

La diversité des sources du droit aux Comores : entre droit occidental, droit islamique et droit coutumier

Salvatore Mancuso

► **To cite this version:**

Salvatore Mancuso. La diversité des sources du droit aux Comores : entre droit occidental, droit islamique et droit coutumier. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2012, pp.73-93. hal-02545767

HAL Id: hal-02545767

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02545767>

Submitted on 17 Apr 2020

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.

DROIT COMPARÉ – COMORES

**La diversité des sources du droit aux Comores :
entre droit occidental, droit islamique et
droit coutumier¹**

Salvatore MANCUSO

*Professeur honoraire en droit Africain
Centre de Droit des Sociétés Africaines de l'Université de Xiangtan*

Résumé :

L'article prend en considération les différentes sources du droit dans le système juridique des Comores qui sont considérées à travers la méthode stratigraphique. Les différents composants du système juridique comorien et leur interaction ont été examinés, et pas seulement le droit contenu dans les textes officiels, mais le droit vivant aussi a été regardé. Le résultat est un système très fragmenté et particulier, où ceux qui entrent en contact avec le droit de ce pays africain doivent faire face à des situations juridiques différentes et spécifiques.

Summary :

The paper deals with the different sources of law in the Comorian legal system using the stratigraphic approach. The different legal layers and their interaction are examined, taking into account not only the law as presented in the official texts but also the living law. The result is a very fragmented and peculiar system where different and specific legal situations must be faced by those who deal with law in this African country.

¹ Ce document est d'une part la traduction revue d'un travail déjà publié en anglais et qui vient d'une présentation faite à la conférence de Lausanne du 11 Septembre 2009 sur le thème "Going Beyond the Mixed Jurisdiction Theory: the Emergence of Hybrid Legal Systems and Their Implications for the Comparative Lawyer" organisée par l'Institut Suisse de Droit Comparé, et d'autre part celui de mes recherches effectués à l'Université de Réunion en Décembre 2009. Mes remerciements vont à l'endroit de Jean-Baptiste Seube et Laurent Sermet, professeurs à l'Université de La Réunion, qui m'ont fourni une documentation essentielle pour la recherche, à Papa Ahamada Djaé, ancien président de la Cour d'appel de Moroni et M.Ahmed Djaé Soidiki, un étudiant en Droit comorien à l'Université de La Réunion avec qui j'ai eu le plaisir d'échanger et auprès de qui j'ai reçu d'importantes informations. La version anglaise de cet article a été publiée dans les actes de la conférence.

Introduction

L'Union des Comores est composée de trois des quatre îles formant un petit archipel situé entre l'Afrique et la côte nord de Madagascar. Le pays s'étend sur 1660 kilomètres carrés et est habité principalement par des métis descendants d'esclaves africains, d'immigrants en provenance de Madagascar, de commerçants arabes et iraniens et des colons français. Le pays est en dominance musulmane, avec 86 % de la population constitué de musulmans sunnites de rite Shafi'i, et le reste constitue 14 % de catholiques romains. Les langues officielles sont le français et l'arabe, cette dernière, bien qu'étant la seule langue des services religieux et des écoles islamiques n'est comprise que par une petite minorité de la population. La lingua franca est un dialecte local swahili¹.

Comme l'indique la nouvelle Constitution dans son préambule, les Comores sont censées être un État théocratique, dont le leadership est généralement tenu de respecter les politiques de l'islam. Les Comoriens sont, de toute façon, loin d'être fondamentalistes à cet égard : le niveau de laïcisation de l'État est très élevé, les femmes voilées sont rares, et les boissons alcoolisées sont légalement autorisées dans le pays.

L'archipel a été une ancienne colonie française. Un accord a été conclu en 1973 avec la France pour que les Comores deviennent indépendantes en 1978, mais le 6 juillet 1975, le parlement comorien a adopté une résolution déclarant l'indépendance unilatérale, résolution pour laquelle les députés de Mayotte se sont abstenus. Des référendums sur toutes les îles sauf celle de Mayotte ont montré un fort soutien à l'indépendance, et par conséquent le gouvernement comorien n'exerce son contrôle que sur les trois autres îles à savoir : Grande Comores, Anjouan et Mohéli. Du fait que Mayotte a été la seule île de l'archipel à voter contre son indépendance vis-à-vis de la France² ; la France a ainsi opposé son veto aux résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU qui aurait affirmé la souveraineté de cette île ; le contrôle n'a jamais été reconnu aux Comores³.

