanéité », *Droits*, 41/2005, pp. 219-234.
- « Au-delà de l’universalisme et du relativisme. L’horizon d’un pluralisme responsable », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 33, n°3, 2009, p. 79-100.

N. EL HAGE, « Le pluralisme juridique au Liban », *Revue Juridique et Politique*, 2009, n°4, p. 804-824.

J.-Y FABERON

- « Présentation », *Droit et cultures*, n°37-1999/1
- « La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ? », *Pouvoirs* 2005/2, N° 113, p. 5-19.
- *Note sous Conseil constitutionnel du 20 mai 2000*, *AJDA* 2000

I. FADLALLAH, « Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ? », *RCDIP*, 1981, p. 17-29

B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnels : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC*, 21, 1995, p. 47-77

D. FENOUILLET, « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LPA* 21 sept. 2005, n°188, p. 3

L.-V. FERNANDEZ-MAUBLANC, « Accessibilité et intelligibilité de la loi ou la réhabilitation de la loi par le Conseil constitutionnel » *in* *La Constitution et les valeurs* Mélanges en l’honneur de Dmitri Georges LAVROFF, Dalloz, 2005, p. 161

J.-F. FLAUSS, « L’exequatur des jugements étrangers et l’ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg », *LPA* 18 avril 2002, n°78, p. 11

A. FLÜCKIGER, « L’évaluation ou comment mesurer l’efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, XLV-138 2007, p. 82-101

E. FONGARO, « L’adaptation du droit patrimonial de la famille au mariage polygamique », *RLDC* 2007/35, n°2409.

P. FORIERS, « Les antinomies en droit », *Dialectica* vol. 18, n°1/4, pp. 20-38

C. FORTIER, « Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique », *Droit et Cultures* 2010/1, pp. 15-40

M. FRADERA JOSEP, « L’esclavage et la logique constitutionnelle des empires », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2008/3 63e année, p. 533-560

P. FREZET, « Justice française en Nouvelle-Calédonie la fin du rêve tropical », *Droit et Cultures*, 2006/1, p. 229-232

N. FRICERO, S. ANTIOLIS, « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/3 N° 40, p. 37-48.

M-A FRISON-ROCHE. M-A, W. BARANES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi », *Dalloz* 2000, n°23, p. 361-368

C. FROIDEVAUX-METTERIE, « Comment l'esprit de religion défie l'esprit de laïcité », *Critique internationale* 3/2009 (n° 44), p. 9-17

H. FULCHIRON

- « Le respect de la Constitution du 4 octobre 1958 peut-il interdire l'établissement de la filiation hors mariage ? » *Dalloz* 1997
- *Note sous Civ 1^{ère} 25 février 1997*, *Dalloz* 1997
- « L'enfant issu d'un mariage célébré en France more islamico peut être un enfant légitime », *Recueil Dalloz* 1998, p. 578, note sous Cass., Civ 1^e, 3 juin 1998
- « Non-reconnaissance d'un jugement de divorce assimilable à une répudiation », *JCP éd. G* 2004

P. GANNAGE

- « Observation sur l'évolution du droit de la famille chrétienne au Liban », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 8 n°4, octobre-décembre 1956, pp. 549-560
- *Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires*, Mélanges F. Terré, PUF 1999, p. 431-440
- « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes : l'exemple du droit de la famille », *RCIDP* 2001, p.1
- « Religion et droits fondamentaux dans le droit libanais de la famille », in *Droit et Religion*, Bruxelles, *CEDROMA/Bruylant*, 2003, p. 517 et s.
- « Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen. Regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit musulman », in *RIDC*, 2006, p. 101-116

A. GARAY, « Les conséquences d'une tendance au découplage des notions civiles et religieuses du mariage », *Annuaire Droit et Religions*, 2006-2007, pp. 199-203

F. GARDE, « Les autochtones et la République », *RFDA* 1999, pp. 1-13

T. GARÉ, « Pas de prestation compensatoire en cas de divorce coutumier kanak », *RJPF* 2011-4, pp. 15-16, note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2010

R. GARRON, « L'immatriculation des immeubles aux Comores », *Mélanges Jean Mas, Economica*, 1996, pp. 181-191

A. GAUTIER, « Le long chemin vers l'égalité des droits sociaux pour tous les français », *Informations sociales* 2014/6 (n°186), p. 68-77

O. GAZEAU, H. LEMAIRE, F. VANCLEEMPUT, « Les effets propres à la rupture volontaire du concubinage », *Defr.* 15 sept. 2010, n°39145

F. GENY, « La technique législative dans la codification civile moderne » in *Le Code civil 1804-1904 : Livre du Centenaire*, Dalloz 2004, p. 987-1038.

Y. GÉRARD, « Conflits de droits fonciers à Anjouan (Comores) », *Études foncières* n° 110, juillet-août 2004, p. 26-30

J.-L. GILLET, « Le juge dans l'outre mer français », in G. OTTIS (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, *Karthala*, 2013

A. GIROLLET, « Les établissements français de l'Inde et l'Algérie (fin XIX^e-XX^e siècle) : acculturation juridique, déculturation ou assimilation ? », in Bart COPPEIN, Fred STEVENS et Laurent WAELKENS (dir.), *Modernisme, tradition et acculturation juridique, actes des journées internationales de la Société d'Histoire du Droit tenues à Louvain, 28 mai-1^{er} juin 2008 (Juris Scripta Historica, XXVII)*, Bruxelles, 2011, p. 309-328

A. GIROLLET, « Spécialité législative et discrimination : une application inégale des principes républicains dans les colonies françaises (XIX^e-XX^e) », in E. GOJOSSE, D. KREMER, A. VERGNE, *Les colonies. Approches juridiques et institutionnels de la colonisation de la Rome antique à nos jours. Actes des colloques internationaux des 2 et 3 septembre 2010 et des 6 et 7 juin 2012*, LGDJ 2014, p. 289-301

G. GLENARD, « La conception matérielle de la loi revivifiée », *RFDA* 2005, p. 922

O. GOHIN

- « Mayotte française : aspects internationaux, constitutionnels et militaires », *APOI* XII 1990-1991
- « L'évolution du statut de Mayotte au sein de la République française : aspects constitutionnels », *RFDA* 2000
- « Evolution des problèmes de l'outre-mer », *RFDA* n°16-2000
- « L'action internationale de l'Etat outre-mer, colloque Sénat », *AJDA* 2001
- « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France », *AJDA* 2003

- « La prochaine consultation sur l'évolution statutaire de Mayotte », *JCP A* n°11, 2009
- « Mayotte : la longue marche vers le droit commun », *RJOI* -n° spécial « Mayotte 2009 », 2009, p. 5-18.
- « Le « oui » au référendum local du 29 mars 2009 à Mayotte », *JCP A* n°19, 2009
- « Mayotte : la longue marche vers le droit commun », *RJOI* n° spécial *Mayotte 2009*, p. 5-18
- « La départementalisation de Mayotte », *JCP A* n°3, 2011, pp. 12-17

G. GOLDSTEIN, « L'autonomie de la volonté dans le statut personnel. Lecture critique de la thèse de Jean-Yves Carlier », *Revue québécoise de droit international* 1997/10, p. 199-214

Y. GAUDEMET, « Le Code civil « Constitution civile de la France » », in Y. LEQUETTE, L. LEVENEUR (dir) *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz 2004, p. 297

P. GOURDON, « Quelques réflexions sur l'amélioration du processus d'adoption des enfants polynésiens », *Dr. fam.* 2004, n° 7, étude 18

A. GOUTTENOIRE, « Cohérence des contrôles de conventionalité et de constitutionnalité en matière de droits des personnes et de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/2 n°39, p. 63-77

N. GRAS, « Persistance de la coutume en droit civil (un parallèle avec le droit commercial), « *La Coutume* » *Revue* n°2, mars 2013, Centre Michel de l'Hospital, Ecole de droit Université d'Auvergne, p. 82-100

I. GRANGAUD, « Prouver par l'écriture : propriétaires algérois, conquérants français et historiens ottomanistes », *Genèses*, 2009/1 n° 74, p. 25-45

M. GRIMALDI, « Les causes et les techniques de codification à Mayotte », *RJOI* 2006

S. GRESSOT-LEGER, « Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en exequatur ? », *JDI (Clunet)* n°3, Juillet 2003, doctr. 100023

O. GUILLAUMONT

- « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : l'apport de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte », *RRJ*, 2001-3
- « Statut personnels et Constitution. Contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, 2001-3, p. 1455-1494
- « Statut personnels et Constitution. Contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, 2001-4, p. 1559-1590

- « La réforme du statut civil de droit local et l'abandon de la polygamie à Mayotte. Loi de programme pour l'outre-mer n° 2003-660 du 21 juillet 2003 », *JCP éd. G*, n° 37, 2003
- « Le Conseil constitutionnel et les subtilités de l'article 75 de la Constitution », *RFDC*, 2003
- « Adieu la polygamie, répudiation, inégalité successorale... Ou la 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 », *RPJ* - 2005, p. 97 – 114
- « De quelques remarques au sujet de l'article 75 de la Constitution et des règles religieuses et coutumières existant en matière de mariage à Mayotte », *Annuaire Droit et Religions*, Vol. 2, 2006-2007, p. 131-144

S. GUINCHARD, « L'influence de la Convention européennes des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la procédure civile », *LPA* 12 avril 1999 n° 72, p. 4.

