



HAL
open science

La coutume mahoraise et les statuts personnels dans les Outre-mer de la République. Approche comparative (Mayotte, Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna)

Etienne Cornut

► To cite this version:

Etienne Cornut. La coutume mahoraise et les statuts personnels dans les Outre-mer de la République. Approche comparative (Mayotte, Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna). Élise Ralser, Hugues Fulchiron, Aurélien Siri, Etienne Cornut. La place de la coutume à Mayotte, IERDJ - Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice, pp.447-465, 2022. halshs-04699666

HAL Id: halshs-04699666

<https://shs.hal.science/halshs-04699666v1>

Submitted on 18 Sep 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Septembre 2022

RAPPORT N°18.19



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

La place de la coutume à Mayotte

Sous la direction de

ÉLISE RALSER,
HUGUES FULCHIRON,
AURÉLIEN SIRI,
ÉTIENNE CORNUT



Rr
**RAPPORT DE
RECHERCHE**

Sommaire

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

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

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

Partie V – LA COUTUME MAHORAISE ET LES STATUTS PERSONNELS DANS LES OUTRE-MER DE LA RÉPUBLIQUE.

Approche comparative (Mayotte, Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna)

L'article 75 de la Constitution prévoit que « les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. » Ce texte permet à certains Français d'être régis par une norme autre que le droit commun étatique. Cette autre norme, le plus souvent dénommée « coutume » ou « droit local » dans les textes officiels qui en reconnaissent et en organisent la juridicité, a une forte résonance identitaire liée à celle du groupe communautaire auquel elle s'applique et au territoire dont sont originaires ses membres. Si le fondement du statut personnel particulier est à rechercher dans le droit colonial, afin de séparer juridiquement le colon – citoyen soumis aux règles de la mère patrie – de l'indigène – non-citoyen laissé à sa condition au moins pour ce qui concerne ses rapports avec ses semblables – et d'organiser les rapports mixtes entre eux – nécessairement soumis au droit du colonisateur –, ce fondement, avec la fin du régime de l'indigénat, des indépendances et dans le cadre d'une revendication identitaire ou autochtone, a évolué de façon plus positive.

La reconnaissance du statut personnel coutumier à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie et à Wallis et Futuna, désormais seules collectivités concernées, repose sur celle d'un droit à l'identité des « populations d'outre-mer » (art. 72-3 de la Constitution). Ainsi de « l'identité kanak » érigée au rang de valeur constitutionnelle par l'accord de Nouméa qui fonde, outre le statut personnel coutumier, la place réservée aux autorités et institutions coutumières. De même l'identité wallisienne et futunienne, justifiant que soient garantis aux originaires de ce territoire, par l'État, « le libre exercice de leur religion, ainsi que le respect de leurs croyances et de leurs coutumes » (art. 3 al. 1^{er} de la loi n° 61-814) autant que le maintien des circonscriptions territoriales d'Uvea (*ie* de Wallis), d'Alo et de Sigave (*ie* de Futuna) « dans leurs limites actuelles » (art. 17 de la loi n° 61-814), c'est-à-dire les limites des chefferies royales coutumières. Bien qu'amputée d'une grande part de ses particularismes, l'identité mahoraise s'exprime dans la place encore laissée à la coutume dans les relations personnelles et familiales des Mahorais de statut personnel local, dans le rapport à la terre et la place de la religion¹⁵³⁹.

Si les trois statuts personnels coutumiers jouissent au sein de la République d'une reconnaissance constitutionnelle¹⁵⁴⁰, ils n'en demeurent pas moins des statuts « particuliers », d'exception, par rapport au statut personnel de droit commun dont jouissent, par principe, les Français. Cette particularité se vérifie à plusieurs niveaux. Au niveau personnel d'une part, en ce que seules des personnes originaires de certains Outre-mer, qui ont dans leur ascendance des

¹⁵³⁹ S. Blanchy, « Mayotte : “française à tout prix” », *Ethnologie française*, vol. 32, n° 4, 2002, p. 677 s.

¹⁵⁴⁰ F. Dargent, dans ce rapport.

originaires de ces territoires, peuvent revendiquer un tel statut et relever de la norme coutumière qui en découle. En ce sens, l'appartenance au statut particulier n'a lieu, en principe, que par attribution, en raison d'un lien de filiation avec deux ascendants eux-mêmes de ce statut. L'enfant issu d'une relation entre deux personnes de statut différent reçoit le statut de droit commun. Les rapports mixtes, entre des personnes de statut commun et particulier, sont régis par le seul droit commun (art. 5 al. 1^{er} de l'ordonnance n° 2010-590 ; art. 9 al. 1^{er} de la loi n° 99-209 ; art. 5 al. 1^o de la loi n° 61-814, interprété *a contrario*), excluant que des personnes ne relevant pas d'un statut particulier se voient appliquer une coutume¹⁵⁴¹. La renonciation au statut particulier est possible comme l'indique l'article 75 de la Constitution, mais de façon irréversible. La preuve de l'appartenance à un tel statut particulier, dont dépend la compétence de la coutume, s'établit par un acte de l'état civil particulier, mis en place dans chacun de ces trois Outre-mer¹⁵⁴². Le statut étant un statut personnel, il suit, comme la nationalité, la personne en quelque lieu qu'elle se trouve, même en dehors de son territoire d'origine. L'identité qui fonde l'appartenance au statut personnel particulier ou coutumier transcende les frontières de l'espace où elle prend racine.

Au niveau matériel d'autre part, si la coutume régit les rapports juridiques noués entre personnes de même statut particulier, ce domaine de compétence n'est jamais général, mais toujours restreint, au mieux, au seul droit civil. Le droit privé non civil est ainsi exclu : relations professionnelles, liées au travail ou au commerce par exemple, ne relèvent pas de la coutume, alors même que toutes les parties seraient de statut coutumier¹⁵⁴³. De même le droit pénal protégeant l'ordre public et les intérêts de la société en son entier, et non seulement les intérêts particuliers, même ceux des victimes, relève de la compétence de l'État. Il en découle que le prévenu « ne saurait prétendre qu'en raison de son "statut civil particulier de droit coutumier en Nouvelle-Calédonie", il ne relève pas des juridictions répressives françaises », et « qu'aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer et appliquer des sanctions à caractère de punitions, même aux personnes relevant du statut civil coutumier »¹⁵⁴⁴, ou encore que « si le statut de 1961 traduit l'engagement de la République de respecter les règles coutumières, ce n'est qu'au travers du statut civil personnel ; que la loi pénale est la même pour tous, quelle que soit la nature du statut personnel comme le confirme le libellé de l'article 75 de la Constitution de 1958 ; qu'en outre, aucune disposition n'existe instaurant un régime d'immunité en faveur des dignitaires de la coutume ou de familles royales du royaume d'UVEA (Wallis) ou des Royaumes d'ALO et d'ALOFI (Futuna) »¹⁵⁴⁵.

Ces caractéristiques communes entre les trois statuts particuliers ne doivent cependant pas donner l'illusion d'un traitement uniforme sous l'égide d'un fondement constitutionnel unique. En réalité les différences sont profondes, et le statut mahorais en est le parent pauvre. Ce constat des différences et les interrogations qu'elles pourront susciter (Chapitre 1) conduiront à se demander si le statut mahorais ne pourrait pas être « porté » par deux autres statuts personnels, afin d'envisager son avenir autrement que sous une forme spectrale (Chapitre 2).

¹⁵⁴¹ Sur cette logique qui pourrait être dépassée, v. É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil » : *JDI* 2014, doct. 3, p. 51 s.

¹⁵⁴² Sur l'état civil coutumier de Mayotte, v. *supra*. Pour la Nouvelle-Calédonie, v. Ch. Bidaud-Garon, « L'état civil coutumier », in É. Cornut, P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, éd. PUNC, coll. Larje, 2018, p. 367 et s.

¹⁵⁴³ Par ex. pour la Nouvelle-Calédonie, v. Cass. soc., 10 février 2010, n° 08-70084, Bull. civ., V, n° 37.

¹⁵⁴⁴ Cass. crim., 10 octobre 2000, pourvoi n° 00-81.959.

¹⁵⁴⁵ TPI Mata-Utu, ch. corr., 25 août 2014, RG n° 2012/80.

Chapitre 1/ Un traitement différent entre les trois statuts particuliers

Il conviendra dans un premier temps d'exposer les différences les plus saillantes entre les trois statuts particuliers (Section 1) avant de s'interroger sur leurs causes (Section 2).

Section 1/ Quelles différences ?

Les différences entre le statut mahorais et les deux statuts personnels d'Océanie se manifestent quant à leur domaine d'application, à l'influence des droits fondamentaux, enfin pour leur régime procédural.