¹ Voir Michael BOGDAN, "Legal Pluralism in the Comoros and Djibouti, *Nordic Journal of International Law*, 2000, p.195-208; Comoros Business Law Handbook, Washington DC, International Business Law Publications, 2008.

² Le référendum s'est tenu en 1976.

³ Ce choix, renforcé par la volonté populaire de devenir un « département » (si les gens votaient pour elle et si les conditions étaient réunies, Mayotte deviendrait un « département » français en 2010), impliquerait le renforcement du cadre juridique français et de ses institutions présentes, mais pas vraiment efficaces à Mayotte durant la colonisation. Dans ce contexte de transition institutionnelle, l'île devrait renforcer les conditions économiques, sociales, juridiques vis-à-vis de normes métropolitaines. Ces changements se reflètent dans la prévalence désormais complète du système juridique français (concernant la justice, les droits personnels, et le mariage qui avait été réglementé par le droit musulman), la modernisation de la réglementation du travail (y compris le salaire minimum) et de la fiscalité, l'introduction de politiques d'aide sociale, et le développement spectaculaire du système éducatif et de services de santé. Cependant, la société mahoraise est encore

L'histoire du pays a été caractérisée par des mutations et une extrême instabilité depuis l'indépendance du pays en 1975. Cela est dû, dans une certaine mesure, à la tentative d'Anjouan d'accéder à l'indépendance ; tentative qui semble avoir été abandonnée grâce à la transformation du pays en 2001 en une Union avec un haut degré d'autonomie accordé à chaque île¹.

Comme nous pouvons l'observer dans la plupart des pays africains, l'évolution historique d'un pays caractérise le développement de son système juridique, et l'usage de méthode de stratification juridique permet au juriste qui a l'intention d'étudier le droit Africain de comprendre la dynamique de son développement au cours du temps. Ce concept, développé par la doctrine italienne², peut être également trouvé dans la littérature juridique anglo-saxonne, en particulier si elle est consacrée au droit africain³, et aussi dans la littérature en langue française sur le droit africain⁴.

L'analyse stratigraphique de la loi en Afrique a permis d'identifier une première couche de droit originellement africain (mieux connu sous la dénomination « droit coutumier » ou « droit traditionnel ») sur laquelle une couche religieuse a été greffée. Il s'y ajoute la couche du droit importé des colonies européennes. Cette couche est composée par le droit qui fut en vigueur à cette époque dans le pays colonisateur et qui a été étendu aux colonies, et par le droit colonial créé ad hoc uniquement pour les colonies. Cette couche a été renforcée par le droit postindépendance, dans lequel nous pouvons noter l'apparition de modes juridiques inspirés des régimes socialistes ou des pays d'Asie, ainsi que

largement gouvernée par des institutions d'origine musulmane et africaine (le droit musulman, *Macadi* (le *qadi* islamique), *Mafundi* (*imam*), les relations de parenté, la famille élargie, les groupes d'âge, l'aîné des groupes, les principes de réciprocité), qui continuent à régler une bonne partie des relations économiques, sociales et politiques. Un système de droits et d'obligations - principalement basé sur le principe de réciprocité - favorise l'adhésion à une famille et à un clan ou à un village, sous la supervision sociale des chefs de famille, des chefs de groupes d'âge, des aînés, et *mafundi* et *macadi*. La coexistence de ces cadres institutionnels, occidentaux, natifs et religieux crée une situation originale de pluralisme institutionnel.

¹ Voir amplius André ORAISON, « La mise en place des institutions de l'union des Comores prévues par la constitution du 23 décembre 2001. L'avènement d'un type présidentiel et fédéral dans un État francophone du canal de Mozambique », *RFDC*, 2004/4, n° 60, p. 771-795.