P. GUY

- « Le mariage en droit comorien », *Revue juridique et politique de l'Union française* Tome IX-1955, pp. 799-830
- « Le mariage en droit comorien », *Revue juridique et politique de l'Union française* Tome XII-1958, pp. 653-690

S. GUYON, B. TREPIED, « Les autochtones de la République. Amérindiens, Tahitiens et Kanak face au legs colonial français », in I. BELLIER (dir.), *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance*, L'Harmattan 2013, p. 93-112

A. HAMIDOU, « Modernisation du droit mahorais et coutumes locales : la nécessité d'un équilibre pour le Maintien d'une cohésion sociale », *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1996, pp 253-259

V. HARMANT, « Quête identitaire et troubles de la filiation : Réflexion sur un cas de possession par les djinns à Mayotte », *L'autre* 2013, vol.14, n°1, p. 54-62

J. HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°16/2004, p. 104-110.

J.-C. HEBERT, O. HEBERT, « Parenté à Mayotte » Le prisme d'un soignant in Jacques Besson et Mireille Galtier, *Parents et bébés du monde*, *ERS « Les dossiers spirales »*, 2011, p. 79-104

C. HOCHART

- « La reconnaissance du statut personnel des Musulmans en France. Question sensible. Question de sensibilité » in CURAPP-Question sensibles, *PUF*, 1998, p. 275-293.
- « Le statut personnel des Musulmans de France », *Hommes et Migrations*, n°1232, juillet-août 2001, p. 55-67

F. HOFFMANN, J. RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°52 2004, p. 109-142

A. HÖLAND, « L'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société », in CH.-A. MORAND (dir.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993, p. 19-46.

J.-F. HORY

- « Commentaire de l'article 75 » in F. LUCHAIRE, G. CONAC, *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 1987, p. 1310
- « Statuts personnels et conflits de lois ou conflits de droits à Mayotte », in *Mayotte à la croisée des chemins*

R. HOUIN, « Le droit de la famille dans l'avant projet de Code civil français et le droit comparé », *RIDC* vol. 9, n°2, 1957, p. 373-378

CH. HUBERLANT, « Antinomies et recours aux principes généraux », *Dialectica* vol. 18, n°1/4, pp. 206-236

M. IBRAHIM, « L'organisation judiciaire aux Comores pendant la première période coloniale (1912-1946) », *TAREHI* n°3, 2001, pp. 28-34

M. IMBERT-QUARETTA, « Code civil et outre-mer, une illustration : Mayotte », In *Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil*, Éditions du Journal Officiel, Tome II, 2005, pp. 191-205

P. JAN, « Les objectifs de valeur constitutionnelle et le contentieux administratif : de beaux principes seulement », *LPA*, 26 sept. 2002, n°193, p. 15

P. JASPARD, « Idéologies et droits de l'enfant », *Enfances & Psy* 2002/2, p. 122-127

A. JEAMMAUD et E. SERVIN, « Évaluer le droit », *Dalloz* 1992, II, pp. 263-268

J.-P. JEAN, J.-P. ROYER, « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale, Essai d'évaluation sur deux siècles », *Pouvoirs* n°107 2003/4

H. JEAN-BAPTISTE, « La question de Mayotte et l'outre-mer français dans l'océan indien », *Revue économique française*, n°1, 1989

Ph. JESTAZ, *L'égalité et l'avenir du droit de la famille*, in Mélanges F. Terré, PUF, 1999, p. 417-430

Ch. JOERGES, « Sur la légitimité d'eupéaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale », *Revue internationale de droit économique* 2004/2 (t. XVIII, 2), p. 133-170

J. JORDA, « Les collectivités territoriales outre-mer et la révision de la Constitution », *RFDC* 2003/4, p. 697-723

C. JUBAULT, *Variétés sur le statut civil des femmes dans les sociétés pluri-culturelles de l'Océan Indien*, *RJOI*, n° 2, 2001-2002

M. KAMARDINE, « La marche mahoraise vers le droit commun...ou de la difficulté de demeurer français », *RJOI* n° spécial Mayotte 2009

S. KARAGIANNIS, « L'aménagement des droits de l'homme outre-mer : la clause « des nécessités locales » de la Convention européenne », *Revue belge de droits internationale* 1995/1, p. 225-305.

V. KANGULUMBA MBAMBI, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », *Les Cahiers du droit*, vol. 46, n°1-2, 2005, p. 315-338

C. KUHN, C. POPINEAU, « La dualité droit commun-droit local : une difficile coexistence », *RJOI* 2011 n°13, pp. 49-63

G. KOUBI

- « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ? (Réflexions à partir de Paris 8^e Ch., sect. B, 7 mai 1986), *La Semaine Juridique Edition Générale* n°29, 22 juillet 1987, I 3292.
- « Lire et comprendre : quelle intelligibilité de la loi ?, in Le titre préliminaire du Code civil », sous la direction de Georges Fauré, Geneviève Koubi, *Economica* 2003

R. LAFARGUE

- « La justice outre-mer : justice du lointain, justice de proximité », *RFAP*, 2002/1 - n° 101, p. 97-109.
- « La distinction du droit à la différence en droit civil et en droit pénal, in L'État pluriculturel et les droits aux différences : colloque organisé à Nouméa du 3 au 5 juillet 2002 », J.-Y FABERON, P. de DECKKER, *Bruylant*, 2003.
- « Les contraintes posées par l'article 75 de la Constitution : entre clause coloniale et facteur d'émancipation », *Droit et Cultures*, 2003-2, p. 29-53.
- « Avant propos sur le statut coutumier Kanak », *Droit et Cultures*, 2003-1, p. 227-228.

- « La « voie » néocalédonienne pour sortir de « l'enchevêtrement normatif » : jeu d'ombre et de lumière sur la Coutume » in J.-Y. FABERON, A. HAGE (dir.) *Études en l'honneur à Paul de Dekker*, L'Harmattan, 2010, pp. 57-72.
- « La permanence du conflit entre normes socioculturelle et norme étatique : le droit de la famille au centre d'un conflit de légitimités » in O. ROY (dir.) *Réflexion sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, pp. 213-227.
- « La Coutume et le statut coutumier kanak dans le paysage juridique français : anachronisme ou solution innovante ? », *Cahiers d'anthropologie du droit* 2011-2012, p. 165-182.

R. LAFORT, « Les acteurs de la politique familiale. Vers une redistribution des cartes ? », *Informations sociales* 2005/8, p. 108-117

P. LAGARDE, « Commentaire de la loi du 3 juillet 1975 relative à l'indépendance du territoire des Comores », *Revue critique de droit international privé* 1975, Tome 64, pp. 820-826

M. LAMARCHE, « État civil et statut personnel à Mayotte (de l'ordonnance de Villers-Cotterêts à la recherche d'une identité pour les Mahorais du 101^{ème} département français », *Droit de la famille*, Avril 2009, n°4

F. LAMBERT, « La coutume révisée par la loi (du bon usage de l'article 75 de la Constitution) », *RFDC*, 2003

O. D. de LAMOTHE, « La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel », in *Rapport public du Conseil d'Etat* 2006, Paris, La Documentation française, 2006, p. 369-375

P. LAMPUE, "Droit écrit et droit coutumier en Afrique Francophone", *Penant* 1979 - pp. 245-288

J.-M. LARRALDE, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *Les Petites Affiches*, 19 nov. 2002, n° 231, p. 11-21

V. LARRIBAU-TERNEYRE

- « Annulation d'une déclaration acquisitive de nationalité française par mariage d'une Comorienne avec un Français en raison du divorce prononcé par un cadî de Mayotte », *Droit de la famille* n° 5, Mai 2005.
- « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civil. – A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2007, étude n°1

P. LASCOUMES, E. SEVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n°2, 1986, pp.127-150

V. LASSERRE-KIESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *D.* 2002, p. 1157

O. LE BOT, « La loi de programme pour l'outre-mer : interprétation du statut civil de droit local », *Dalloz*, 2004

O. LE COUR GRANDMAISON

- « L'exception et la règle : sur le droit colonial français », *Diogène*, 2005/4 n° 212, p. 42-64.
- « Du droit colonial », *Droits* n°43 2006, pp.123-139.
- « Droit de l'homme, loi (s) et colonies », *Droits* n°43 2006, pp. 141-163.
- « Immigration, islam, « identité nationale » : vieux débats, vieux démons », *Topique*, 2011/1 n° 114, p. 93-106.

A-M. LE POURHIET

- « La Constitution, Mayotte et les autres : Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2000 portant sur la loi organisant de la consultation de la population de Mayotte », *RDP* 2000-3.
- « Départements d'outre-mer : l'assimilation en questions », *Les cahiers du Conseil constitutionnel* n°12-2002

F. LE GUENNEC-COPPENS, « Le Magnahouli grand-comorien : un système de transmission des biens peu orthodoxe en pays musulman », in M. GAST (dir.) *Hériter en droit musulman*, 1987, éditions du CNRS, pp. 257-267

A. LEFEBVRE-TEILLARD, « La famille, pilier du Code civil », in *Les penseurs du Code civil*, La Documentation française, 2010, p. 311-319

L. LEMMIZ, « L'immobilier d'habitation à Mayotte », *IEDOM*, n°32, 2005, p. 1-4

D. LENOIR, « Edito-Un regard nouveau sur les DOM », *Informations sociales* 2014/6 (n°186), p. 3-3.

Y. LEQUETTE, « Recodification civil et prolifération des sources internationales », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Bicentenaire*, Dalloz/Litec, 2004, p. 171-192

Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011/3 n° 79, p. 715-732

A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes » in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, pp. 243-283

M. LEVINET

- « Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme » L'incompatibilité entre l'État théocratique et la Convention européenne des droits de l'homme / À propos de l'arrêt rendu le 13 février 2003 par la Cour de Strasbourg dans l'affaire Refah Partisi et autres c/Turquie, *Revue française de droit constitutionnel*, 2004/1 n° 57, p. 207-221.
- « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/2 n° 86, p. 227-263.