§ 1 – Le champ personnel et matériel de la coutume

Ratione personae, les conditions d'appartenance au statut personnel particulier sont dans les textes globalement identiques, même si le statut mahorais intègre, parmi elles, le critère de la religion et, parfois, d'une double génération¹⁵⁴⁶. La différence principale se situe sur la renonciation. Si par principe seul l'abandon du statut particulier en faveur de celui de droit commun est possible (art. 75 de la Constitution ; art. 3 al. 1^{er} de l'ordonnance n° 2010-590 ; art. 2 de la loi n° 61-814 ; art. 13 al. 4 de la loi n° 99-209), les Kanak de statut personnel de droit commun peuvent, par exception, renoncer à ce statut au profit du statut civil coutumier. La loi n° 99-209 prévoit trois hypothèses de portée inégale, l'une étant désormais fermée. La première permet à la personne issue d'un couple mixte, qui est de statut commun (art. 10)¹⁵⁴⁷, de demander le statut coutumier dans les trois ans de sa majorité, à condition d'avoir joui de la possession d'état coutumier pendant 5 ans au moins (art. 12 al. 1^{er}). La deuxième permet à toute personne ayant eu le statut civil coutumier, mais qui ne l'a plus pour quelque cause que ce soit, de le retrouver (art. 13 al. 1^{er}). Cette possibilité est en soi très souple, et permet à une personne de passer d'un statut à l'autre, au gré de sa volonté, autant de fois qu'elle le souhaite. Un contrôle est cependant exercé par le juge, qui peut alors refuser le changement s'il porte atteinte à l'ordre public ou à la stabilité des situations juridiques (art. 13 al. 3). La troisième possibilité, aujourd'hui fermée, permettait à tout Kanak justifiant d'un ascendant (quel que soit le degré) de statut civil coutumier d'accéder au statut civil coutumier. Ces dérogations, et notamment la troisième, répondent à un constat fait par l'accord de Nouméa (art. 1.1), que « certains Kanak ont le statut civil de droit commun sans l'avoir souhaité », notamment parce l'intéressé « y aurait renoncé, ou (...) s'en serait trouvé privé à la suite d'une renonciation faite par ses ancêtres ou par mariage ou par toute autre cause (cas des enfants inscrits en métropole sur l'état civil) ». De façon prétorienne et audacieuse, la cour d'appel de Nouméa¹⁵⁴⁸, adoubée par la Cour de cassation¹⁵⁴⁹, a ouvert en vertu de l'article 15 de la loi n° 99-209 une voie d'accession sur la seule condition d'une « possession d'état coutumier », qui « se déduit d'un seul fait majeur, qui en réalité les englobe et les résume tous : l'appartenance à un clan, qui induit une ascendance, et surtout un état reflétant une vérité sociale »¹⁵⁵⁰. Ce cas d'accession original s'inscrit dans la logique de l'accord de Nouméa, afin de reconnaître un droit à l'identité sociologique.

¹⁵⁴⁶ Sur ces conditions d'appartenance, v. V. Parisot, dans ce rapport.

¹⁵⁴⁷ « L'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère ont le statut civil coutumier, a le statut civil coutumier. » Encore que sur ce point il existe une divergence entre le Conseil constitutionnel et la cour d'appel de Nouméa, quant au statut de l'enfant d'un couple mixte, reconnu en premier par son parent de statut coutumier.

¹⁵⁴⁸ CA Nouméa, 29 septembre 2011, *Saito*, RG n° 11/46.

¹⁵⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-30.154 : *JCP G.* 2013, 986, note É. Cornut ; *JDI* 2014, comm. 8, note S. Sana-Chaillé de Néré.

¹⁵⁵⁰ CA Nouméa, 19 avril 2012, RG n° 11/384 : *RJPENC* 2012/2, n° 20, p. 80, 2^{nde} esp., obs. É. Cornut.

Ratione materiae, le domaine de la coutume, s'il est toujours restreint, l'est plus ou moins selon les territoires. Si le statut particulier de Wallis et Futuna a un domaine indéfini dans la loi statutaire de 1961¹⁵⁵¹, le statut coutumier kanak régit quant à lui « le droit civil » (art. 7 de la loi n° 99-209), alors que le statut mahorais a un domaine encore plus restreint, en ce qu'il ne régit que « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités » (art. 1^{er} al. 1^{er} de l'ordonnance n° 2010-590). Pour autant, et comme le montre précisément Élise Ralser dans sa contribution, il ne s'agit là que du domaine théorique, positif, de la coutume mahoraise. Par d'autres mécanismes, notamment l'ordonnance de 2010 ou encore la réserve de l'ordre public, ce domaine est en réalité encore plus réduit, et la coutume amputée de sa juridicité sur de nombreux aspects de questions que pourtant elle devrait régir¹⁵⁵². Une réduction du périmètre matériel du statut coutumier kanak a également été envisagée, en interprétant la notion de « droit civil » au sens de l'article 7 de la loi n° 99-209, pour la restreindre à l'état et à la capacité des personnes et aux relations familiales, en plus des biens et du rapport à la terre, mais à l'exclusion notamment du droit civil des obligations. La Cour de cassation, à plusieurs reprises, rappela qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne le fait pas, et c'est pour « l'ensemble du droit civil »¹⁵⁵³, y compris les « intérêts civils »¹⁵⁵⁴, que la coutume s'applique.

§ 2 – Coutume et droits fondamentaux

Au-delà du domaine précis de la coutume, c'est le rôle de l'ordre public et des droits fondamentaux qui marque une rupture entre les trois statuts particuliers¹⁵⁵⁵. Point commun entre les statuts coutumiers mahorais et wallisien-futunien, la loi prévoit expressément que les coutumes s'appliquent « tant qu'elles ne sont pas contraires aux principes généraux du droit » (art. 3 al. 1^{er} de la loi n° 61-814), et que les intéressés « jouissent des droits, prérogatives et libertés attachés à la qualité de citoyen français et sont soumis aux mêmes obligations » (art. 2 de la loi n° 61-814), en ce sens que « l'exercice des droits, individuels ou collectifs, afférents au statut civil de droit local ne peut contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français. » (art. 1^{er} al. 2 de l'ordonnance 2010-590). Pour la coutume mahoraise, la loi va encore plus loin en l'évinçant ou en l'encadrant sur des points précis, dans le but de faire respecter, pour l'essentiel, le principe d'égalité et ainsi d'éliminer des coutumes discriminatoires¹⁵⁵⁶. C'est ainsi que la répudiation, les inégalités successorales et la polygamie sont désormais prohibées, tandis que la capacité de la femme mariée est affirmée (au moins pour certains aspects de cette capacité, ce qui peut surprendre¹⁵⁵⁷). Cet encadrement, on le sait, a été validé par le Conseil constitutionnel : « dès lors [que le législateur] ne remettait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, il pouvait adopter des dispositions de

¹⁵⁵¹ Son article 2 ne faisant que reprendre l'article 75 de la Constitution pour dire que les « originaires du territoire des îles Wallis et Futuna (...) qui n'ont pas le statut de droit commun conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas expressément renoncé. »

¹⁵⁵² É. Ralser, dans ce rapport. *Adde* en annexe le tableau sur le domaine matériel du statut mahorais établi par Élise Ralser également.

¹⁵⁵³ Avis du 16 décembre 2005, BICC n° 637 du 1^{er} avril 2006 ; *RTD civ.* 2006, p. 516, obs. P. Deumier ; *RJPENC* n° 7, 2006/1, p. 40, note P. Frezet, p. 42, note L. Sermet ; *LPA* n° 207, du 17/10/2006, p. 11, note C. Pomart.

¹⁵⁵⁴ Avis du 15 janvier 2007, BICC n° 658 du 1^{er} avril 2007 ; *RJPENC* 2007/1, n° 9, p. 68, note L. Sermet ; *Dr. & cult.*, 54, 2007/2, p. 203, note P. Frezet.

¹⁵⁵⁵ É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier » : *Rev. crit. DIP* 2012, p. 733 s., spéc. p. 761 s.

¹⁵⁵⁶ V. la contribution de H. Fulchiron, *supra* dans ce rapport.

¹⁵⁵⁷ Sur ce point, v. É. Ralser, *loc. cit.*, spéc. p. 768 ; M. Madi, « La capacité de la femme mahoraise », dans ce rapport.

nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés »¹⁵⁵⁸.

À l'inverse, la loi n° 99-209 ne limite ni n'encadre expressément la coutume kanak par l'ordre public ou le respect des droits fondamentaux. Ce privilège est notamment reconnu par deux décisions. L'une rendue par le Conseil constitutionnel, selon laquelle « rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle, ces dérogations pouvant n'être qu'implicites ; que tel est le cas en l'espèce ; qu'il résulte en effet des dispositions du premier alinéa de l'article 77 de la Constitution que le contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi organique doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa, lequel déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle »¹⁵⁵⁹. L'autre rendue par la Cour de cassation aux termes de laquelle « l'application [du droit coutumier] échappe au contrôle de la Cour de cassation au regard de l'ordre public »¹⁵⁶⁰. Cela ne veut pas dire que la coutume kanak échappe à tout contrôle au regard de l'ordre public ou droits fondamentaux tirés de la Constitution et des textes internationaux, mais il est mis en œuvre sous une forme plus atténuée¹⁵⁶¹.

§ 3 – Le régime procédural du statut de droit local

Le régime procédural applicable au statut de droit local mahorais est également, à tous points de vue, tourné vers un objectif de mise à l'écart de la coutume, par un encouragement à l'application du droit commun. Cela se manifeste dès l'entrée dans le prétoire, lequel est depuis 2010 situé devant le seul juge de droit commun. Si la justice cadiale existait avant la départementalisation, elle n'avait cependant qu'une compétence partagée avec le juge de droit commun, et ce uniquement pour les rapports noués entre personnes ayant toutes le statut personnel mahorais. Les parties bénéficiaient en effet d'une option de juridiction, selon la volonté unilatérale de la partie la plus diligente à laquelle l'autre partie ne pouvait s'opposer, entre le cadî et le tribunal de première instance (art. 61 de la loi n° 2001-616 modifiée). Cette organisation judiciaire tranche avec celle en vigueur en Océanie, où des juridictions en formation coutumière ont été créées par la loi statutaire. En Nouvelle-Calédonie, l'article 19 alinéa 1^{er} de la loi n° 99-209 donne une compétence, exclusive, à la juridiction avec assesseurs coutumiers, en première instance comme en appel, dès lors que le litige relève de la coutume kanak. À Wallis et Futuna, l'article 5 de la loi n° 61-814 institue une « juridiction de droit local », compétente pour les contestations entre citoyens régis par un statut de droit local portant sur l'application de ce statut, et pour les contestations relatives aux biens détenus suivant la coutume. Trois tribunaux de 1^{er} degré étaient prévus, un dans chaque royaume, chacun composé d'un président et de 4 à 6 assesseurs représentant les chefferies royales. Si en Nouvelle-Calédonie cette juridiction en formation coutumière fonctionne de façon satisfaisante depuis

¹⁵⁵⁸ Cons. const., 17 juillet 2003 n° 2003-474 DC, consid. n° 29.