² Voir Rodolfo SACCO, *Introduzione al diritto privato somalo*, Turin, Giappichelli, 1973; ID., *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, Milan, Giuffrè, 1985 ; ID., *Il diritto africano*, Torino, UTET, 1995 ; Marco GUADAGNI, *Il diritto in Mozambico*, Trieste, 1989; ID. *Il modello pluralista*, Turin, Giappichelli, 1996 ; ID., entry "Legal Pluralism", in Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (1998), at 542 ; ID, Xeerka Beeraha. *Diritto fondiario somalo*, Milano, Giuffrè, 1981.

³ Voir, pour exemple, Robert B. SEIDMAN, *Law and Stratification : The African Case*, in 3 *Crime, Law and Social Change* (1979), at 17; John GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism?*, in 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* (1986), at 1; Michael BOGDAN, *Legal Pluralism* cit. ; Sally Engle MERRY, *Legal Pluralism*, in 22 *Law & Society Review* (1988), n. 5, at 869.

⁴ Voir Charles NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Presse Universitaire de Namur, Namur, 2005 ; Jacques VANDERLINDEN, *Villes Africaines et Pluralisme Juridique* in 42 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1998, at 250 ; *Return to legal prularism : Twenty years later*, in 28 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1989, 149. Voir aussi Nobert ROULAND, *anthropologie juridique*, (trad. it.), Millano, Giuffre, 1992.

l'émergence d'un droit interne des nouveaux États liée à celle du pays colonisateur antérieur avec quelques variations tenant compte des spécificités locales¹.

La longue période qui s'est écoulée depuis l'accession de pays africains à la souveraineté internationale appelle à la modernisation de cette classification. La première période d'émergence du droit national comme première couche du droit après les indépendances a duré jusqu'en 1980. Cette période a été caractérisée par une instabilité politique et juridique qui était présente dans l'ensemble du continent (à l'exception de quelques États) ayant eu un impact profond sur les systèmes juridiques des pays concernés. Cette étape fut suivie par le droit des années 1990, auquel la participation des grandes institutions financières de la communauté internationale a conditionné les choix dans le développement juridique en Afrique.

Au début de ce nouveau siècle, une couche supplémentaire semble émerger. C'est le droit fait par les Occidentaux (principalement européens) pour les Africains. C'est le droit qui suit la tendance générale en matière de développement juridique actuel, selon laquelle le droit doit servir au développement économique. Ce droit doit être facilement accessible et compréhensible pour les juristes et les non-juristes, il doit fournir un environnement juridique favorable aux investissements, il doit être abordable et prévisible dans son application en évitant que l'intervention d'un État (à travers une législation ou une décision juridictionnelle) puisse rendre vain tout investissement. Par ailleurs, les coûts liés à l'application de ce droit doivent être minimisés pour l'investisseur afin lui permettre d'avoir plus d'économies d'échelle, et donc si ce droit est harmonisé au niveau supranational, la même loi pourrait donner plus de facilité à l'investisseur la possibilité de faire entrer ces produits dans plus d'un marché. La législation uniforme de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires OHADA constitue l'exemple le plus avancé de cette nouvelle couche du droit africain.

L'interaction de toutes ces couches dans les pays africains, notamment ceux comme les Comores, où la loi islamique joue un rôle fondamental, est la création d'une nouvelle hybridité juridique. L'hybridité juridique renvoie ici à quelques orientations allant au-delà du concept de systèmes juridiques mixtes qui principalement portent sur l'assentiment des différents systèmes juridiques de droit écrit et/ou officiel. Tel est un nouvel ordre juridique caractérisé par la recherche permanente de l'équilibre entre le droit écrit et le droit hétérogène et en même temps complémentaire ou compétitif.

¹ Marco GUADAGNI, *Il diritto* cit., at 8.

I.- La couche de droit originaire

La couche la plus ancienne du droit comorien est constituée comme dans la plupart des pays africains par le droit originaire, autrement dit le droit coutumier.

Le mot « coutume » se réfère toujours à une loi avec une source non — officielle, mais il peut être liée à deux situations très différentes : il peut renvoyer à un système de normes rigides (les mœurs romaines, les coutumes françaises, les usages du commerce international), appliqué par une autorité permanente dont la tâche est de juger les affaires, qui deviennent alors fonctionnellement équivalentes à une règle écrite. Il peut aussi prendre en considération un ensemble de règles élastiques, applicables par les organes, ni institutionnalisés, ni spécialisés, qui sont plus axés sur la conciliation et la paix que sur l'imposition coercitive d'une règle sociale prédéterminée¹.