D. LOCHAK, « Les droits de l'homme : ambivalences et tensions », *Revue internationale de psychologie et de gestion des comportements organisationnels*, 2004/23 Vol. X, p. 9-24

D. LIMOUDIN, « Vertus et limites de l'adaptation », in *Mayotte à la croisée des chemins*

W. LTAIEF, « Conventions internationales, mariage mixte et droit successoral en Afrique du Nord : « Cachez-moi cette différence que je ne saurais voir » », *Revue internationale des sciences sociales*, 2005/2 n° 184, p. 363-383

F. LUCHAIRE

- « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTD civ.*, 1982, p. 245-328.
- « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°11, 2001, p. 67-69.
- « L'outre-mer devant le Conseil constitutionnel », *RDP* n°06-2003.
- « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, 2005, n°64, p. 675-684.
- « La France d'outre-mer et la République », *RFAP*, 2007/3 - n° 123

P.M. MABAK, « L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique », *RTDH*, 2000, p. 11-42

D. MADEIRA-SANTOS, « Entre deux droits : les Lumières en Angola (1750-v. 1800) », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2005/4 60^e année, p. 817-848

D. MAINGUY, « De la légitimité des normes et de son contrôle », *JCP* éd. G, 2011 n°9

F. MAISONNASSE, « Le lien familial en droit de la protection sociale », in I. MARIA, M. FARGE (dir.) *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, LGDJ 2014, p. 111-125

Ph. MALAURIE

- « L'équivalence en droit international privé ». *D.* 1962, chron. 215.

- « L'intelligibilité de la loi », *Le Seuil/Pouvoir* 2005/3, p. 131-137.

W. MALGAUD, « Les antinomies en droit, à propos de l'étude de G. GAVAZZI », *Dialectica* vol. 18, n°1/4, pp. 7-18.

I. MAMAYE, « « Mayotte département », la fin d'un combat ? Le Mouvement populaire mahorais : entre opposition et francophilie (1958-1976) », *Afrique contemporaine*, 2013/3 n°247, p. 119-135.

S. MANCUSO, « La diversité des sources du droit aux Comores : entre droit occidental, droit islamique et droit coutumier », *RJOI* 2012 –n° 15, p. 73-93

T. MARONE, « Notes sur la tradition et le savoir historique à Mayotte », *APOI* XIII 1992-1994, p. 531-538

J.-P. MARGUENAUD, « Transsexualisme : la Cour européenne des droits de l'Homme fait le saut de l'ange », *RTD Civ* Octobre/Décembre 2002, p. 862-865

D. MARTEL, « Fraus omnia corrumpit... même lorsqu'il en va de l'intérêt de l'enfant », *JCP G*, n°11-12, 2011

J. MARTIN, « Mayotte avant 1841 », *APOI* XII 1990-1991, p. 85-90

S. MASSICOT, « Effets sur la nationalité française de l'accession à l'indépendance de territoires ayant été sous la souveraineté française », *Population*, 41^e année, n°3 (Mai-Juin 1986), p. 533-546

J. MASSIP

- « note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1994 », *Dalloz* 1995
- « Chronique de droit des personnes et de la famille », *Defrénois* n°18/40, n° 39163, 2010

A. MATH, « A quand l'égalité des droits pour Mayotte ? », *Hommes & Libertés*, n°155, 2011, p. 45-47

B. MATHIEU

- « Droit constitutionnel et droit civil : « de vieilles outres pour un vin nouveau » », *RTD Civ* (1), 1994, p. 59-65.
- « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », *Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien, 1999, p. 301-305.
- « La sécurité juridique : un produit d'importation dorénavant « made in France » (à propos des décisions 99-421 DC et 99-422 DC du Conseil constitutionnel) », *D.* 2000, n°4, Point de vue, p. VIII.

- « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°11, déc. 2001.
- « Chronique de jurisprudence constitutionnel », *LPA* 24 septembre 2002, n°191, p. 15.
- « Les lois de finances au crible de la sécurité juridique », *LPA*, 13 janvier 2006, n°10, p. 4.
- « Le Conseil constitutionnel renforce les exigences relatives à la qualité du travail législatif et à la sécurité juridique », *JCP G*, 2007, n°1, p. 3-5.

F. MATSCHER, « La notion de « tribunal » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruyant, Bruxelles 1996, p. 29-47

D. MATRINGE, « Entre charia et coutume », *Archives de sciences sociales des religions*, 154 (avril-juin 2011), p. 161-177

E. MATUTANO, *L'identité et la spécialité législative au gré des évolutions institutionnelles de l'outre-mer*, *JCP A* n°10-11, 2007

P. MAZEAUD, « Le Code civil et la conscience collective française », *Pouvoirs* 2004/3, p. 152-159

P. MBOW, « Contexte de la réforme du Code de la famille au Sénégal », *Droit et Cultures* 2010/1, p. 87-96

S. MEKBOUL, « Ordre public matrimonial et fonction du droit » La sanction politico-juridique des mariages forcés, *Dialogue*, 2010/1 n° 187, p. 69-83

F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012/2 (N° 35), p. 25-35

Y. MERON, « L'accommodation de la répudiation musulmane », *RIDC* 1995/4, p. 921-939

A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *Journal de droit international*. 2003, p.730-765

M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC* Vol. 44 n°4, 1992, p. 767-794

A. MEUNIER, « Le statut politique et administratif de l'archipel des Comores (1912-1968) », *Recueil Penant*, n° 729, juillet-septembre 1970, p. 281-299

P. MEYER-BISCH, « Diversité et droits de l'homme », *Hermès, la Revue*, 2004/3 n°40, p. 39-43

F. MICLO, « Le statut de Mayotte dans la République française », *APOI XII* 1990-1991

L. MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDJ* n° 3-2006, p. 637-671

E. MILLARD, « L'évolution du droit de la famille », *Relatés familiales*, 2003, p. 80-84

A. MIRKOVIC, « Statut de l'embryon, la question interdite », *JCP G* n°4, 25 janvier 2010, 99

S. C. MOHAMED, « Indigènes et citoyens ou impossible universalisation du suffrage », *RFDC* 2004/4

P. de MONTALIVET

- « La « juridicisation » de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 99-136.
- « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°20, juin 2006

CH.-A MORAND

- « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *Droit et Société* 10-1988, p. 407-423.
- « Formes et fonctions de l'évaluation législative », in F. OST, B. JADOT (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1999, p. 207-225.

C. MOURIAPREGASSIN, « La révision de l'état civil à Mayotte », *RJOI* n° spécial Mayotte 2009, p. 99

A. MOURKAZEL-HECHAIM, « Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban », *Droit et Culture*, 59 2010/1, p. 121-164

H. MOYSAN

- « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative », *AJDA*, 2001, p. 428-437.
- « La consolidation des codes, lois, décrets : positions doctrinales d'éditeurs ou devoir de l'Etat ? », *LPA*, 29 septembre 2005 n°194, p. 11

D. MAUS, « La pratique constitutionnelle française », *RFDC*, 2002/1, n° 49

U. MELOTTI, « Aux racines des conflits : les politiques migratoires en Europe », in R. GALISSOT, B. MOULIN (dir.), *Les quartiers de la ségrégation : Tiers Monde ou Quart Monde ?*, Karthala 1996, p. 81-88

P. MURAT

- *note sous Civ I^{ère}, 25 février 1997*, Dr. fam., mai 1998 n°70.
- « Individualisme, libéralisme, légistique » in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 237-243.
- « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2013/2 n°39, p19-41.

M.-C. NAJM, « Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie (s) », *Droit et cultures* 59, 2010-1, p. 2009-229

C. NEWBURY, « La représentation politique en Polynésie française, 1880-1903 [Étude d'un cas d'assimilation] », *Journal de la Société des océanistes*. Tome 23, 1967, p. 11-27

M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « La liberté des personnes face au cadre de la loi », in M. GROSS, *Homoparentalité, état des lieux*, Eres, p. 45-54

M.-L. NIBOYET, « Regard français sur la reconnaissance des répudiations musulmanes », *RIDC* 2006/1, p. 27-46

G. ORFILA, « Outre-mer », *Rép. civil Dalloz*, 2002

A. ORAISON

B.

- « Réflexions générales sur la présence de la France dans l'océan indien et le canal de Mozambique », *RDISDPS* 2001/1.
- « Les prévisibles répercussions de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 dans les départements d'outre-mer », *RJOI*, n°3, 2003-2004.
- « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la Constitution de la Vème République corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », *RFDA*, 2003.
- « Réflexions générales sur le statut administratif provisoire de Mayotte », *LPA* n°233 2001.
- « Nouvelles réflexions sur la coopération française du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à la lumière du « cas mahorais », *RJOI* 2009-9, p.121-192

G. OTIS

- « Le diptyque Côté-Adams ou la présence de l'ordre établi dans le droit postcolonial des peuples autochtones » *Forum Constitutionnel* (1997) 8, p. 70-78.

- « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada », *Revue de droit de McGill*, Vol. 54, n° 2, 2009, p. 237-256.

S. PARICARD, « Mayotte : l'état des personnes dans la tourmente législative et codificatrice », *RJOI*, n°5, 2005

V. PARISOT, « Le pluralisme juridique au sein de la République française. Invitation au voyage dans les outre-mer », in Beckmann (Roland Michael), Mansel (Heinz-Peter), Matusche-Beckmann (Annemarie) dir., *Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft. Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner*, Heidelberg, *C. F. Müller*, 2012, p. 733-760

J.-P. PASTOREL, « Le principe d'égalité en outre-mer », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012/2 n°35, p. 73-93.