¹⁵⁵⁹ Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC.

¹⁵⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 08-20843 : *Bull. civ.* 2010, I, n° 251 ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 610, note V. Parisot ; *JDI* 2011, p. 589, note S. Sana-Chaillé de Néré.

¹⁵⁶¹ É. Cornut, « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme », in Ch. Chabrot (dir.), *Le droit constitutionnel calédonien : Politeia* n° 20 (2011), p. 241 s. ; V. Parisot, S. Sana-Chaillé de Néré, « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 404 et s.

une trentaine d'années¹⁵⁶², en revanche la juridiction de droit local de Wallis et Futuna n'a jamais été mise en place, faute pour l'arrêté d'application, pris dix-sept ans plus tard, d'être entré en vigueur¹⁵⁶³. Les parties bénéficient, comme à Mayotte avant 2010, d'une option de juridiction. Elles peuvent, d'un commun accord¹⁵⁶⁴, demander à ce que la juridiction de droit commun statue sur leur litige (art. L. 562-24 du COJ pour la Nouvelle-Calédonie ; art. 5 al. 3 de la loi n° 61-814 pour Wallis et Futuna), de même que la juridiction pénale de droit commun compétente pour juger l'infraction l'est également, sauf volonté contraire d'une partie, pour statuer sur les intérêts civils (art. 19 al. 2 de la loi n° 99-209).

Ce choix pour la juridiction de droit commun ne vaut cependant pas option de législation, ni en Nouvelle-Calédonie ni à Wallis et Futuna. Pour Wallis et Futuna la loi statutaire le dit expressément, qu'en « ce cas, il leur est fait application des usages et coutumes les régissant » (art. 5 al. 3 de la loi n° 61-814). Pour la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel l'a rappelé pour la juridiction pénale statuant sur les intérêts civils, cette faculté de compétence « n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de permettre à la juridiction pénale de droit commun de ne pas faire application de la coutume lorsqu'elle statue sur les intérêts civils »¹⁵⁶⁵, et ce principe vaut pour l'option de juridiction devant le tribunal de première instance¹⁵⁶⁶. Aucune option de législation n'est en outre possible directement : dès lors que la personne est de statut coutumier kanak ou wallisien-futunien, la coutume s'applique. Seule une renonciation au statut personnel permet de donner compétence au droit commun. À l'inverse les personnes de statut de droit mahorais « peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local » (art. 1^{er} al. 4 de l'ord. 2010-590). Si cette option de législation permet à l'intéressé de ne pas être enfermé dans son statut coutumier, et de ce point de vue être analysée comme une garantie du « droit de libre identification »¹⁵⁶⁷, elle n'en demeure pas moins problématique en permettant un dépeçage des situations juridiques, ou encore une contradiction entre le statut de la personne et le droit qu'elle revendique¹⁵⁶⁸.

Si aucune option de législation n'a été exercée par les parties et si l'ordre public ne vient pas faire échec à sa compétence, alors la coutume mahoraise s'applique. Chargé de la mettre en œuvre, le juge peut cependant recourir au droit commun, à titre supplétif, « en cas de silence ou d'insuffisance du statut civil de droit local » (art. 1^{er} al. 3 de l'ordonnance 2010-590). Le droit local mahorais, pourtant norme française, est ici relégué au rang de la loi étrangère, dont l'absence de preuve du contenu commande le recours subsidiaire à la loi française. Pour Wallis et Futuna la loi statutaire ne comporte pas une telle disposition et il peut se déduire de l'obligation faite au juge de droit commun d'appliquer néanmoins la coutume (art. 5 al. 3 de la loi n° 61-814, préc.) que le droit commun français n'a aucun titre supplétif à s'appliquer en lieu

¹⁵⁶² V. not. R. Lafargue, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, éd. LGDJ Lextenso, 2010 ; D. Rodriguez, « La juridiction coutumière kanak. Juger en Kanaky », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 303 s.

¹⁵⁶³ Arrêté du 20 septembre 1978, n° 2063, du Haut-commissaire de la République dans l'Océan Pacifique, portant organisation d'une juridiction de droit local dans le territoire de Wallis-et-Futuna.

¹⁵⁶⁴ Sur ce point à la différence de Mayotte avant 2010, v. *supra*.

¹⁵⁶⁵ Cons. const., 14 novembre 2013, n° 2013-678 DC, consid. n° 37.

¹⁵⁶⁶ R. Lafargue, *La coutume face à son destin*, op. cit., p. 79.

¹⁵⁶⁷ Art. 3 § 1 de la convention cadre pour la protection des minorités nationales du 10 novembre 1994 du Conseil de l'Europe (la France étant l'un des 4 États membres du Conseil de l'Europe à ne pas l'avoir ratifiée) : « Toute personne appartenant à une minorité nationale a le droit de choisir librement d'être traitée ou ne pas être traitée comme telle et aucun désavantage ne doit résulter de ce choix ou de l'exercice des droits qui y sont liés. »

¹⁵⁶⁸ En ce sens, É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier », *loc. cit.*, spéc. p. 747-748.

et place d'une coutume obscure ou silencieuse. En ce qui concerne la coutume kanak, la Cour de cassation, saisie de l'argument des lacunes, a refusé d'appliquer le droit civil, dès lors que les parties étaient de statut coutumier et que le litige entraînait dans le champ du droit civil¹⁵⁶⁹.

À fondement constitutionnel identique et malgré une tendance commune, il apparaît de cette comparaison entre les trois statuts personnels particuliers que la reconnaissance du statut de droit local mahorais est très largement en deçà de celle dont bénéficient les statuts personnels particuliers d'Océanie. Il convient dès lors qu'en esquisser les raisons.

Section 2/ Pour quelles raisons ?

Les causes de cette reconnaissance différente par la France des trois statuts personnels particuliers sont multiples, autant anciennes que contemporaines, liées à l'histoire, au contexte géographique, à l'isolement plus ou moins grand des territoires même si tous sont des îles, à la démographie, aux influences extérieures, au contexte économique et social¹⁵⁷⁰. La disgrâce du statut de droit local mahorais paraît multifactorielle et ne peut uniquement s'expliquer par quelques traits saillants immédiatement identifiables qui sont, d'une part, les sources musulmanes du droit local mahorais et leur lot de dispositions potentiellement contraires à l'ordre public et aux valeurs fondamentales et, d'autre part, le processus de départementalisation qui justifie une assimilation juridique complète avec la métropole. Pour autant, ces deux causes apparentes ne signifient pas une condamnation définitive du statut de droit local et de la norme coutumière. Un autre facteur de cette faiblesse, révélé par la comparaison avec les statuts personnels océaniques, tient à l'inexistence – semble-t-il – d'un maillage traditionnel structuré et revendicatif de ses particularités.

§ 1 – Statut de droit local et départementalisation

Sans doute la « modernisation » du statut de droit local, entreprise depuis la loi de 2001, était-elle nécessaire, l'intégration de Mayotte dans la voie de l'assimilation législative ne pouvant pas admettre que perdurent des inégalités à l'égard des femmes et des enfants. Pour autant, et la pratique sociale et officieuse de la coutume le montre, les Mahorais semblent toujours attachés au maintien de leurs particularismes, même s'ils ne les revendiquent pas frontalement. La persistance des mariages uniquement religieux, le rôle demeuré important du cadî en dehors de ses fonctions officielles autant que le très faible nombre de renonciations au statut de droit local¹⁵⁷¹, témoignent de cette vivacité de la place de la coutume en fait, à défaut de l'être en droit.

En ce qui concerne la départementalisation, qui a fait entrer Mayotte sous le régime de l'article 73 de la Constitution et, partant, sous le principe de l'identité législative, d'aucuns ont pu en déduire que cela devait entraîner la disparition du statut personnel de droit local¹⁵⁷². Il nous

¹⁵⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, préc.

¹⁵⁷⁰ Sur ce contexte et ces raisons, v. not. le rapport d'information *Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités*, par J.-J. Hyst, M. André, Ch. Cointat, Y. Détraigne, Sénat, n° 115, nov. 2008. Adde O. Gohin, « Mayotte : la longue marche vers le droit commun » : *RJOI* n° spécial Mayotte, 2009, p. 5 s. ; S. Blanchy, « Mayotte : “française à tout prix” », *loc. cit.*

¹⁵⁷¹ Les statistiques les plus fréquemment citées font état d'une vingtaine de renonciation par an au profit du statut de droit commun. En ce sens, M. Philip-Gay, « Valeurs de la République et islam à Mayotte » : *Revue de droit des religions*, n° 6, 2018, p. 59-76, spéc. n° 12 ; S. Blanchy, *loc. cit.*, n° 28 et n° 30.

¹⁵⁷² Not. A. Boyer, « Les autochtones français : populations, peuples ? » : *Droit et cultures*, 1999/1, p. 126. Le rapport sénatorial *Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités*, préc., est très ambigu sur la question lorsqu'il écrit qu'il faudra expliquer « aux Mahorais les conséquences de l'évolution

semble au contraire que l'existence d'un statut personnel particulier ne soit pas incompatible avec le statut de département du territoire dont sont originaires les citoyens français concernés¹⁵⁷³.