Le droit coutumier africain² auquel fait partie le droit comorien appartient à cette seconde catégorie. Sans être recueillis méthodiquement et officiellement, ils ont évité le risque d'être cristallisés dans leur rédaction et ensuite rationalisés grâce à l'utilisation d'une autre approche (occidentale) juridique dans leur élaboration.

Comme dans la plupart des pays africains, aux Comores, la culture juridique traditionnelle est encore fortement présente et fait partie du système pluraliste du pays³.

Quoi qu'il en soit, la tradition comorienne a toujours été et continue d'être en interaction avec l'Organisation islamique *šarī'a*, et elle a souvent représenté un moyen de s'écarter de la doctrine du droit musulman. En effet, avant la prise de contrôle par les Français, la vie des Comoriens était gouvernée essentiellement par la loi islamique, bien combinée avec un certain nombre de coutumes locales qui parfois déviaient de la doctrine du droit musulman appliqué ailleurs.

L'organisation sociale comorienne est basée sur la famille matrilineaire, contrairement aux principes islamiques basés sur la suprématie de l'homme sur la femme. Les deux traditions sont continuellement mixtes. L'autorité incontestée du père, de la tante maternelle de l'époux, des parents vénérés, de l'aîné et de l'autorité religieuse chargée du contrôle social fait toujours partie de la tradition locale et le témoignage mentionné ci-dessus confirme cette mixture.

¹ Rodolfo SACCO, *Introduzione cit.*, at 17.

² Nous préférons l'appellation droit originellement africain (qui sera usité dans ce document) dans la mesure où elle met en exergue les origines de telles normes qui trouvent leurs sources dans les cultures et traditions africaines.

³ Une vision claire et globale du droit originellement comorien est donnée par Abdou DJABIR, *Le droit comorien entre tradition et modernité*», Mayotte, Édition du baobab, 2006.

En droit de la famille, il était alors, et il est encore d'usage dans certaines parties du pays que quand une fille naît, sa famille commence à construire une maison, qui lui sera donnée quand elle se mariera, celle-ci restera sa propriété, même si le mari décède ou divorce. De l'autre côté, comme on pouvait s'y attendre, la polygamie est acceptée et même aujourd'hui, environ 20 % des hommes comoriens ont plus d'une femme.

Dans le droit des successions, nous avons l'un des exemples les plus manifestes d'une telle interaction et de la façon dont le droit musulman a été utilisé pour dépasser les dogmes islamiques.

Le droit comorien des successions applique certains principes du droit musulman des successions, où il est conseillé de distinguer les ahl-al-Fard (ou héritiers coraniques), des ACEB (ou les héritiers universels) et des dhawi-l-Arham (ou héritiers familiaux) : dans ces règles de dévolution, les hommes sont clairement privilégiés¹. Cela a été récemment confirmé par la loi du 23 septembre 1987, qui fixe l'organisation juridique de l'ancienne République fédérale islamique des Comores, qui énonce que les libéralités, les successions et les donations sont de la compétence du juge musulman qui, en préparant ses décisions, va se référer à la « Minhadj' » ou le Guide dédié aux croyants².

La tradition de Magnahoulé, un vestige des premiers établissements et indigène de l'île de Grande Comores, vient cependant de corriger cette situation. Le Magnahoulé est une institution indigène de la loi foncière familiale composée d'un ensemble de terrains donnés à une femme par son père, son mari ou son frère. Ces biens, dénommés « Magnahoulé » sont assignés à son seul profit et seront transmis à ses descendants de lignée maternelle ; ces biens bénéficient en principe des privilèges d'exécution et sont inaliénables.