H. PERINET-MARQUET, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », *Revue de droit immobilier* 2009.

H. PEROZ, « La filiation de l'enfant de statut prohibitif », *Dr. fam.* 2009, étude 26

D. PERROT, « Le nouvel article 299 paragraphe 2 du traité instituant la Communauté européenne », *Pouvoirs dans la Caraïbe*, 2000/12, p. 111-152

J. PHELIP, « Droit à l'enfant ou droits de l'enfant », *Spirale*, 2009/1 n°49, p. 119-132

M. PICHARD, « Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 181-196

M. PINTO, « Légitimer la diversité », *Aspects* 2008/1, p. 27-38

C. POLLMANN, « Le principe d'égalité : tremplin ou impasse pour l'émancipation humaine ? », *Aspects* 2009/3, pp.25-44

J.-M. PONTIER, « Les petits territoires de la France lointaine : Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Terres australes et Antarctiques », *RFDA* 2007

X. PRETOT, « Article 75 de la Constitution », in F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRETOT (dir.), *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, Economica 2008, p. 1817-1825

P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.*, 2001, p. 749-794

J.-P. PUISSOCHET, H. LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* n°11/2001, p. 98-105

E. PUTMAN, « La coexistence du mariage civil et des mariages religieux : plaidoyer pour un pluralisme juridique », *Annuaire Droit et Religions* 2006/2007, p. 103-106

M. RAFFIN, « Pour une généalogie de la question des droits de l'homme », *Aspects* 2008/1, p. 133-140

E. RALSER

- « Conflits de familles et conflits internes de lois à Mayotte, in *Familles Liber Amicorum* » F. RINGEL, PUAM 2007, p. 261-285.
- « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : un fantôme de statut personnel coutumier », *RCDIP*, 101, octobre-décembre 2012, pp. 733-774

F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit » in *Les usages sociaux du droit*, p. 126-149

C. RAYBAUD, « Des droits de propriété de l'Etat français sur les îles de Pâques », *RJP* 1997/3, p. 105-129

M.-J. REDOR-FICHOT, « L'indivisibilité des droits de l'homme », *CRDF*, n°7, 2009, p. 75-86

M. REGNAULT, « Politique culturelle et départementalisation à Mayotte », *RJOI* n° spécial Mayotte 2009

J.-L. RENCHON, « La prégnance de l'idéologie individuelle et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 209-236.

S. RETTERER, « Les incidents privés de la départementalisation de Mayotte », *RRJ* 1997-3, p. 1071-1092

D. RIBES

- « Codification par ordonnances », *D.* 2000, p. 425.
- « Constitutionnalité de la loi de finances pour 2004 », *D.* 2004, p. 1276-1277

D. RIGOULET-ROZE, « Assimilationniste « de couleur » contre autonomisme « blanc » », *Pouvoirs dans la Caraïbe*, Spécial Sciences sociales et Caraïbe, 1997, pp. 78-109

H. RIHAL, « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales issu de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 : entre innovation et complexité », *RFAP* 2003/1, p. 219-234

C. ROBACZEWSKI, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation en matière de régulation du droit local à Mayotte », *RJOI* 2007

A. P. ROBERT, « Attitude du législateur français face au droit coutumier de l'Afrique noire », in *Avenir du droit coutumier en Afrique*, Leiden 1955, p. 170-189

C. ROGER ABOLOU, « Le discours juridique en Afrique noire. Terminologie et traduction du droit », *Revue française de linguistique appliquée*, 2011/1 Vol. XVI, p. 17-31

N. ROINSARD

- « Conditions de vie, pauvreté et protection sociale à Mayotte : une approche pluridimensionnelle des inégalités », *RFAS* 2014/4, p. 28-49.
- « Chômage, pauvreté, inégalités : où sont les politiques sociales à Mayotte ? », *Informations sociales* 2014/6 (n°186), p. 82-89.

D. RONDEAU, « La relation des droits aux devoirs : approche interculturelle », *Aspects* 2008/1, p. 141-166

L. ROQUES, « La politisation du droit de la nationalité », *Plein droit*, 2008/4 n° 79, p. 3-6

A. ROUDOT, « Intégration territoriale et fractures sanitaires à Mayotte : états de santé du 101^e département français », *RFAS* 2014/4 (n°4), p. 72-89

N. ROULAND

- « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTD civ.* 1994.
- « Rapport de synthèse », in Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique sud, sous la direction de P. de Dekker.
- « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in A. LE POURHIET (dir.), *Droit constitutionnel local*, PUAM 1999, p. 143-226.

C. ROULHAC, note sous délibération de la HALDE n°2010-87 du 1^{er} mars 2010, *RDSS* 2010, p. 704

J. ROUSSEAU, « Le mariage et sa dissolution dans le statut civil local algérien », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 13 N°3, Juillet-septembre 1961. pp. 686-688

A. ROUX, *La place de Mayotte dans les collectivités d'outre-mer depuis la révision constitutionnelle de 2003*, Annuaire des pays de l'océan indien, XVIII 2003-2005

E. RUDE-ANTOINE

- « La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français : une question théorique controversée », *Journal des anthropologues*, 1997/71, p. 39-56.
- « Le mariage et le divorce dans le Code marocain de la famille. Le nouveau droit à l'égalité entre l'homme et la femme », *Droit et Cultures* 2010/1, pp. 43-57

E. SAADA

- « Citoyens et sujets de l'Empire français. » Les usages du droit en situation coloniale, *Genèses*, 2003/4, n°53, p. 4-24.
- « La loi, le droit et l'indigène », *Droits* n°43 2006, pp. 165-190.
- « Un droit postcolonial », *Plein droit*, 2007/3 n° 74, p. 13-16.
- « Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'Etat sur les questions familiales », *Napoleonica. La Revue* 2012/2, p. 25-49.

Y.-L. SAGE, « Les institutions judiciaires à Tahiti et dépendances de la période de protectorat à 1945 », *RJP* 1997/3, p. 29-103

F.-Z. SAI, « Le statut personnel pendant la période coloniale », *Revue du CIDDEF*, Décembre 2010, n°27, p. 2-9

M. SAID, « Formalisation des transactions et contrats fonciers à Anjouan », *Ya Mkobé*, n°6-7, 2000, p. 65-75

S. SANA-CHAILLE DE NERE, « Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit-civil. –Réflexions sur l'élaboration d'une règle de conflit », *JDI*, Janv. 2014, doct. 2, p. 33 et s.

J. SANCHEZ, « La famille, une institution à la limite de la sphère de l'espace public et de l'espace privé », *Empan* 2002/3, p. 95-104

F. SAUVAGE, « Brèves remarques sur la vocation successorale des épouses d'un mari polygame depuis la loi du 3 décembre 2001 », *Defr.* 2003, art. 37838

R. SAVATIER, « Destin du Code civil français. 1804-1954 », *RIDC* vol. 6 n°4, 1954, p. 637-664

I. SAYN

- « Protection sociale et famille étrangère musulmane », *Revue Européenne des Migrations Internationales*, Vol. 4, n°1 et 2, 1988, p. 129-139.
- « L'évolution du rôle de la volonté individuelle dans l'encadrement juridique de l'organisation familiale », *Cahiers philosophiques* 2008/4 n°116, p. 69-86.

J.-E SCHOETTL

- « Note sous Conseil constitutionnel 3 juillet 2003 », *LPA* n°151, 2003.
- « Simplification du droit et Constitution », *AJDA* 2003, p. 1391-1403.
- « Le partage entre la loi et l'accord collectif de travail devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 14 mai 2004, n°97, p. 3.

P. SCHULTZ

- « Le statut constitutionnel et administratif de Mayotte », *Penant*, 1986.
- « L'actualisation du droit mahorais par voie d'ordonnances », *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, 1990 – 1991, p. 147-167.
- « Le droit de la nationalité à Mayotte », *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, 1990 – 1991.
- « Le statut personnel à Mayotte », *Droit et Cultures*, 1999/1, pp. 95-114

H. SENIGUER, « Les paradoxes de la sécularisation/laïcisation au Marac » Le cas du parti de la Justice et du Développement (PJD), *Confluences Méditerranée*, 2011/3 n°78, p. 49-62

L. SERMET

- « Regard sur la justice musulmane à Mayotte », *Droit et culture*, n°37-1999/1, pp. 185-201.
- « Loi et coutumes en Grande-Comores », in *Mélanges offerts à Claude Wanquet*, L'Harmattan, 200, p. 347-358.
- « Comparaison des articles 73 et 74 nouveaux de la Constitution », *RJOI* n°3 2002-2003.
- « Mayotte : évolution du statut personnel de droit local », in J.-Y. FABERON *L'outre mer français, la nouvelle donne constitutionnelle*, La Documentation française 2004, p. 185-196.
- « Droits de la femme et pluralisme aux Comores », *ASPECTS* n° 1-2008, p. 87-97.
- « L'Islam, composante de la diversité culturelle indo-océane », *ASPECTS*, n°3-2009, p. 69-79.

J.-B. SEUBE

- « Les articles 2284 à 2303 du Code civil : Mayotte honorée, le Code civil défiguré », *RJOI* 2002-2003, p.153-161.
- « Les techniques de codification : l'expérience mahoraise », *RJOI* n°4, 2003-2004, p. 85-93.
- « Le droit local à Mayotte : Une spécificité menacée ? », *Annuaire des pays de l'océan indien*, XVIII 2003-2005.