L'article 75 de la Constitution, fondement des statuts personnels particuliers, ne fait pas dépendre leur reconnaissance à la nature administrative de la collectivité dont serait originaire la population d'Outre-mer concernée, ni à une collectivité particulière. Il a une vocation générale. Les articles 73 et 74 de la Constitution définissent les conditions dans lesquelles les normes étatiques s'appliquent dans les collectivités concernées et la part d'autonomie dont, le cas échéant, elles disposent. L'objet de ces deux textes constitutionnels n'est donc pas de définir à quel groupe de personnes ces normes s'appliquent (c'est là le rôle des règles d'applicabilité territoriale et personnelle que sont, notamment, les règles de conflits internes et internationaux de lois), mais uniquement de procéder à une répartition de compétence normative entre l'État et les collectivités d'Outre-mer. En outre, la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, modifiant l'article 73 de la Constitution, a ouvert la possibilité de prendre en compte les spécificités locales des DOM/ROM et de leur donner la possibilité de fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières, à l'exclusion d'autres¹⁵⁷⁴, pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement¹⁵⁷⁵. En amont de cette réforme, le président de la République avait ainsi déclaré en 2001 dans un discours à La Réunion que « L'heure des statuts uniformes est passée. Il n'y a plus aujourd'hui de formule unique qui réponde efficacement aux attentes variées des différentes collectivités d'outre-mer. Chacune d'entre elles doit être libre de définir, au sein de la République, le régime le plus conforme à ses aspirations et à ses besoins sans se voir opposer un cadre rigide et identique »¹⁵⁷⁶. Tenir compte des spécificités de Mayotte, dans le respect des valeurs républicaines et des engagements internationaux de la France, est alors possible. Le statut de droit local, part importante de l'identité mahoraise, est indubitablement l'une de ces spécificités.

L'article 75 de la Constitution est en soi une règle de conflit de lois interne, de nature interpersonnelle, qui permet de définir, parmi les citoyens français, lesquels sont soumis aux lois de la République au sens de l'article 34 de la Constitution et lesquels relèvent de normes particulières dérogatoires. Bien qu'il existe un lien indéniable entre le statut particulier et le territoire dont est issue la communauté en relevant, ni l'article 75 de la Constitution ni aucune des trois lois statutaires ne conditionnent l'application de la coutume locale à la présence sur ce

statutaire sur le statut personnel, dont la réforme sera indispensable pour supprimer toutes les règles contraires à nos principes fondamentaux et aux engagements internationaux de la France. Il devra indiquer que la départementalisation entraînera l'application à tous les habitants de Mayotte de la même justice républicaine, rendue par des magistrats appliquant le droit commun, assorti le cas échéant d'adaptations. Il ne s'agira pas pour les Mahorais d'abandonner leur identité, mais de s'inscrire dans la pleine application des principes et des droits fondamentaux de notre République. » (p. 76-77).

¹⁵⁷³ Dans le même sens : R. Lafargue, « Les contraintes posées par l'article 75 de la Constitution : entre héritage colonial et volonté de modernisation de la société mahoraise », in L. Sermet et J. Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*, éd. LGDJ, 2004, p. 306 s. ; J.-B. Seube, « Questions de droit privé à Mayotte » : *RJOI* n° spécial Mayotte, 2009, p. 137 ; O. Guillaumont, « Statuts personnels et Constitution. Contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ* 2001-4, p. 1453 et p. 1549, spéc. p. 1586 s.

¹⁵⁷⁴ Art. 73 al. 4 de la Constitution : « la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique. »

¹⁵⁷⁵ Art. 73 de la Constitution.

¹⁵⁷⁶ Cité par A. Oraison, « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la Constitution de la V^e République, corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 » : *RFDA* 2003, p. 684.

territoire de la personne concernée. Ce lien entre le statut personnel particulier et son territoire n'est qu'un lien d'origine : c'est parce que sur ce territoire vit un groupe de personnes dont l'État reconnaît et admet la survivance de l'identité sociale et culturelle que le statut personnel est reconnu ; c'est parce que l'État admet l'autonomie de certaines parties de son territoire qu'il reconnaît que des normes puissent y trouver leur source. Dans la mesure où les statuts coutumiers doivent leur reconnaissance à l'article 75 de la Constitution, alors la nature de ces statuts est personnelle, et non pas uniquement territoriale. Il a, comme le statut personnel de droit commun, une vocation universelle : ce statut suit l'individu partout où il se déplace, à tout le moins lorsqu'il se trouve sur une partie du territoire de l'État qui le reconnaît¹⁵⁷⁷. C'est d'ailleurs ce que permettent expressément les articles 5 alinéa 3 de l'ordonnance n° 2010-590 et 9 alinéa 2 de la loi n° 99-209, lorsqu'ils autorisent les parties de statut personnel particulier différent à soumettre leur litige à une autre norme que le droit commun. Cette autre norme ne peut être qu'une coutume, en particulier mahoraise, kanak ou wallisienne-futunienne, qui est alors reconnue applicable au-delà de ses limites territoriales naturelles.

§ 2 – Statut personnel particulier et force des structures coutumières

L'inexistence d'un maillage traditionnel structuré et revendicatif de ses particularités semble, par comparaison avec le sort des statuts personnels océaniques, en grande partie responsable de la faiblesse du statut local mahorais. Indiscutablement, la force des deux statuts personnels océaniques tient dans la capacité de résilience des autorités coutumières locales qui, chacune à leur façon, ont su obtenir de la France le respect et la garantie constitutionnelle de leur identité.

Le cas est très net pour les Kanak de Nouvelle-Calédonie. Par la démonstration constante de leurs particularismes, les autorités coutumières traditionnelles ont progressivement permis la reconnaissance institutionnelle de la coutume à compter de la fin du régime de l'indigénat. Quelques textes pris par la collectivité territoriale ont posé les premiers jalons, dans le domaine de l'état civil et des relations familiales affirmant le rôle de la coutume dans la formation et la dissolution du mariage ou encore pour l'adoption¹⁵⁷⁸. Avec les années 1970 et les débuts de la réforme foncière, les terres coutumières furent agrandies, par attributions foncières en faveur, notamment, des clans, autorités coutumières traditionnelles longtemps non reconnues¹⁵⁷⁹. Sur fond de revendication culturelle, avec pour acte fondateur le festival *Mélanesia 2000* organisé en 1975 par Jean-Marie Tjibaou¹⁵⁸⁰, figure tutélaire de tout un peuple, c'est une indépendance politique qui se dessina dès la fin des années 1970. Les « évènements » des années 1980, qui connurent leur paroxysme fin avril-début mai 1988 avec l'assaut de la grotte d'Ouvéa, puis le 4 mai 1989 avec l'assassinat de Jean-Marie Tjibaou, marquèrent dans le sang la lutte pour la souveraineté du peuple kanak. Les accords de Matignon-Oudinot de 1988 et surtout l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 érigèrent le respect de l'identité kanak au rang d'objectif à valeur constitutionnelle, obligeant le constituant et les législateurs français et calédonien, à permettre autant que garantir la juridicité de la coutume kanak. Le statut coutumier kanak bénéficie

¹⁵⁷⁷ En ce sens, É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier », *loc. cit.* pour le statut civil mahorais ; R. Lafargue, *La coutume face à son destin, op. cit.*, p. 93-94 ; É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie », *loc. cit.*, n° 65 ; V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, éd. IRJS, 2013, vol. 1, n° 415 à propos du statut civil mahorais, et note ss. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 2010 : *Rev. crit. DIP* 2011, p. 610, spéc. n° 15 en ce qui concerne le statut civil coutumier kanak.

¹⁵⁷⁸ Délibération n° 424 du 3 avril 1967 relative à l'état civil coutumier, JONC, 27 avril 1967 p. 360.

¹⁵⁷⁹ Délibération n° 116 du 14 mai 1980 fixant les modalités d'attribution des terres au titre de la réforme foncière ; v. É. Cornut, « La valorisation des terres coutumières par celle du droit coutumier », in C. Castets-Renard et G. Nicolas (dir.), *Patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie : aspects juridiques*, éd. L'Harmattan, 2015, p. 125 et s.

¹⁵⁸⁰ Sur ce festival fondateur, v. not. le n° spécial du *Journal de la Société des océanistes*, n° 100-101, 1995-1-2.

désormais d'une double garantie constitutionnelle : celle de l'article 75 de la Constitution et celle qu'il tient de l'accord de Nouméa lui-même constitutionnalisé¹⁵⁸¹. C'est d'ailleurs sur son fondement que les Kanak peuvent renoncer au statut de droit commun au profit du statut coutumier. C'est en effet parce que l'accord de Nouméa prévoit que « certains Kanak ont le statut civil de droit commun sans l'avoir souhaité » (art. 1.1 al. 1^{er}) qu'ils pourront « le retrouver », par « dérogation à l'article 75 de la Constitution ». Le rappel doit être mis en parallèle avec ce constat, maintes fois relevé par les praticiens dans le cadre de cette recherche, que de nombreux Mahorais ont le statut commun sans le savoir, sans l'avoir voulu, par erreur. Or pour eux tout retour est juridiquement impossible et la question d'une réversibilité à la calédonienne n'a, semble-t-il, pas été envisagée. Comme l'explique Sophie Blanchy, « la réversibilité, que l'on a créée pour la Nouvelle-Calédonie, découle d'une reconnaissance des particularismes. Or les Mahorais n'en revendiquent pas, c'est pourquoi ils refusèrent le statut de Territoire en 1976. »¹⁵⁸²