Le groupe est le véritable propriétaire du Magnahoulé : toute appropriation individuelle ou tout morcellement est impossible. La fin du Magnahoulé suppose en outre le consentement de toutes les parties intéressées. Les fruits du Magnahoulé appartiennent à des femmes et ne sont transmis que dans la lignée maternelle : la mère, la fille, la petite-fille, si nécessaire la grand-mère maternelle ou un cousin maternel. De plus, la gestion des Magnahoulés est attribuée aux hommes : les baux, le recrutement des travailleurs, les conflits frontaliers, l'établissement des servitudes ainsi que les formalités, sont de leur compétence³. Les marchandises Magnahoulé sont privilégiées d'exécution : l'intérêt du créancier passe donc après l'intérêt de la femme et, derrière elle, l'intérêt de la famille. On

¹ Jean-Baptiste SEUBE, « Réflexions d'un juriste français sur le droit successoral comorien », *Annuaire des pays de l'océan Indien*, 2003, p. 155-159.

² Paul GUY, Minhâdj at-tâlibîn, *Le guide des étudiants et l'auxiliaire des muftis dans la doctrine juridique*, Mayotte 1952.

³ Paul GUY, *Une coutume des Comores*. Le 'Magnahoulé', in Recueil Penant, n. 540, 1946, p. 3-8.

peut donc penser que les marchandises Magnahoulé ont tendance à soutenir les femmes et, par conséquent, l'institution familiale¹.

Dans ce cas, l'institution traditionnelle a montré sa capacité à résister aux attaques venant des tentatives d'appliquer les préceptes religieux de l'islam sur elle. Ceci s'est passé lorsque la Cour d'appel a annulé une décision du qadi de Moroni, qui avait appliqué les principes musulmans du droit de la succession en faveur d'une personne qui avait méprisé la transmission de certains biens immobiliers en vertu du principe Magnahoulé². La Cour d'appel déclara les principes Magnahoulé applicables à la place des principes islamiques en matière de succession³. Les juges ici n'ont pas précisé la raison pour laquelle l'institution traditionnelle du Magnahoulé doit prévaloir sur les principes islamiques, mais il semble, à lire entre les lignes, qu'avec l'institution traditionnelle nous sommes confrontés à la source la plus favorable de la loi (donc plus que les principes islamiques) pour régler le litige conformément à la conscience collective du peuple de l'île de Grande Comores⁴.

En général, il y a plusieurs domaines où les dogmes islamiques ont été (même profondément) modifiés par le droit originel comorien. Une personnalité plus connue sous le nom de Wali est habituellement nommée parmi les oncles maternels en raison du caractère matrilineaire de la société comorienne. Pour la même raison dans le mariage, le privilège de la mère et la parenté sont les plus forts ; la célébration du Grand Mariage donne aux Comoriens la respectabilité même donnée à tout musulman qui a effectué son pèlerinage à la Mecque⁵ : en particulier, dans le cas du Grand Mariage selon les règles traditionnelles, les négociations concernant le mariage sont extrêmement longues et sont réalisées directement entre les familles, alors que dans le cas des mariages normaux le consentement de la mariée implique l'intervention du wali⁶.

Tout cela est dû au fait que, en général les institutions juridiques africaines sont pleines d'éléments religieux et de liens, et les principes islamiques en elles sont suffisamment souples pour être adaptés aux traditions et la culture africaine.

¹ À Anjouan, la tradition *Magnahoulé* n'est pas pratiquée. Une femme peut recevoir de son mari une propriété immobilière à laquelle elle devient propriétaire. Mais à sa mort, la propriété acquise reste soumise aux règles coraniques en matière de succession, Pour une présentation voir Paul GUY, *une coutume* cit ; et Jean MAS, « La Loi des Femmes et la Loi de Dieu (à propos d'une coutume grand-Comorienne) », *Annuaire des pays de l'océan Indien*, 1979 p104-126.

² Les décisions ont été prises en stricte application du Coran et du *Minhadji at Twalibin*, sur ce point, voir le chapitre suivant.

³ Le jugement en question est le suivant : Cour d'appel de Moroni, Chambre civile, arrêt n° 25/91 du 25 Septembre 1991.

⁴ Le jugement est commenté par Laurent SERMET, « La loi et coutume en grande-Comores », in *Mélanges Claude WANQUET*, Université de La Réunion, 2000, p. 347-358.

⁵ Sur le grand mariage voir Jean- Claude ROUYEYRAN, Ahmed DJABIRI ; *Réflexions sur le "Dola N'Kou" ou Grand Mariage comorien*, in *Tiers-Monde*, 1968, tome 9, n°33.