- « La Lisibilité du droit civil à Mayotte : à propos des articles 2284 à 2302 du Code civil », in L. SERMET, J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République : Actes du colloque de Mamoudzou*, Montchrestien, 2004, p. 226-233.
- « Variations sur l'influence de droit privé français dans l'Océan indien », in *Mélanges Philippe Simler*, Dalloz, Litec 2006, pp. 43-58.
- « L'avenir du statut civil de droit local à Mayotte », in *Familles Liber Amicorum F. RINGEL*, PUAM 2007, p. 249-260.
- « Les causes et les techniques de codification à Mayotte », *RJOI* numéro Spécial 2009.
- « Les dispositions de la loi « Immigration et intégration » touchant au statut civil de droit local de Mayotte », *RJOI* numéro Spécial 2009, p. 139-143.
- « Les dispositions de la loi d'« immigration et intégration » touchant au statut civil de droit local de Mayotte », *RJOI* n° spécial Mayotte 2009.
- « Questions de droit privé à Mayotte », *RJOI* n° spécial Mayotte 2009.
- « L'application du Code civil à Mayotte », *JCl. Civil Code – LexisNexis*, Fasc. 50, août 2014

J-B SEUBE, T. REVET, « Avril-octobre 2008 : en attendant la réforme... », *Droit et Patrimoine* n° 178, 2009, pp. 134-139

C. SIFFREIN-BLANC, « L'impossibilité pour un père naturel de demander en justice l'attribution de l'autorité parentale sur un enfant est discriminatoire », *AJ fam.* Avril 2011

L. SILANCE, « Quelques exemples d'antinomies et essai de classement », *Dialectica* vol. 18, n°1/4, p. 63-137

Ph. SIMLER

- « Pour un autre régime matrimonial légal », in *Mélanges F. Terré*, PUF 1999.
- « Le changement de régime matrimonial » *LPA* 2007 n°129, p. 8

D. SINDRES, « Le tourisme procréatif et le tourisme international », *JDI* n°2/2015, p. 429-504

L. SINOPOLI, « Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome (à propos de l'arrêt Pellegrini c. Italie du 20 juill. 2001, Gaz. Pal., 2002, n°204, p. 2

A. SOHIER, « Le droit coutumier au Congo belge » in *L'avenir du droit coutumier africain*, Universitaire Pers Leiden, 1956, p. 1-15

B. DE SOUSA SANTOS, « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme », *Droit et Société* 35-1997, p. 79-96.

J. SURKIS, « Propriété, polygamie et statut personnel en Algérie coloniale, 1830-1873 », *Revue d'histoire du XIXe siècle*, n° 41, 2010/2, p. 27-48

P. SWIECICKA, « '... Connectiones inter iura variorum observamus ...' ; en recherchant l'explication de la notion d' 'acculturation juridique' », in Bart COPPEIN, Fred STEVENS et Laurent WAELKENS (dir.), *Modernisme, tradition et acculturation juridique*, actes des journées internationales de la Société d'Histoire du Droit tenues à Louvain, 28 mai-1^{er} juin 2008 (*Iuris Scripta Historica, XXVII*), Bruxelles, 2011, p. 7-32.

K. SZKLAIRZ, *La nécessaire réforme de l'état civil ou le progrès de l'état civil*, in *Mayotte à la croisée des chemins*, p. 53

R. TERRAL, « Soixante ans d'extension de la législation sociale dans les DOM : l'exemple de la Guadeloupe aux Antilles française (1946-2006) », *RFA* 2014/4 (n°4), p. 12-27

L. TESOKA, « Les transformations du pouvoir normatif des collectivités territoriales d'outre-mer par la loi organique du 21 février 2007 », *RFDA* 2007

J.-P. THIELLAY

- « La loi du 11 juillet 2001 : un nouveau départ pour Mayotte dans la République », *AJDA*, 2002.
- « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *AJDA*, 2003.
- « Les lois organique ordinaire portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer du 21 février 2007 », *AJDA*, 2007

J.-P. THOMAS, « Faut-il renouveler la laïcité ? », *Connexions*, 2005/1 n°83, p. 13-32.

G. TIMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, n°33, 2001, p. 3-15

I. TOUALBI-THAALIBI, « Regards sur la société musulmane du IXe siècle », *Revue européenne des sciences sociales*, n° 50-1 – p. 227-252

J. TOUKAM NGUEBOU, « Les universitaires et l'émergence du droit camerounais », *Les Cahiers du droit*, vol. 42, n°3, 2001, p. 527-561

A. TOULLIER, « Les tergiversations du droit de la protection sociale face à la polygamie », *Droit social* n° 3 mars 2007, pp. 324-331

A.-Ch. TREMON, « Citoyens indigènes et sujets électeurs. Statut, race et politique dans les Établissements français de l'Océanie (1880-1945) », *Genèses* 2013/2 (n° 91), p. 28-48

A.-L. VALEMBOIS

- « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français »,

Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 17, mars 2005, p. 1.

- « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *LPA* 2006, n°117, p. 7

M. VERBIER, « la spécificité du droit mahorais », *RJOI* 2003

R. VERDIER, « De la terra nullius du colonisateur à la terra mater de l'autochtone », *Droit et cultures*, n°37, 1999-1

J. VERNEY, « Grandes lignes du droit canonique du mariage : Convergences et divergences par rapport au droit civil », in *Religions, Églises et Droit*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 1990, pp. 145-153

M. VERPEAUX

- « La décision n° 2006-541 DC du 28 septembre 2006 du Conseil constitutionnel ou la défense désespérée de la langue française », *Recueil Dalloz* 2007-n° 2 p 120
- « Le judiciaire rappel de quelques vérités relatives à l'outre-mer », *JCP G* n°45,2009
- « Mayotte ou la double consultation », *AJDA* 2009
- « Brèves considérations sur l'actualité renouvelée des lois organiques », *AJDA* 2009
- « Le nouveau Département de Mayotte –Espoirs et réalités », *AJDA*, 2011, pp. 1725-1729

M. VERPEAUX, N. JACQUINOT, « Jurisprudence du Conseil Constitutionnel 1^{er} avril-30 juin 2000 », *RFDC*, 2000-43

T. VIGNAL, « Reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatérale », *JCP éd. G*, 2002

J.-L. VIVIER, « L'application outre-mer des textes nationaux », *LPA* n°80, 1999

D. VOINOT, « Les spécificités processuelles des territoires français de l'Océan Indien », *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, vol. 18, 2003-2005

IV- Rapports

J. BALARELLO, « Projet de loi relatif à Mayotte », *Rapport* n° 361 (2000-2001), Commissions des lois du Sénat, 6 juin 2001

J. FLOCH, « Mayotte », *Rapport* n°2967, Commission des lois de l'Assemblée nationale, 29 mars 2001

J.-J. HYEST, M. ANDRÉ, Ch. COINTAT et Y. DÉTRAIGNE, « Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités », *Rapports d'information* n°115 (2008-2009), 27 novembre 2009

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire, *JO* 21 décembre 2002 p. 21356

J.-P. SUEUR, Ch. COINTANT, F. DESPLAN, « Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis » *Rapport d'information* n° 675 (2011-2012), Commission des lois du Sénat, 18 juillet 2012

V- Ressources Internet

Association Solidarité Mayotte, « Bilan du Pôle asile 2010 », http://www.migrantsoutremer.org/IMG/pdf/bilan_solidarite-mayotte-asile_2010.pdf, consulté le 31 août 2015

T. GRILLOT, S. LARCHER, « Outre-mer : la République en sa diversité », *La Vie des idées*, 8 mai 2012. ISSN : 2105-3030. URL : <http://www.laviedesidees.fr/Outre-mer-la-Republique-en-sa.html>

G. HEBRARD, « [Défenseur des droits : Une décevante pusillanimité face à la situation alarmante de 3 000 mineurs isolés à Mayotte](#) » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 20 mai 2013 (Lien : <http://wp.me/p1Xrup-1Qb> et [PDF])

T. LEMIERE, « Mayotte, terre d'asile ou prison d'exil ? », <http://blogs.mediapart.fr/blog/thibaut-lemiere/020812/mayotte-terre-dasile-ou-prison-dexil>, consulté le 31 août 2015.

N. ROINSARD, « Le 101ème département », *La Vie des idées*, 8 mai 2012. ISSN : 2105-3030. URL : <http://www.laviedesidees.fr/Le-101eme-departement.html>

J. SAKOYAN, « Dossier n° 5, Les effets sanitaires d'une réforme administrative : la mise en place de la sécurité sociale à Mayotte », *Bulletin Amades* n° 67, 2006 (En ligne), mis en ligne le 04 février 2009, consulté le 5 mai 2015, URL : <http://amades.revues.org/342>

Index alphabétique

Les numéros renvoient aux pages

A

Accès au droit..... 22, 63, 117, 121, 124, 125, 126
Accès au juge..... 152
Assimilation 1, 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 17,
19, 22, 29, 38, 41, 89, 104, 105, 112, 159, 163,
195, 196, 197, 198, 202, 223, 227, 234, 237,
243, 244, 245, 248, 249, 256, 277, 279, 295,
314, 320, 349, 362, 367, 369, 378, 380, 387,
395, 398, 400, 401, 412, 416, 417, 419, 426,
427, 431, 443
législative.....1, 9, 395, 398, 401, 427, 431, 443
politique d'assimilation..... 2

C

Code civil
statut civil de droit commun..... 1
Code de l'action sociale et des familles 398,
413, 424, 436, 437
Colonie.....3, 6, 54, 358, 367, 387
administration coloniale ... 3, 5, 6, 20, 23, 25,
48, 54, 56, 62, 64, 117, 229, 368, 443
Gouverneur.....54, 55, 106, 387
pouvoir central.....8, 20, 443
Colonie
administration locale 8, 443
Colonisation32
Traité de cession de Mayotte..... 15, 68
Conflit de lois..... 79, 81, 359
(-) dans le temps
théorie des droits acquis307, 308
conflit mobile 359
Conseil constitutionnel...III, 109, 115, 116, 117,
118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127,
128, 139, 144, 148, 150, 155, 157, 158, 160,
161, 162, 184, 203, 214, 244, 252, 290, 299,
361, 362, 363, 365, 366, 370, 394, 396, 410,
420, 421
Constitution..... 3, 4, 5, 7, 8, 10, 17, 19, 27, 36, 37,
38, 39, 40, 47, 63, 72, 87, 96, 104, 106, 108,
109, 110, 113, 115, 120, 123, 126, 139, 142,
155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163,
167, 173, 174, 177, 178, 183, 184, 189, 192,
198, 203, 214, 234, 238, 244, 264, 265, 290,
336, 338, 352, 355, 358, 359, 365, 366, 367,
369, 370, 371, 372, 381, 386, 388, 394, 395,
396, 397, 398, 401, 403, 404, 410, 411, 412,
417, 418, 419, 421, 422, 423, 426, 427, 428,
430, 432, 439, 440, 441, 444
Constitutionnalisation 107, 120, 122, 156, 157,
158, 159, 162, 361, 363, 417
constitutionnalisation du droit..... 159, 417
Constitutionnalité..... III