À Wallis et Futuna la situation est différente, plus discrète, comme l'est ce territoire dont on ne parle jamais ou si peu, qui demeure peu connu, peu étudié, parce que difficilement pénétrable. Cette collectivité a pourtant cette particularité notable, au sein d'une République régicide, de compter trois rois : un à Wallis (royaume d'Uvea) et deux à Futuna (Royaumes d'Alo et de Sigave). Par la loi statutaire de 1961, ces autorités ont pu conserver leurs spécificités et voir leur sphère d'influence reconnue, dénommées pudiquement « circonscriptions territoriales », mais dont les limites ont été coutumièrement fixées (art. 17 de la loi n° 61-814). Si un statut personnel particulier a été maintenu, ses conditions d'appartenance ne sont pas précisées¹⁵⁸³, de même, on l'a vu, que le domaine matériel de la coutume qui s'applique en conséquence, encadré par les seuls « principes généraux du droit ». L'emprise de la coutume sur l'ensemble des affaires du royaume est telle que même les jugements rendus en matière pénale sont parfois contestés par les chefferies¹⁵⁸⁴. C'est l'une des forces des autorités coutumières d'avoir su, d'une part, obtenir leur reconnaissance dans le statut de 1961 et, d'autre part, d'avoir réussi à maintenir depuis le *statu quo*, ce même en bloquant des mesures qui ont pourtant été acceptées, voire engagées en application de la loi statutaire¹⁵⁸⁵. C'est notamment ce qui explique que la juridiction de droit local n'a jamais été instituée. Les conflits entre les sujets des royaumes sont réglés par les chefferies royales. Créer une juridiction locale comme l'article 5 de la loi statutaire le prévoit aurait, progressivement, détourné les sujets de leurs autorités traditionnelles et permis la création d'une « coutume judiciaire » aux côtés des us et coutumes dont les chefferies royales ont la maîtrise autant que le secret. C'est ce qu'il s'est passé en Nouvelle-Calédonie : aux côtés de la coutume s'est construit un droit coutumier judiciaire, reflet déformé de la coutume : le « risque est que la juridiction civile coutumière ne devienne une entreprise d'uniformisation juridique, réduisant la coutume au plus petit dénominateur formel commun des différentes coutumes qui constituent le pays kanak. »¹⁵⁸⁶ Cette crainte d'une coutume échappant aux coutumiers a été formulée par un sénateur coutumier kanak, s'inquiétant du fait que lorsque la juridiction coutumière « juge, elle produit de la jurisprudence, indirectement,

¹⁵⁸¹ Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC, préc.

¹⁵⁸² S. Blanchy, « Mayotte : “française à tout prix” », *loc. cit.*, n° 28.

¹⁵⁸³ Un état civil des « originaires du Territoire possédant le statut personnel » a été créé par un arrêté du 13 mars 1962.

¹⁵⁸⁴ TPI Mata-Utu, ch. corr., 25 août 2014, préc.

¹⁵⁸⁵ Ce qui n'est cependant pas sans opposer des résistances, parfois, de la part des sujets des royaumes. V. not. A. Leca, B. Gille, *Histoire des institutions de l'Océanie française*, éd. L'Harmattan, 2009, p. 259 s.

¹⁵⁸⁶ P. Godin, J. Passa, « De quoi le “droit coutumier” est-il le nom ? Réflexions sociologiques autour des juridictions civiles coutumières en Nouvelle-Calédonie », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 279.

comme si on écrivait le droit kanak sans nous »¹⁵⁸⁷, *ie* sans les institutions ni les autorités coutumières. Ainsi à Wallis et Futuna, sans doute faut-il voir dans cette absence de consensus local la volonté des rois et des chefferies de conserver la maîtrise de leurs prérogatives coutumières. C'est le sens d'une proposition de loi déposée en juillet 2019, donnant compétence aux seules chefferies pour connaître des conflits fonciers, car « dans les faits, comme le veut la coutume et comme le reconnaît le statut dit de 1961, qui lie les territoires de Wallis et de Futuna à la France, le foncier est géré par les chefferies. L'ensemble des habitants affirme son attachement indéfectible à cette pratique. »¹⁵⁸⁸

Or les Mahorais témoignent d'un attachement à leurs coutumes, « ils ne font pas mystère en privé de leur désir de conserver leurs manières de vivre malgré le rattachement à la France : une contradiction profonde qui n'est pas assumée. »¹⁵⁸⁹

Chapitre 2/ Quel avenir ?

La question posée ici est celle de savoir si le déclin combiné du statut personnel, du droit local mahorais et de la justice cadiale est inéluctable. À lire plusieurs études du présent rapport de recherche, rien ne semble plus probable, et on pourrait même affirmer que le statut mahorais est déjà entré dans les vitrines de l'histoire, pour ne plus en sortir¹⁵⁹⁰. Il est pourtant permis de penser que rien n'est écrit ni figé. D'autres études montrent en effet la vivacité de la coutume et de la présence cadiale, dans les faits à défaut de l'être en droit.

Cette résilience des pratiques ancestrales malgré les assauts qu'elles subissent est, elle aussi, une constante de l'histoire. Les Kanak de Nouvelle-Calédonie en témoignent : mis en quasi-servitude, déplacés et cantonnés en réserves, presque décimés à la fin du XIX^e siècle, ils ont su reconstruire et réaffirmer leur identité au cours du XX^e pour obtenir, certes à la suite d'une situation quasi insurrectionnelle dans les années 1980, une reconnaissance juridique importante, bien qu'incomplète, mais dont l'irréversibilité est constitutionnellement garantie¹⁵⁹¹. Wallis et Futuna, plus discrètement, a su imprimer depuis sa prise de possession par la France et dans son statut de 1961, inchangé depuis, le maintien de son identité traditionnelle.

Sur ses deux modèles voisins, au moins dans ce qu'ils ont de pertinent, ne serait-il pas permis de redonner au statut personnel mahorais une place dans l'ordonnancement juridique français, d'une part en renforçant le rôle de la justice cadiale (Section 1), d'autre part en réaffirmant la juridicité de la coutume mahoraise (Section 2).

¹⁵⁸⁷ Atelier juridique du Sénat coutumier. Charte du peuple kanak et pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie, 24-25 nov. 2015, éd. MNC, 2015, p. 74, intervention d'O. Togna.

¹⁵⁸⁸ Proposition de loi n° 2155 relative à la gestion du foncier sur les îles de Wallis et Futuna, Assemblée nationale, 16 juillet 2019, exposé des motifs.

¹⁵⁸⁹ S. Blanchy, « Mayotte : "française à tout prix" », *loc. cit.*, n° 28.

¹⁵⁹⁰ V. not. F. Dargent, dans ce rapport.

¹⁵⁹¹ Art. 5, alinéa 5 de l'accord de Nouméa : « Tant que les consultations n'auront pas abouti à la nouvelle organisation politique proposée, l'organisation politique mise en place par l'accord de 1998 restera en vigueur, à son dernier stade d'évolution, sans possibilité de retour en arrière, cette "irréversibilité" étant constitutionnellement garantie. »

Section 1/ Redonner un rôle juridictionnel aux cadis

Au-delà du rôle de médiateur social qui leur est actuellement dévolu, les cadis, comme le relève Aurélien Siri, « espéraient pouvoir concourir à la mission de service public de la justice, au travers de certaines fonctions d’auxiliaires de justice ouvertes par le code de procédure civile et le code de procédure pénale. Ils estiment aujourd’hui que la charge de travail des tribunaux pourrait être allégée en cas de reconnaissance d’une fonction de médiation, qui les conduirait à la rédaction d’actes de médiation »¹⁵⁹². Cette attente a trouvé un écho en 2015 de la part du président du TGI de Mamoudzou. Dans les textes, lorsque le juge de droit commun est saisi d’un litige relevant de la coutume, il peut faire appel au cadi pour une consultation (articles 256 à 262 du CPC), ou encore en qualité d’expert (art. 263 à 284-1 du CPC) ou d’*amicus curiae*. C’est ce que prévoyait expressément l’ancien article L. 522-3-1 du COJ¹⁵⁹³. Ce recours est toujours possible en vertu du droit procédural commun malgré l’abrogation de ce texte spécifique. Le juge pourrait également, dans ce cadre, solliciter l’avis du conseil cadial, dont les missions sont, notamment, « d’établir la ligne doctrinale de l’islam de Mayotte autour de ses principes fondamentaux [et] d’organiser et structurer la pratique de l’islam au sein de la société »¹⁵⁹⁴. En comparaison, ce recours à une expertise a notamment été suggéré par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la compétence donnée, par l’article 19 alinéa 2 de la loi n° 99-209 relative à la Nouvelle-Calédonie, à la juridiction pénale de droit commun pour statuer sur les intérêts civils, en application de la coutume kanak, lorsque toutes les parties sont de statut coutumier kanak¹⁵⁹⁵. Les huit aires coutumières kanak ont également une compétence analogue d’interprétation de la coutume¹⁵⁹⁶. Aussi intéressant soit-il, le recours à ces dispositifs, faute d’être contraignant, dépend toutefois d’une initiative personnelle du magistrat, liée à l’intérêt porté à l’application de la coutume. Ne faudrait-il pas, dès lors, avoir une approche plus institutionnalisée de la participation des cadis à l’œuvre de Justice ? Plusieurs voies alternatives ou cumulatives nous semblent ouvertes.

§ 1 – Un préalable obligatoire de conciliation avant toute action en justice

La loi du 23 mars 2019 de réforme pour la Justice a renforcé la place de la conciliation en en faisant un préalable obligatoire à une demande en justice, à peine d’irrecevabilité que le juge peut relever d’office, notamment pour toute action en paiement d’une somme n’excédant pas 5.000 euros (art. 750-1 CPC). L’absence de ce préalable, qui peut prendre la forme d’une conciliation, d’une médiation ou d’une procédure participative, est sanctionnée par une fin de non-recevoir. Si le domaine matériel de ce préalable obligatoire ne recoupe pas celui du statut personnel mahorais, cela n’empêche pas le juge de droit commun de soumettre les parties à une tentative de conciliation ou à une médiation des parties, par l’entremise du cadi ou sous l’égide du conseil cadial, dans le cadre de la possibilité qu’il tient des textes de façon plus générale. En pratique, ce préalable de conciliation est fréquent dans le domaine familial et le recours au juge aux affaires familiales le plus souvent subsidiaire¹⁵⁹⁷. Le préalable de conciliation pourrait ainsi

¹⁵⁹² A. Siri, dans ce rapport.