⁶ Pour plus d'informations voir Paul Guy, *le Minhadji-at-twalibin et les coutumes comoriennes dans le statut personnel*, in *6 Études Océan Indien*, 1985, p. 7-33.

À cet effet, l'islam a bâti en Afrique et donc aux Comores un terrain fertile pour se diffuser, et les deux systèmes peuvent facilement se compléter mutuellement.

II.- La couche religieuse

Le peuple comorien, population musulmane, a accepté d'être gouverné par la loi islamique et la compétence du qadi.

Les principes islamiques reconnus aux Comores sont les sunnites interprétés selon le rite Shaafi'i.

Après son introduction, la šarī'a avait clairement influencé les traditions et les règles existantes dans l'île. Les principes de droit musulman entrèrent en conflit avec les institutions autochtones en raison notamment du rôle assigné aux tribunaux du qadi d'administrer les deux types de droit.

Les règles de la šarī'a ont également gagné du terrain aux frais de la loi officielle. Par des décrets de 1934 et 1939, l'un des ouvrages classiques de la jurisprudence islamique, le Minhadj au Twalibin, écrit par An-Nawawi, un professeur du 13^{ème} siècle à Damas, a été déclaré être la seule source officielle de la loi islamique aux Comores. Ce livre est destiné à remplacer, pour la majorité de la population musulmane, les parties du Code civil français qui ont trait au statut personnel, au droit de la famille et au droit des successions¹. Il sert de référence en ce qui concerne la vérification de la conformité de toute nouvelle loi ou d'un jugement à la doctrine islamique.

Le droit musulman a aussi largement inspiré la rédaction du code de la famille comorien de 2005², où le Grand Mufti a été appelé à faire partie de l'équipe de rédaction de la nouvelle loi. La loi a plusieurs références spécifiques à l'islam, de la naissance³ jusqu'à la mort.

¹ Le livre n'est pas utilisé en arabe dans sa version originale (peut-être en raison des connaissances limitées de la langue par le peuple comorien), mais dans sa traduction française éditée par Paul GUY, un avocat français qui était le Président de la Cour d'appel de Moroni. Paul GUY est aussi l'auteur d'un certain nombre d'études en droit coutumier et musulman des Comores qui semblent avoir été destinées principalement à l'utilisation des manuels pour les magistrats. Ces matériaux qui semblent être très difficiles à retourner peuvent être consultés à la bibliothèque du Centre National de Documentation et de Recherche Scientifique à Moroni et certains d'entre eux à la bibliothèque de l'Université de La Réunion.

² Le code de la famille comorien a été introduit par la loi 05-008 du 3 juin 2005. Voir Laurent SERMET, « *Droit des Femmes et Pluralisme au Comores* », *Revue aspects*, 2008, p. 87-97.

³ Suivant les articles 6 et 7 du code de la famille, la foi musulmane est présumée et transmise à la naissance si l'un des parents est musulman pour la conversion ou confession.

Pour ce qui est du mariage¹, la polygamie est admise² ainsi que le droit à la répudiation unilatérale par l'homme³ et le droit de divorce pour la femme en cas d'apostasie ou de l'interdiction par l'époux de pratiquer la religion musulmane⁴. En général, tout en maintenant l'inégalité entre l'homme et la femme propre des principes islamiques, ce code maintient également la validité de la « coutume », des règles en faveur des actifs de l'épouse⁵, par conséquent reconnaissant ces principes implicites visés dans les cas judiciaires mentionnés ci-dessus.

Les liens étroits qui existent entre le système juridique comorien et de la foi musulmane se reflètent, entre autres, dans le fait que l'actuel ministre de la Justice est en même temps responsable des affaires islamiques, le nom complet du ministère étant « ministère de la Justice et des Affaires islamiques ».