**Convention européenne des droits de
l'homme**..... 115, 139, 145, 146, 149, 152, 155,
160, 163, 164, 168, 169, 170, 173, 176, 177,
184, 185, 204, 290, 410
Cour européenne des droits de l'homme.....III,
121, 127, 144, 147, 148, 169, 176, 184, 185,
186, 205, 410
Coutume..8, 17, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 42,
50, 57, 58, 62, 63, 64, 70, 76, 77, 78, 79, 80,
81, 82, 83, 84, 86, 90, 91, 96, 100, 102, 103,
110, 111, 129, 130, 134, 135, 136, 143, 147,
167, 199, 231, 236, 238, 242, 247, 268, 272,
312, 319, 320, 335, 353, 354, 355, 367, 369,
407, 443
invocabilité.....21, 23, 24, 129, 177, 366
Magnahouli.....83, 130
matriarcat.....28, 78, 143, 181, 196, 198
Coutume
(-)uxorilocale27, 343

D

Déni de justice53, 364
Divorce...44, 72, 73, 88, 131, 143, 167, 208, 210,
216, 220, 223, 226, 227, 236, 274, 280, 287,
289, 306, 314, 315, 316, 344, 373, 380, 381,
382, 383, 407, 408, 409
(-)judiciaire..... 226
répudiation 28, 31, 33, 44, 86, 87, 88, 143,
161, 163, 168, 170, 171, 208, 215, 218,
226, 227, 244, 306, 315, 409
Droit
-(-) de la familleIII
(-)de la protection sociale..... 328, 329, 331,
336, 343, 362, 386, 414, 423, 425, 427,
431, 432, 433, 434, 435, 437, 445
aide sociale .. 378, 389, 411, 412, 413, 423,
429, 436, 437, 439
sécurité sociale.....329, 332, 333, 336, 338,
344, 345, 414, 418, 424, 425, 426, 438
(-)du travail..... 386, 400, 415
droit à un procès équitable..... 144, 145, 149,
152, 154
droit d'accès au juge..... 152
droit de la famille ...9, 12, 116, 176, 182, 195,
198, 208, 211, 214, 237, 247, 251, 307,
319, 349, 403, 404, 406, 407, 408, 409,
410, 411, 412, 415, 416, 417, 418, 419
droit fondamental133, 150, 176, 290, 362
fondamentalisation 13, 115, 155, 175,
179, 187, 192, 198, 223, 244, 245, 408,
410, 412, 417

droit international privé..... 5, 12, 46, 74, 78,
79, 81, 141, 164, 167, 169, 174, 182, 192,
211, 288, 298, 321, 331, 332, 334, 337,
339, 340, 346, 410
droit non civil de la famille....9, 13, 349, 402,
403, 404, 412, 418, 419, 422, 423, 426,
431, 440, 443, 445
droits de la défense.....144, 150
Droit constitutionnel ... 176, 205, 261, 362, 365,
396
-QPC..... III
QPC 158, 173, 203, 290, 366, 420, 421

E

Etat des personnes. 64, 293, 294, 295, 296, 297,
298, 375
(-)indisponibilité..... 293, 294, 295, 296, 297,
298
état civil 1, 29, 31, 35, 37, 38, 39, 40, 42, 43,
44, 45, 46, 49, 50, 62, 64, 65, 66, 70, 71, 72,
87, 97, 105, 107, 109, 110, 131, 132, 134,
137, 155, 190, 208, 209, 210, 218, 220,
222, 223, 224, 225, 228, 229, 230, 231,
233, 234, 235, 236, 243, 244, 262, 269,
272, 276, 279, 282, 289, 291, 296, 299,
300, 301, 314, 315, 318, 324, 354, 356,
357, 376, 379, 382, 392, 407, 417, 425
état civil
(-)officier 44, 209, 218, 222, 224, 230, 235,
269, 272, 276, 282, 291, 299, 301, 314,
315, 318, 376, 379

Evaluation

(-) effectivité 42, 53, 116, 117, 118, 125, 128,
136, 146, 188, 264, 265, 266, 292, 418
(-) efficacité 42, 121, 261, 262, 264, 265, 371,
372, 443
(-) efficience264, 265, 362
Evaluation législative 19, 259, 263, 264, 265,
266, 302, 347, 440

F

Filiation..... 28, 29, 30, 34, 35, 37, 38, 41, 46, 85,
101, 102, 143, 171, 172, 174, 187, 188, 189,
190, 191, 192, 200, 208, 217, 221, 222, 235,
237, 258, 275, 276, 280, 289, 290, 291, 297,
309, 317, 324, 369, 375, 376, 377, 405, 406,
409
(-)enfant naturel.. 34, 35, 143, 144, 172, 188,
192, 218, 236, 237, 274, 275, 276, 280,
287, 289, 290, 317, 406, 409
(-)maternelle34
(-)paternelle.... 34, 35, 85, 101, 143, 171, 172,
187, 188, 189, 190, 191, 192, 208, 217,
221, 237, 275, 276, 289, 290, 309, 317,
376, 406
Filiation
autorité parentale87, 89, 101, 221, 257, 279,
280, 324, 379, 380, 381, 382, 385, 389, 409

I

Impartialité.....146, 147, 148, 149
Indépendance du juge/de la justice . 8, 17, 36, 37,
39, 40, 55, 56, 63, 66, 71, 76, 97, 107, 108,
109, 110, 132, 135, 146, 147, 149, 185, 241,
242, 243, 319, 327, 346, 389
Islam 21, 25, 28, 30, 34, 45, 47, 61, 82, 84, 85, 93,
111, 130, 174, 182, 187, 195, 196, 198, 199,
201, 202, 205, 206, 207, 208, 209, 212, 218,
220, 245, 273, 291, 353, 444
Coran..... 33, 50, 51, 60, 62, 66, 86, 87, 93, 199,
200, 205, 207, 209, 212, 214, 215, 216,
217, 218, 219
fiqh.....34, 53
Sunnah 207

J

Jugement.. 44, 45, 60, 72, 75, 101, 152, 266, 315,
373, 379
Justice ...III, 7, 8, 19, 21, 24, 29, 41, 47, 51, 52, 53,
54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65,
67, 69, 70, 71, 75, 77, 78, 81, 82, 85, 86, 90,
96, 97, 98, 99, 101, 103, 105, 110, 111, 130,
134, 137, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150,
151, 152, 153, 154, 155, 159, 169, 182, 184,
195, 197, 215, 216, 220, 223, 227, 232, 233,
234, 241, 243, 253, 256, 257, 259, 262, 265,
276, 281, 291, 336, 338, 354, 361, 364, 383,
389, 396, 399, 423
Cadi ... 21, 22, 23, 24, 31, 38, 41, 43, 44, 45, 47,
49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60,
61, 62, 63, 64, 65, 67, 70, 71, 72, 73, 74, 75,
76, 77, 78, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 89, 90,
94, 95, 97, 98, 99, 101, 102, 104, 105, 108,
109, 110, 111, 129, 130, 131, 143, 144,
145, 146, 149, 151, 152, 153, 154, 155,
195, 197, 223, 224, 226, 227, 232, 233,
234, 243, 244, 253, 259, 262, 272, 275,
281, 293, 312, 317, 336, 384
Code de procédure civile 254, 378
conciliation..... 59, 82, 83, 110, 155, 181, 197,
211, 213, 215, 217, 218, 219, 220, 316
exécution des décisions 56, 64, 145, 146,
152, 153, 154, 339
exécution forcée59, 286
juge de droit commun49, 71, 76, 94, 97, 155,
166, 188, 223, 228, 232, 234, 254, 258,
281, 282, 287, 289, 321, 336

L

Loi. 2, 4, 5, 7, 22, 26, 27, 28, 34, 36, 37, 39, 40, 44,
45, 46, 49, 55, 58, 63, 67, 70, 73, 76, 80, 81,
84, 87, 88, 89, 90, 93, 96, 97, 98, 99, 100, 102,
103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 115,
117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125,
126, 127, 129, 130, 132, 133, 134, 142, 143,
145, 157, 158, 160, 162, 167, 169, 170, 171,
172, 174, 178, 183, 186, 189, 190, 191, 192,
203, 204, 206, 207, 209, 210, 212, 214, 217,