¹⁵⁹³ « Lorsque le tribunal est saisi d’un litige relatif à l’application du statut civil de droit local entre citoyens relevant de ce statut, le président peut commettre une personne de son choix pour l’éclairer par une consultation dans les conditions prévues aux articles 256 à 262 du code de procédure civile. »

¹⁵⁹⁴ A. Siri, *loc. cit.*

¹⁵⁹⁵ Cons. Const., 14 novembre 2013, n° 2013-678 DC, consid. n° 37.

¹⁵⁹⁶ Art. 150 I, al. 2 de la loi n° 99-209.

¹⁵⁹⁷ B. Baroukh, « Autorités judiciaires, statut personnel et coutumes à Mayotte. Quelles particularités dans l’office du juge étatique ? », *loc. cit.*, spéc. I.B.2.

être développé¹⁵⁹⁸. En Nouvelle-Calédonie, la contestation d'une décision coutumière transcrite dans un acte coutumier¹⁵⁹⁹ doit faire l'objet d'un préalable devant le conseil coutumier de l'aire où l'acte a été établi. Deux recours sont ouverts : l'un en interprétation en cas de divergence entre les parties, l'autre de façon précontentieuse, en cas de litige relatif à l'acte coutumier¹⁶⁰⁰. Dans une affaire d'adoption, il a ainsi été reconnu que « cette procédure de saisine préalable du conseil coutumier (...) est d'ordre public » et qu'elle doit nécessairement être exercée après qu'a été pris l'acte coutumier lui-même¹⁶⁰¹. À défaut, l'action en justice est irrecevable. Pour apprécier sa compétence, le juge doit vérifier que le conseil coutumier a valablement été saisi, qu'il n'a pas rendu de décision dans le délai de trois mois prévu par la loi du pays n° 2006-15 ou que la décision qu'il a prise n'a pas épuisé le litige.

Dans le domaine de compétence du statut personnel mahorais, les prescriptions de la coutume pourraient également rejaillir sur le statut procédural de la conciliation préalable. Par comparaison, dans la coutume kanak, le mariage et sa dissolution nécessitent, outre le consentement des époux, l'accord de leur clan respectif, matérialisé dans un acte coutumier. La procédure de dissolution étant déjudiciarisée, le juge n'intervient « que de façon supplétive, en cas de désaccord des clans sur le principe comme sur les effets de la dissolution »¹⁶⁰², afin de permettre aux époux, malgré ce désaccord ou de l'inertie des clans, de se séparer néanmoins. Il en découle, sur le terrain de la procédure judiciaire, que « le préalable coutumier, lequel constitue le pendant de la compétence exclusive qui revient aux clans dans la décision de former l'union, revêt un caractère d'ordre public. Dès lors, la saisine de la juridiction en formation coutumière ne revêt qu'un caractère subsidiaire et ne peut être déclarée recevable qu'après l'épuisement effectif du préalable coutumier »¹⁶⁰³. En ce sens, « le non-respect de ce préalable coutumier, lequel est d'ordre public, constitue une fin de non-recevoir faisant obstacle à la recevabilité de l'action devant la juridiction judiciaire »¹⁶⁰⁴. Sans doute cet exemple n'est pas entièrement transposable à la coutume mahoraise, mais il montre que le respect de la logique coutumière peut induire et justifier des adaptations procédurales.

§ 2 – Juridiction de droit commun statuant en formation cadiale

À l'instar de la juridiction en formation coutumière calédonienne, composée au premier degré d'un magistrat professionnel et d'assesseurs coutumiers, compétente pour juger les litiges entre personnes de statut coutumier kanak (art. 7 et 19 alinéa 1^{er} de la loi n° 99-209), ne serait-il pas opportun de réactiver la juridiction de droit commun statuant en formation cadiale ? Cette juridiction échevinale et mixte était en effet prévue par l'article 16 du décret du 29 mars 1934, pour l'appel des jugements rendus par les tribunaux de cadis, lorsque les intérêts en cause étaient inférieurs à 5.000 francs¹⁶⁰⁵. Plus récemment, la loi n° 2001-616 prévoyait en son article 61 que la juridiction civile de droit commun, devenue compétente à la place des cadis, « est composée en première instance d'un magistrat du siège du tribunal de première instance, président, et de deux cadis, assesseurs, en appel d'un magistrat du siège du tribunal supérieur

¹⁵⁹⁸ En ce sens, v. *supra* V. Égéa, « Les autorités judiciaires à l'épreuve des coutumes (substantielles et processuelles) ».

¹⁵⁹⁹ L'acte coutumier est régi par la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007, *JONC* du 30 janv. 2007, p. 647 s.

¹⁶⁰⁰ Art. 21 et 29 Lp. n° 2006-15.

¹⁶⁰¹ CA Nouméa, 25 mars 2013, RG n° 12-74.

¹⁶⁰² CA Nouméa, 9 septembre 2013, RG n° 12/226.

¹⁶⁰³ TPI Nouméa, section de Koné, 5 février 2013, n° 13/67 JAF. Dans le même sens, CA Nouméa, 30 octobre 2014, RG n° 2013/225.

¹⁶⁰⁴ CA Nouméa, 9 septembre 2013, préc.

¹⁶⁰⁵ V. *supra* les contributions de L.-A. Barrière et de A. Siri.

d'appel, président, et de deux cadis, assesseurs »¹⁶⁰⁶. Cette juridiction mixte a cependant été supprimée deux ans plus tard par la loi n° 2003-660 qui, en son article 68, rétablit le dualisme juridictionnel et instaura une option de juridiction soit en faveur du cadi, soit en faveur du tribunal de première instance dans sa composition de droit commun. Or cette « juridiction mixte officiellement disponible avec des cadis assesseurs n'a, de mémoire de juge, jamais fonctionné »¹⁶⁰⁷. De fait, elle n'a jamais été mise en place. Outre des vents contraires, l'une des raisons principales de cet échec tient sans doute à l'absence de dispositif d'accompagnement des magistrats et des cadis concernés. La mise en place de cette juridiction mixte était notamment conditionnée à l'adoption de textes portant réforme de l'organisation judiciaire et du statut des cadis, avant la fin de l'année 2012¹⁶⁰⁸. Or on peine à trouver trace de ces réformes et l'ordonnance n° 2002-1476 ne prévoit rien en ce sens¹⁶⁰⁹. Cette juridiction mixte a ainsi été supprimée avant même qu'elle n'ait été mise en place.

Par comparaison, la juridiction civile de Nouvelle-Calédonie avec assesseurs coutumiers kanak a été officiellement créée en octobre 1982 et il a fallu presque dix ans pour qu'elle soit opérationnelle, à la faveur de la création en juin 1989 des sections détachées du TPI de Nouméa en des endroits majoritairement peuplés de Kanak de statut coutumier. La Cour de cassation a également, à plusieurs reprises, rappelé avec force aux magistrats la compétence de cette juridiction en formation coutumière¹⁶¹⁰. Si donc les débuts ont été difficiles, depuis une trentaine d'années désormais s'organise au sein de la juridiction en formation coutumière un dialogue fructueux entre plusieurs mondes (juge/assesseurs ; droit civil/coutume ; coutume/coutume ; juridiction/autorités coutumières), offrant une jurisprudence féconde qui donne à voir un droit coutumier vivant et une coutume qui parvient à s'adapter aux changements sociaux touchant les Kanak de statut coutumier¹⁶¹¹. De même en Polynésie française, alors que la coutume n'est pas reconnue juridiquement, un tribunal foncier échevinal a été créé, composé d'un magistrat professionnel et deux assesseurs, afin de tenir compte des spécificités locales relatives aux terres polynésiennes, fortement liées aux coutumes polynésiennes¹⁶¹².

Cette juridiction mixte avec cadis assesseurs offrirait aux juges professionnels et cadiaux un espace de dialogue entre le droit commun, le droit coutumier mahorais (ce entre ses différentes sources) et les valeurs fondamentales de la République. Elle permettrait à la fois aux magistrats professionnels d'avoir la capacité de mieux comprendre et d'appliquer la norme coutumière dans les cas prévus par la loi, et aux assesseurs cadis de faire entendre les principes du droit musulman, dans le respect des normes fondamentales. Pour donner pleine reconnaissance à ce rôle juridictionnel des cadis, les assesseurs cadis devraient, à l'instar des assesseurs coutumiers kanak, avoir voix délibérative et non simplement consultative comme c'était le cas dans le décret du 29 mars 1934. Une telle fonction nécessite une formation renforcée des assesseurs cadis¹⁶¹³, mais aussi des magistrats professionnels sur les particularités des Outre-mer en

¹⁶⁰⁶ A. Siri, *loc. cit.*

¹⁶⁰⁷ S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, 2012/1, n° 80, p. 117-139, spéc. p. 131.

¹⁶⁰⁸ Art. 67, 2° de la loi n° 2001-616.

¹⁶⁰⁹ Le contrôle de l'application de cette loi par le Sénat ne mentionne aucun texte pris en vertu de l'article 67, 2°, hormis l'ordonnance n° 2002-1476 : <https://www.senat.fr/application-des-lois/pjl00-262.html>

¹⁶¹⁰ Cass. civ. 2^e, 6 février 1991, Bull. civ. II, n° 44 ; Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1992, Bull. civ. I, n° 248.

¹⁶¹¹ V. not. É. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 499-505.

¹⁶¹² Créé par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, art. 23 et 24 ; Décret n° 2017-1474 du 16 octobre 2017 relatif à l'organisation et au fonctionnement du tribunal foncier de la Polynésie française ; art. L. 552-9-1 s., art. R. 552-16 (pour les sections détachées) et R. 552-22-4 s. du COJ.

¹⁶¹³ Sur cette question v. *supra* A. Siri.

général et de Mayotte en particulier¹⁶¹⁴. À Mayotte¹⁶¹⁵ comme en Nouvelle-Calédonie, les magistrats sont souvent amenés à apprendre par eux-mêmes le contexte juridique et sociologique dans lequel ils interviendront. Il conviendrait également de redéfinir le statut des cadis, notamment par une séparation fonctionnelle entre les cadis traditionnels, qui conserveront leur rôle actuel de médiateur social, et les assesseurs cadis qui ne pourront assurer que cette fonction juridictionnelle et qui devront être impartiaux et indépendants¹⁶¹⁶.

Section 2/ Réaffirmer la juridicité du statut personnel et du droit local mahorais

Le domaine matériel du statut personnel mahorais est, depuis la loi de 2001 et avec la départementalisation, extrêmement limité et encadré. À l'image du statut coutumier kanak qui régit l'ensemble du droit civil, ou du statut particulier wallisien et futunien dont le domaine est indéfini, il serait possible de soutenir un élargissement, un retour à un domaine plus large du statut coutumier mahorais. Cet élargissement n'interviendrait peut-être pas sur l'ensemble du droit civil, mais à tout le moins sur l'ensemble des relations familiales, c'est-à-dire dans les domaines où la pratique coutumière demeure forte. Il ne s'agirait pas, de toute évidence, de rétablir la polygamie, la répudiation ou encore les inégalités successorales, mais *a minima* d'assurer la cohérence des relations familiales, aujourd'hui dépeçées, à l'instar du mariage, régi par le droit commun pour sa formation et sa dissolution, mais par la coutume en ce qui concerne ses effets¹⁶¹⁷. Certes, le Conseil constitutionnel, lors du contrôle de constitutionnalité de la loi de 2003, considéra que « dès lors qu'il ne remettait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, [le législateur] pouvait adopter des dispositions de nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés »¹⁶¹⁸. C'est pourtant en vue d'une telle disparition du statut de droit local que les normes successivement prises pour Mayotte ont été adoptées¹⁶¹⁹, ce que montre le domaine matériel de la coutume mahoraise affirmé en apparence, mais en réalité réduit à la portion congrue¹⁶²⁰. Or, comme le soulignent très justement Sophie Blanchy et Yves Moatty : « l'existence du droit local étant fondée sur sa différence avec le droit commun, n'était-elle pas de fait remise en cause par cette mise en conformité ? »¹⁶²¹ L'alerte vaut pour toutes les normes culturelles qui ne sont pas de source étatique.

Pour autant, une réhabilitation du statut personnel mahorais et de la coutume qui s'applique en conséquence pourrait passer, plus directement, par la réaffirmation du régime procédural de l'option de législation en faveur du droit commun et, partant, de l'office du juge quant à la reconnaissance du statut de droit local et de l'application de la coutume.

¹⁶¹⁴ À l'instar de celle organisée par l'ENM pour les magistrats nommés en Outre-mer.

¹⁶¹⁵ V. *supra* B. Baroukh, « Autorités judiciaires, statut personnel et coutumes à Mayotte. Quelles particularités dans l'office du juge étatique ? ».

¹⁶¹⁶ Sur cette séparation, v. déjà L. Sermet, « Pour une réforme de la justice musulmane à Mayotte », in Actes du colloque de Mamoudzou, 14, 15 et 16 sept. 2002, *Mayotte dans la République*, éd. Montchrestien, coll. Grands colloques, Paris 2004, p. 453.

¹⁶¹⁷ V. *supra* les études de V. Égéa et d'A. Ali Saïd.

¹⁶¹⁸ Cons. const., 17 juillet 2003, n° 2003-474 DC.

¹⁶¹⁹ F. Dargent, dans ce rapport : « La philosophie générale de cette réduction progressive du contenu du statut personnel n'est pas un mystère. Il s'agit de progressivement faire disparaître, tant dans le nombre de ses bénéficiaires que dans les règles dérogatoires qui leur sont appliquées, le statut personnel reconnu à certains mahorais. »

¹⁶²⁰ É. Ralser, dans ce rapport.

¹⁶²¹ S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *loc. cit.*, p. 128.

§ 1 – L’option de législation

L’article 1^{er} alinéa 4 de l’ordonnance n° 2010-590 dispose que « les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local. » Cette option est reprise dans le code de l’organisation judiciaire aux articles L. 216-2 (pour le TJ) et L. 314-1 (pour la CA). On se souvient également qu’avant 2010 existait un dualisme juridictionnel entre le juge de droit commun et le tribunal cadial, permettant aux parties, alors même qu’elles relevaient pour le litige en cause du second, de choisir d’être jugées par le premier¹⁶²². L’option de législation était également prévue par l’article 52-1 de la loi n° 2001-616, dans les mêmes termes et conditions que l’option actuelle. *De jure*, ces deux options étaient distinctes et indépendantes l’une de l’autre : outre de porter l’une sur le juge et l’autre sur la norme que le juge devait appliquer, ou encore de relever chacune de dispositions particulières qui n’étaient pas expressément reliées l’une à l’autre, les deux options obéissaient à des conditions qui leur étaient propres. En particulier, l’option de juridiction relevait de « la volonté de la partie la plus diligente », c’est-à-dire du demandeur. À l’inverse, l’option de législation supposait (et suppose toujours), bien que le texte ne le précise pas expressément, un accord commun des personnes relevant du statut de droit local : l’une des parties ne peut donc pas, de sa seule volonté, soumettre au droit commun un rapport juridique normalement soumis à la coutume. La situation est identique en Nouvelle-Calédonie et à Wallis et Futuna : si les parties peuvent renoncer à la compétence de la juridiction en formation coutumière en première instance, le juge de droit commun n’est pas pour autant dispensé d’appliquer la coutume (art. L. 562-24 du COJ ; art. 5 al. 3 de la loi n° 61-814¹⁶²³).

Or il apparaît qu’avant 2010 les magistrats « s’en tenaient (...) à leur jurisprudence, estimant que « l’option de juridiction » (des justiciables de droit local viennent au tribunal) entraînait « option de législation » (ils seront jugés selon le droit commun) »¹⁶²⁴. Si l’option de juridiction n’a plus lieu d’être aujourd’hui, la justice cadiale ayant juridiquement disparu au profit de la seule juridiction de droit commun, tout porte à voir que cette « jurisprudence » s’est néanmoins maintenue. Le constat qui ressort de plusieurs entretiens menés dans le cadre de cette recherche auprès des acteurs du procès, est celui de l’absence d’invocation par le juge de la coutume, même dans son domaine d’application. Le silence des parties vaudrait, dans ce cadre, renonciation tacite à la coutume et demande d’application du droit commun. Il y a là une inversion du principe et de sa dérogation : il découle de cette pratique que le droit commun s’applique, sauf si les parties demandent l’application de la coutume.

Or l’option de législation porte bien sur le droit commun aux fins d’éviction, pour la procédure en cours, de la coutume normalement applicable *ratione personae* et *ratione materiae*. Dès lors que la coutume s’applique en vertu de l’article 1^{er} alinéa 1^{er} de l’ordonnance 2010-590, les parties ne peuvent y déroger qu’en connaissance de cause. Dérogatoire, une telle option ne peut donc être qu’expresse et ressortir d’une volonté commune des parties. Le silence des parties ne devrait pas être interprété comme une renonciation à l’application de la coutume, sans que le

¹⁶²² Art. 61 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 modifiée par la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 : « La juridiction compétente à Mayotte pour connaître des instances auxquelles sont parties des personnes relevant du statut civil de droit local applicable à Mayotte et ayant entre elles des rapports juridiques relatifs à l’état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités est, selon la volonté de la partie la plus diligente, soit le tribunal de première instance, soit le cadî. »

¹⁶²³ « Toutefois, les parties justiciables de la juridiction de droit local peuvent, d’un commun accord, réclamer le bénéfice de la juridiction de droit commun ; en ce cas, il leur est fait application des usages et coutumes les régissant. » On rappellera que cette juridiction de droit local prévue à Wallis et Futuna n’a jamais été installée.

¹⁶²⁴ S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *loc. cit.*, spéc. p. 135.

juge les ait mises en mesure de s'exprimer sur les raisons de ce silence, et de les amener à se positionner sur la norme applicable. De la même façon, le fait pour les parties de fonder leurs prétentions respectives sur le droit commun ne devrait pas être interprété comme une renonciation à la coutume, sans qu'ait été vérifié par le juge que ce fondement civil est pleinement compris par chacune d'elles, et voulu comme tel. Les entretiens réalisés avec des avocats montrent en effet que la coutume n'est généralement soulevée que par ceux qui sont eux-mêmes Mahorais. En cas de désaccord entre les parties, le principe retrouve son empire et la coutume s'applique, sans que le juge ne puisse imposer le droit commun. Il devrait en être de même lorsque l'une des parties est absente et qu'elle ne peut, dès lors, exprimer son consentement¹⁶²⁵.

Avec raison, il est permis de soutenir que l'option de législation comme la renonciation au statut coutumier « permettent aux Français relevant d'un statut personnel de ne pas se voir imposer leur coutume « contre leur volonté », ce qui est « en parfaite harmonie avec le droit de libre identification »¹⁶²⁶, affirmé relativement récemment par la Cour européenne des droits de l'homme dans son aspect négatif, qui implique « le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne qui appartient à une minorité »¹⁶²⁷. »¹⁶²⁸ Mais on peut tout autant soutenir que ce droit de libre identification justifie, de façon positive, que soit appliquée la norme correspondante à cette identité dans ses espaces réservés, et que seule une volonté contraire, expressément formulée en toute connaissance de cause peut y faire échec, dès lors qu'une telle faculté est ouverte.