- 218, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 230, 232, 233, 235, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 244, 247, 249, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 275, 276, 278, 280, 281, 282, 283, 287, 289, 292, 293, 294, 296, 298, 299, 300, 301, 302, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 312, 314, 315, 317, 318, 319, 321, 323, 324, 325, 327, 330, 331, 334, 338, 339, 340, 341, 342, 345, 347, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 370, 371, 372, 375, 377, 380, 381, 384, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 401, 404, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 417, 419, 420, 421, 422, 423, 426, 427, 430, 431, 433, 436, 439, 440, 441, 445
- accessibilité et intelligibilité** ..117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 365
- égalité devant la loi**. 119, 142, 183, 203, 404, 419, 420, 422, 426, 431, 433, 440, 445
- loi étrangère**..... 167, 170, 172, 192, 210
- LOLF** III
- M**
- Mariage** .26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 44, 65, 72, 73, 74, 79, 86, 87, 88, 89, 93, 101, 104, 136, 137, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 155, 166, 170, 171, 187, 188, 189, 190, 205, 208, 209, 210, 215, 216, 217, 218, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 229, 230, 235, 236, 237, 258, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 282, 283, 287, 288, 289, 298, 299, 300, 301, 306, 309, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 326, 327, 328, 329, 332, 333, 334, 337, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 359, 373, 376, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 389, 405, 406, 407, 418, 433
- (-)effets**.. 32, 35, 227, 258, 268, 269, 271, 272, 273, 274, 287, 289, 301, 324, 333, 334, 381, 382
- (-)formation** 139, 223, 227, 288, 314, 380
- (-)polygamique**..... 23, 28, 32, 46, 86, 87, 161, 163, 208, 216, 218, 220, 221, 225, 227, 241, 244, 262, 305, 316, 321, 322, 323, 324, 326, 327, 328, 329, 330, 332, 333, 334, 336, 337, 338, 340, 341, 342, 343, 345, 346, 347, 383
- (-)polygamique**
pension de réversion . 331, 332, 333, 338, 339, 343, 344, 345, 346, 347, 414
- djabr* ou droit de contrainte 31, 140, 142
- dot**.....30, 31, 35, 320
- régime matrimonial** 269, 270, 271, 272, 274, 288, 298, 300, 301, 302, 316, 318, 319, 320, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 346, 360, 380
- régime de droit local 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 326, 327, 346, 356
- régime légal**. 269, 271, 287, 298, 301, 323, 326, 327
- séparation des biens**..... 86, 318, 319, 321, 322, 323, 326, 360
- statut impératif de base**..235, 269, 271, 379, 382, 383
- Wali**..... 86, 140, 141, 218, 224, 225
- Mineur**..... 94, 280, 378, 379, 381, 383, 384, 385, 414, 429, 437, 442
- assistance éducative** 94, 389, 436, 437
- conseil de famille**.....235, 301, 378, 379, 384, 385
- protection de l'enfance**.....413, 436, 437, 439
- Minhadj**. 20, 21, 22, 23, 28, 30, 31, 42, 47, 50, 53, 63, 64, 81, 82, 84, 90, 129, 130, 134, 244
- N**
- Nouvelle-Calédonie** 4, 5, 37, 38, 96, 103, 107, 129, 155, 165, 166, 178, 185, 187, 238, 239, 240, 335, 352, 354, 355, 426
- assesseurs coutumiers** 129, 155, 166, 233
- statut coutumier kanak..... 8, 10, 37, 103, 104, 107, 129, 166, 167, 238, 239, 240, 290, 352, 355, 358
- O**
- Ordre public**.....80, 118, 141, 152, 160, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 174, 176, 192, 203, 218, 236, 270, 287, 295, 296, 309, 310, 324, 333, 334, 335, 337, 342, 345, 373, 396
- P**
- pluralisme juridique
conflit interpersonnel.....4
Conflits internes de lois 4
- Procès équitable**... 144, 145, 146, 149, 153, 154
- célérité** 152
- égalité des armes** 150
- impartialité** 146, 147, 148, 149
- Protection des personnes vulnérables**
majeur 279, 281
- R**
- Régime foncier** 47, 67, 69, 110, 132, 134, 137, 138, 243, 355
- (-)coutumier** 67, 110, 132, 138, 243, 355
- (-)immatriculation**.... 42, 46, 47, 48, 49, 50, 64, 67, 68, 69, 70, 75, 76, 110, 132, 138, 228, 230, 231, 243, 393, 398, 400
- Waqf**..... 29
- Régime législatif**... 2, 7, 115, 178, 244, 262, 387, 398, 423, 428, 441
- assimilation législative** 1, 106, 113, 198, 375, 386, 388, 394, 395, 397, 398, 400, 401, 403, 422, 423, 426, 428, 441, 445
- assimilation législative**1, 2, 9, 395, 398, 401, 427, 431, 443

identité législative.....1, 106, 113, 198, 375,
 386, 388, 394, 395, 397, 398, 400, 401,
 403, 422, 423, 426, 428, 441, 445
 spécialité législative....2, 3, 106, 109, 115, 128,
 336, 369, 375, 387, 388, 389, 390, 392,
 397, 422, 426

S

Sécurité juridique..... 20, 49, 51, 53, 62, 64, 116,
 120, 122, 123, 127, 137, 155, 229, 230, 241,
 243, 293, 296, 297, 323, 336, 351, 360, 361,
 362, 363, 364, 365, 366, 367, 371, 441
 notion de sécurité juridique..... 361
Statut personnel2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12,
 13, 15, 17, 21, 22, 27, 28, 29, 36, 37, 38, 39,
 40, 41, 42, 46, 47, 54, 57, 58, 62, 63, 65, 67,
 70, 71, 73, 74, 76, 77, 82, 85, 89, 90, 91, 92,
 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104,
 105, 106, 107, 108, 109, 111, 113, 116, 117,
 127, 128, 130, 133, 134, 135, 136, 137, 142,
 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161,
 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170,
 172, 173, 174, 175, 177, 178, 179, 182, 183,
 185, 186, 187, 188, 189, 191, 192, 195, 196,
 197, 199, 201, 202, 205, 212, 213, 222, 223,
 227, 228, 232, 233, 234, 235, 238, 240, 241,

242, 243, 244, 245, 247, 248, 249, 251, 253,
 254, 255, 256, 262, 263, 266, 267, 268, 269,
 271, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 282, 287,
 289, 290, 292, 293, 294, 295, 298, 301, 302,
 305, 309, 310, 317, 319, 321, 327, 334, 335,
 336, 337, 338, 339, 340, 346, 347, 349, 351,
 352, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361,
 363, 365, 366, 367, 369, 370, 371, 372, 373,
 374, 378, 381, 384, 385, 401, 412, 416, 417,
 419, 433, 439, 440, 441, 443, 444, 445
(-)indigène. 2, 6, 29, 43, 44, 50, 51, 55, 58, 59,
 68, 183, 367, 368
 domaine razione materiae 2, 223, 233, 298
 domaine razione personae.....2
 rapports patrimoniaux.....2
 rapports personnels.....2
Successions..... 339
(-)ab intestat..... 219
dévolution volontaire 219, 311
droit de retour.....219, 220, 312, 313, 314
 conventionnel 312
 légal..... 312, 313, 314
testament. 218, 219, 300, 311, 331, 339, 340,
 341, 342

Tables des matières

SOMMAIRE	I
INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : L'ASSIMILATION PROGRESSIVE DU STATUT PERSONNEL MAHORAIS	
.....	15
TITRE I : L'ELABORATION DU STATUT PERSONNEL MAHORAIS SOUS INFLUENCE ASSIMILATIONNISTE.....	17
<i>Chapitre I : Une assimilation à l'état embryonnaire.....</i>	<i>19</i>
Section 1 : La tendance conservatrice des règles substantielles.....	20
§1/ Le maintien des principales sources locales du droit.....	20
A) Institution du Minhadj comme code officiel.....	21
B) Invocabilité des règles coutumières.....	23
1) La coutume invocable.....	24
2) L'essence matriarcale des coutumes mahoraises.....	26
§2/ Domaine d'application des particularismes locaux.....	29
A) Le champ d'application <i>ratione materiae</i>	29
1) Les rapports personnels.....	30
2) Les rapports patrimoniaux.....	35
A) Le champ d'application <i>ratione personae</i>	36
1) Les conditions de jouissance du statut personnel.....	37
2) Incidences de l'indépendance des Comores.....	39
Section 2 : L'effort d'assimilation des règles de forme.....	41
§1/ L'introduction du formalisme dans le statut personnel mahorais.....	41
A) L'apparition de l'état civil et du régime de l'immatriculation.....	42
1) L'état civil.....	42
2) Le régime de l'immatriculation.....	46
B) Des règles éparses sur l'enregistrement des actes.....	50
1) Fondements textuels du mécanisme d'enregistrement.....	50
2) Intérêt pratique de l'enregistrement.....	51
§2/ L'organisation de la justice sur le modèle occidental.....	53
A. Une organisation judiciaire adaptée au contexte local.....	54
1) La justice cadiale depuis son avènement à Mayotte.....	55
2) Organisation et fonctionnement de la justice cadiale depuis 1939.....	57
B) La reconnaissance de compétences extrajuridictionnelles.....	61
<i>Chapitre II : Les limites pratiques du système mis en place.....</i>	<i>63</i>
Section 1 : Les difficultés relatives à l'application du droit local.....	64
§1/ La persistante déféctuosité de l'identification des personnes et des terres.....	64
A) La gestion calamiteuse de l'état civil.....	64
B) L'échec du régime de l'immatriculation.....	67
§2/ Les problèmes inhérents à la pratique judiciaire.....	70
A) Les difficultés liées à la répartition des compétences entre les deux statuts civils.....	71
1) Une difficulté récurrente dans la répartition personnelle des compétences : le mariage.....	72
2) Un exemple des difficultés liées à la répartition matérielle des compétences : la contestation de nature successorale portant sur un immeuble immatriculé.....	74
B) Les difficultés liées à l'articulation du droit musulman et des coutumes locales.....	76
1) Les éventuels conflits internes de lois.....	78
2) La réalité de la pratique du droit musulman à Mayotte.....	84
Section 2 : L'inadéquation du droit local avec les évolutions sociales.....	90
§1/ L'évolution du milieu social mahorais.....	91
A) L'émergence de comportements nouveaux.....	91
B) L'émigration vers la Réunion et la métropole.....	95
§2/ Une évolution contrariée par la rigidité du droit local.....	98
A) La difficile prise en compte des comportements nouveaux.....	99
1) La possibilité d'une évolution du droit local en dehors de toute intervention législative.....	99
2) Une éventualité écartée par la rigidité de la réglementation du droit local.....	101
B) La nécessité d'une intervention législative.....	106
1) Le droit local : un système juridique sans organe légiférant.....	106
2) Une carence susceptible d'être comblée par le pouvoir législatif.....	108
TITRE II : LA SUPPRESSION DES REGLES DU STATUT PERSONNEL AU PROFIT DU DROIT COMMUN.....	113