§ 2 – L'office du juge dans l'application de la coutume

La pratique révèle que, bien souvent, la coutume n'est pas appliquée par le juge, alors que la saisine s'inscrit dans le périmètre personnel et matériel du statut de droit local, et alors que les parties n'ont pas exercé l'option de législation. Or la vérification de l'appartenance statutaire et l'application conséquente de la norme désignée – droit commun ou coutume – s'imposent au juge, elles font partie de son office. Élise Ralser l'a très justement montré, notamment parce que la coutume mahoraise, bien que de source parfois étrangère, est une norme française qui doit sa juridicité, outre à une règle de conflit légale (la loi de 2001 puis l'ordonnance n° 2010-

¹⁶²⁵ Comp. avec la renonciation à la compétence de la juridiction en formation coutumière, en faveur de la juridiction pénale de droit commun, prévue par l'article 19 al. 2 de la loi n° 99-209. La cour d'appel de Nouméa juge que « l'article 19 alinéa 1^{er} recouvre son plein effet lorsque une au moins des parties est absente et ne peut exprimer son accord à la procédure d'exception introduite par l'article 19 alinéa 2 » : CA Nouméa, 20 mars 2014, RG n° 13/68 ; CA Nouméa, ch. app. corr., 22 juillet 2014, RG n° 14/130. La Cour de cassation a également jugé que « la simple allégation lors d'une audition de police, que les faits se sont déroulés dans un contexte coutumier relevant des instances coutumières ne peut s'analyser en une demande, faite aux juges du second degré, de renvoyer l'affaire devant la juridiction civile de droit commun complétée par des assesseurs coutumiers », Cass. crim., 1^{er} juin 2021, n° 20-83.485.

¹⁶²⁶ H. Fulchiron, « De l'application de la charia en Europe, en général, et de certains statuts coutumiers en France, en particulier. Brèves observations au lendemain de l'arrêt *Molla Sali c/Grèce* de la CEDH », *D.* 2019, p. 316, spéc. p. 317. L'auteur se demande en revanche si « la possibilité d'une renonciation générale (égalitaire et non irréversible) », offerte aux citoyens de Nouvelle-Calédonie qui souhaiteraient échapper à l'application de leur statut coutumier, suffira à satisfaire les exigences de la CEDH, une option au cas par cas comme à Mayotte n'étant pas prévue : *Ibid.*, spéc. p. 318.

¹⁶²⁷ Voir, dans une affaire intéressant la succession d'un citoyen grec, appartenant à la minorité musulmane de la Thrace occidentale, Cour EDH, Gr. ch. 19 déc. 2018, *Molla Sali c/Grèce*, req. n° 20452/14, § 157 : *D.* 2019, p. 316, Point de vue H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2019, p. 281, obs. J.-P. Marguénaud ; *Rev. crit. DIP* 2020, p. 1002, note Ch. H. Pamboukis ; *JDI* 2019, Chron. p. 1243, spéc. p. 1352, note H. Apchain ; *RTDH* 2019, p. 925, note M. Afroukh.

¹⁶²⁸ V. Parisot, « Les critères d'appartenance au statut personnel mahorais », dans ce rapport.

590), à des normes supralégislatives (le traité de cession du 25 avril 1841) et surtout constitutionnelle avec l'article 75 de la Constitution, lequel « ne se contente pas d'affirmer et de protéger l'existence de statuts personnels particuliers dans la République française, mais fait office, semble-t-il, de véritable règle de conflit constitutionnelle entre le statut civil de droit commun et les autres statuts civils possibles. »¹⁶²⁹ Le principe est identique pour le statut coutumier kanak dont l'appartenance par les parties doit être vérifiée au besoin d'office par le juge et, le cas échéant, la coutume être appliquée¹⁶³⁰. Le Conseil constitutionnel l'a expressément rappelé : « l'instauration de la faculté pour la juridiction pénale de droit commun de statuer sur les intérêts civils dans des instances concernant exclusivement des personnes de statut civil coutumier kanak, lorsqu'aucune de ces personnes ne s'y oppose, n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de permettre à la juridiction pénale de droit commun de ne pas faire application de la coutume lorsqu'elle statue sur les intérêts civils »¹⁶³¹. Cette exigence est reprise par les juridictions calédoniennes¹⁶³² : « la réparation du préjudice obéit aux seuls principes de la coutume ; que les demandes doivent donc être fondées sur les normes coutumières », et ce quelle que soit la juridiction compétente. Ce principe a plusieurs fois été rappelé par la Cour de cassation dans des affaires où les juges¹⁶³³, comme les parties¹⁶³⁴, ont invoqué sa non-application.

Hormis une option de législation exercée par les parties de statut mahorais, qui ne trouve pas son équivalent en Nouvelle-Calédonie, ni à Wallis et Futuna, il n'y pas de raison de penser que l'office du juge de Mayotte soit différent que celui de Nouvelle-Calédonie au regard de la norme coutumière. « Il ne fait alors pas de doute que, si la règle de conflit le désigne, le statut civil de droit local doit être appliqué, au besoin d'office. »¹⁶³⁵

Norme française, le juge de droit commun chargé d'appliquer la coutume doit également en rapporter la teneur. Sans doute l'article 1^{er} al. 3 de l'ordonnance n° 2010-590 lui permet de recourir, à titre supplétif, au droit commun, « en cas de silence ou d'insuffisance du statut civil de droit local ». Mais devant les lacunes supposées de la coutume, et surtout la difficile articulation – sans aucun doute réelle – entre ses sources musulmanes et les coutumes d'Afrique orientale et malgaches¹⁶³⁶, la tentation peut être grande de voir un silence là où il n'y a que difficulté, ou encore là où il n'y a qu'une autre façon de traiter une question juridique, que l'on ne cherche pas à comprendre. Le cas s'est présenté devant la Cour de cassation à propos d'une demande en prestation compensatoire, fondée sur le droit civil, par une épouse divorcée de statut coutumier kanak, qui arguait du silence de la coutume¹⁶³⁷. Or si « la coutume ne contient pas de règles relatives à la prestation compensatoire, c'est parce que la coutume conçoit la dissolution du mariage de manière très différente de ce que nous connaissons dans le cadre du divorce »¹⁶³⁸. Par le mariage coutumier, l'épouse est en effet accueillie dans le clan de son mari et, réciproquement, la dissolution de ce mariage, sans rompre le lien d'alliance clanique dès lors

¹⁶²⁹ É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier », *loc. cit.*, spéc. p. 759-760.

¹⁶³⁰ Not. É. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien, op. cit.*, p. 532.

¹⁶³¹ Cons. const., 14 novembre 2013, n° 2013-678 DC, consid. n° 37.

¹⁶³² Not. CA Nouméa, 20 mars 2014, préc. ; Cour d'assises des mineurs de la Nouvelle-Calédonie, 13 juin 2014, préc. ; CA Nouméa, 22 juillet 2014, ch. app. corr., préc.

¹⁶³³ Avis du 16 décembre 2005, préc.

¹⁶³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, préc.

¹⁶³⁵ É. Ralser, *loc. cit.*

¹⁶³⁶ Cette difficile articulation est souvent relevée par les magistrats et avocats.

¹⁶³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, préc.

¹⁶³⁸ S. Sana-Chaillé de Néré, note préc.

qu'a été accompli le don de vie, fait que l'épouse doit être accueillie à nouveau par le clan dont elle était membre avant le mariage. Ce dernier a l'obligation de la protéger et de subvenir à ses besoins¹⁶³⁹. Dès lors, une quelconque compensation due par le mari n'a pas de sens eu égard à l'organisation sociale coutumière.

Un propos, ancien, résonne encore : « C'est la tendance naturelle de nos magistrats officiant là-bas, que d'allonger la main vers nos codes et lois, arguant que la coutume a « gardé le silence », et tirant un trait sur des traditions qu'on n'étudie pas : car il faudrait d'abord apprendre le canaque [ici le shimaoré et le kibushi], alors qu'il fait trop chaud. »¹⁶⁴⁰ Si la coutume ne prévoit pas de solution prédéfinie, ce qui peut être le cas pour la loi, il revient au juge de puiser en elle les ressources propres à garantir sa compétence, comme le juge doit, en vertu de l'article 4 du Code civil, statuer malgré le silence de la loi. En Nouvelle-Calédonie, c'est ce qu'ont réalisées les juridictions en formation coutumières à propos des intérêts civils, alors que la réparation individuelle par compensation n'était pas consubstantielle à la société coutumière kanak¹⁶⁴¹. En ce sens, le recours supplétif au droit commun, même s'il est possible à Mayotte à la différence de la Nouvelle-Calédonie et de Wallis et Futuna, doit rester exceptionnel et être motivé, sous le contrôle de la Cour de cassation.

¹⁶³⁹ R. Lafargue, *La coutume face à son destin*, *op. cit.*, p. 289.

¹⁶⁴⁰ R. Maunier, préface de É. Rau, *Institutions et coutumes canaques*, 1944, rééd. L'Harmattan, 2005, p. 7-8. On relèvera qu'il y a en Nouvelle-Calédonie 28 langues vernaculaires kanak. Sur la place de ces langues dans l'ordre juridique calédonien, v. É. Cornut, « La valorisation des langues kanak », *Cahiers CRINI*, n° 2, 2021, *Droit et langue : pourquoi et comment des exceptions juridiques et linguistiques territoriales ?*, url : <https://crini.univ-nantes.fr/cahiers2-cornut>

¹⁶⁴¹ É. Cornut, « Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 144-189.