<i>Chapitre I : Une disparition favorisée par la fondamentalisation du droit local</i>	115
Section 1 : Des règles locales en contradiction avec les droits fondamentaux	117
§1/ Le cas spécifique de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi	117
A) La notion d'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi	117
1) La reconnaissance de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi	118
1) Le contenu de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi	123
B) Un objectif demeuré imparfaitement réalisé en droit local	127
1) La teneur du problème	127
2) Les solutions rétrospectivement envisageables	133
§2/ Les contrariétés substantielles et procédurales	139
A) Les incompatibilités substantielles	139
1) Les atteintes à la liberté	139
2) Les prescriptions discriminatoires	142
B) Les incompatibilités procédurales	144
1) Les incertitudes liées à la garantie procédurale devant la justice cadiale	146
2) Les incertitudes affectant l'exécution des décisions	152
Section 2 : Une fondamentalisation de concrétisation malaisée	155
§1/ Les causes du problème	156
A) La problématique liée à l'interprétation de l'article 75 de la Constitution	156
1) Les divergences doctrinales	156
2) L'apport décisif du Conseil constitutionnel	160
B) La clause « des nécessités locales »	164
1) Une clause exclusive du bénéficiaire des droits fondamentaux conventionnels à l'égard d'une catégorie de Français	164
2) Des droits fondamentaux conventionnels profitant pourtant aux étrangers établis en France	169
§2/ Une réception souhaitable des droits fondamentaux en droit local	172
A) Une solution indispensable pour la cohérence de l'ordre juridique français	173
1) Un ordre juridique dominé par les droits fondamentaux	173
2) Une domination contestée par l'approche différentialiste	180
B) Une solution opportune au regard des difficultés inhérentes à la renonciation au statut personnel	187
<i>Chapitre II : L'extension du droit commun dans le statut civil particulier</i>	195
Section 1 : Une extension sujette à une vive controverse	195
§1/ L'origine de la controverse	195
A) Une controverse nourrie par des considérations socio-théologiques	196
B) Des considérations théologiquement contestables	198
§2/ Les implications de la controverse	201
A) L'éternel débat de l'incompatibilité de l'Islam avec la laïcité	202
1) L'incompatibilité dans l'organisation de la vie en société	202
2) L'incompatibilité dans les rapports familiaux	208
B) La nécessité d'une approche conciliatoire	211
1) Le fondement de l'approche conciliatoire	211
2) La réalisation de la conciliation	215
Section 2 : Une extension prétendument inachevée	222
§1/ Les domaines expressément soumis au droit commun	223
A) L'assimilation partielle de l'institution matrimoniale	223
1) L'application des règles civilistes relatives à la formation du mariage	223
2) La transposition de la réglementation du divorce	226
B) L'assimilation complète des règles de forme et de la justice	227
1) L'état civil et la propriété foncière	228
2) La consécration de la compétence exclusive du juge civil	232
§2/ L'apparente survivance de certains particularismes locaux	234
A) Une survivance résultant d'oublis législatifs	235
B) Des oublis dissimulant une assimilation quasi-complète	237

DEUXIEME PARTIE : LA DELICATE APPLICATION DU STATUT PERSONNEL REFORME.....247

TITRE I : LES DIFFICULTES INHERENTES A LA MISE EN ŒUVRE DES NOUVELLES REGLES..... 249

<i>Chapitre I : Les difficultés soulevées par la plénitude de compétence du droit commun</i>	251
Section 1 : Une plénitude de compétence d'appréhension malaisée	251
§1/ Un malaise généralement causé par l'inaccessibilité et l'intelligibilité du dispositif	251
A) La teneur du problème	252
1) L'absence d'harmonie dans l'ordonnement juridique	252
2) Le risque d'atteinte à la prévisibilité des solutions juridiques	256
B) Les causes du problème	259

1) Une technique législative défailante.....	259
2) Une évaluation législative improbable	263
§2/ Un malaise spécifiquement perceptible dans certaines institutions	268
A) L'ambiguïté sur la loi applicable aux effets du mariage.....	268
1) Bref rappel sur les règles relatives aux effets du mariage	269
2) Les incidences liées à l'absence de transposition dans le statut personnel	271
B) Les incohérences affectant le statut de l'enfant né hors mariage	275
Section 2 : Une plénitude de compétence à concrétiser par la pratique	277
§1/ Le rôle du juge.....	278
A) Sur la plénitude de compétence du droit commun.....	279
1) Les institutions réglementées par le Code civil.....	279
2) Les solutions jurisprudentielles	282
B) Sur les difficultés spécifiques à certaines institutions.....	287
1) L'application du régime primaire aux époux de statut civil particulier	287
2) L'application du droit de la filiation à l'enfant naturel	289
§2. Le rôle de la volonté individuelle.....	292
A) Une manifestation dissociable de l'option législative	292
B) Une intervention aux effets néanmoins certains	298
<i>Chapitre II : Les difficultés relatives aux conflits de loi dans le temps</i>	<i>305</i>
Section 1 : Le principe de l'application immédiate du droit commun	306
§1/ L'affirmation du principe	306
A) Le fondement	306
B) La portée.....	309
1) Sur le cas particulier de la dévolution successorale.....	310
2) Relativement aux autres matières	314
§2/ L'atténuation du principe.....	317
A) La survie du régime séparatiste des biens entre les époux	318
1) Le régime séparatiste des biens de droit local.....	318
2) Le fondement de la survie du régime séparatiste	321
B) Un régime néanmoins susceptible d'abandon.....	324
Section 2 : Les limites pratiques de l'application immédiate du droit commun	327
§1/ Un dispositif inadapté à la situation de l'époux polygame	328
A) Pendant la communauté de vie.....	328
B) Au décès de l'époux polygame	331
§2/ Les solutions adaptées à la situation de l'époux polygame.....	332
A) La qualité d'ayant-droit de l'assuré polygame.....	333
1) La reconnaissance de l'union polygamique hors de Mayotte	334
2) La reconnaissance consécutrice de la qualité d'ayant-droit aux coépouses	336
B) Droits successoraux et pension de réversion.....	339
1) La répartition des droits successoraux.....	339
2) Le versement de la pension de réversion.....	343
TITRE II : LA NECESSAIRE FORMALISATION DE L'ASSIMILATION	349
<i>Chapitre I : La suppression des dispositions relatives au statut personnel.....</i>	<i>351</i>
Section 1 : Un statut personnel réduit à une proclamation de principe	351
§1/ Les contours fantomatiques du statut personnel.....	351
A) Un statut personnel sans spécificités locales	352
1) Les spécificités locales ou l'essence du statut civil particulier	352
2) Des survivances réduites aux conséquences inhérentes au droit transitoire	355
B) Un statut personnel de renonciation illusoire	357
§2/ Un maintien préjudiciable à la sécurité juridique	360
A) Les aspects du problème.....	360
1) La notion de sécurité juridique	361
2) Une exigence manifestement atteinte.....	363
B) Les solutions envisageables.....	366
1) L'insuffisante intervention législative.....	367
2) L'inéluçtable révision constitutionnelle.....	371
Section 2 : Une limite à l'application uniforme du Code civil à Mayotte.....	373
§1/ L'adaptation critiquable du Code civil dans le statut personnel.....	374
A) La teneur de l'adaptation	374
1) Une adaptation affectant le statut civil commun.....	374
2) Les répercussions de l'adaptation dans le statut civil particulier.....	378
B) L'examen critique de l'adaptation.....	381
1) Sur le statut conjugal.....	381
2) Sur le mariage du mineur.....	384
§2/ L'adaptation générale du Code civil à Mayotte.....	386

A.	L'extension adaptée du Code civil à Mayotte	386
1)	L'introduction du Code civil à l'abri des évolutions ultérieures	387
2)	L'actualisation adaptée des règles du Code civil	390
B)	Une adaptation discutable	393
1)	L'apparente contrariété à l'article 73 de la Constitution	394
2)	L'absence de généralisation de l'identité législative	398
	Chapitre II : L'alignement conséquent du droit non civil de la famille	403
	Section 1 : Le bien-fondé de l'alignement	403
	§1/ Renouveau des sources en droit de la famille et logique assimilationniste	404
A)	L'exclusivisme originaire du Code civil	404
1)	La famille dans le Code civil de 1804	405
2)	Le temps des bouleversements	408
B)	Les nouvelles sources du droit de la famille	411
1)	Détermination et rôle des nouvelles sources	412
2)	Incidence du renouvellement des sources sur la logique assimilationniste	416
	§2/ Le respect du principe d'égalité devant la loi	419
A)	Précisions sur le principe d'égalité devant la loi	419
B)	La méconnaissance du principe dans le droit applicable à Mayotte	422
1)	Le cas du droit non civil de la famille	423
2)	Une rupture discutable d'égalité devant la loi	426
	Section 2 : L'étendue de l'alignement	431
	§1/ Les aides financières	432
	§2/ La protection de l'enfance	436
	CONCLUSION GENERALE	443
	BIBLIOGRAPHIE	447
	INDEX ALPHABETIQUE	489
	TABLES DES MATIERES	493