III.- La couche de la loi française

Les Français avaient progressivement introduit le droit français aux Comores, sans toutefois tenter de remplacer le droit musulman dans des domaines tels que le statut personnel, droit de la famille et des successions. Néanmoins, s'il y avait un conflit avec un principe de droit musulman et/ou de la coutume, le droit français devait être appliqué, ce qui signifiait que le droit français a été considéré comme prévalant sur les autres systèmes, et par conséquent a commencé à influencer les domaines précités. Certaines règles traditionnelles liées aux principes islamiques ont été déclarées contraires à l'ordre public français, et de ce fait, n'étaient donc pas applicables⁶. L'applicabilité de règles coutumières et religieuses concernant l'administration des terres a été fortement réduite par l'introduction du système d'enregistrement foncier par lequel la terre a été placée sous le contrôle de l'État.

Dans tous les domaines autres que celui réservé aux droits traditionnels (religieux et indigènes), le droit français tel qu'introduit lors de la colonisation était le seul à être appliqué. Cette dualité de règles continue de caractériser le système judiciaire comorien, malgré les réformes introduites par la suite.

¹ Suivant l'article 16 du code de la famille, le mariage est nécessairement musulman et ne peut être conclu qu'entre musulmans ; alors que l'article 17 donne validité à un mariage conclu suivant les conditions par le *fiqh*. L'article 23 exige le consentement du *wali* conjointement avec celle de la femme pour que le mariage soit valable.

² Article 49.

³ Article 65.

⁴ Article 77.

⁵ Voir article 82 et 83.

⁶ Les règles de droit pénal contenues dans la *šarī'a* en constituent un bon exemple.

Cette situation a d'abord été organisée par le décret du 1^{er} juin 1939 sur l'Organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores, selon lequel les compétences et les champs d'application des différents systèmes juridiques ont été définis de la façon suivante : les tribunaux appliquent le droit français pour des personnes étrangères, et les tribunaux indigènes (les tribunaux du qadi) appliquent la loi indigène et religieuse pour les Comoriens.

La répartition des domaines de compétence entre les différentes couches présentes dans le système judiciaire comorien a ensuite été complétée par la délibération du 3 juin 1964 de l'Assemblée territoriale relative à la réorganisation du droit procédural en matière de justice musulmane, où les questions relatives au statut personnel, y compris entre autres le mariage, les successions et les fondations religieuses (waqf), sont régies par le droit musulman ou coutumier, alors que tous les autres restent sous le domaine du droit français.

Cette délibération attribue trois types d'activités aux tribunaux du qadi remplacés plus tard par les juges de paix suite à la réforme de 1987 de la magistrature : 1) l'activité judiciaire, qui est réduite à l'application du droit traditionnel (religieux et coutumier), et qui est rémunérée par l'État ; 2) la fonction des notaires, consistant à exécuter les procurations, les dons, les divisions, les activités liées aux contrats de vente, les certificats d'héritage, la liquidation des successions, qui est rémunérée directement par les utilisateurs devrait appliquer un tarif spécifique en fonction de la nature des actes ; et 3) l'activité sociale et administrative.

Les qadis n'avaient pas le statut de juge et n'ont pas été formés au droit musulman¹. Les procès se faisaient sans l'intervention d'avocats et leurs décisions n'étaient pas exécutoires.

IV.- Le droit des États indépendants

Après la colonisation, le pays a expérimenté une instabilité politique continue qui reflète ses effets sur l'application de la règle de droit dans le pays².

L'indépendance du pays ouverte en 1975 a duré jusqu'en 1978, période pendant laquelle le pays a fonctionné sans assemblée législative ni institution

¹ Abdou *DJIABIR*, dans le droit, op.cit. (n.11) parle de la justice sans juriste du qadis sous la conduite du *Moquallid*, et Paul GUY mentionné ci-dessus ; une formation en droit musulman a été organisée pour les futurs juges musulmans. Son cours de *Droit musulman à l'usage des candidats à l'emploi de qadi dans le territoire des Comores* publié à Antananarivo en 1961 par le Centre d'Études de Droit Privé d'Histoire des Coutumes de l'École Supérieure de Droit est bien connu.

² Une description complète de l'histoire politique comorienne après les indépendances, et son impact sur la vie juridique du pays peut être retrouvée dans Binty MADY, « La crise comorienne et le droit », *Revue juridique de l'Océan Indien*, n° 2, 2001/2002, p. 7.

judiciaire. La responsabilité d'exercer l'activité judiciaire de base a été donnée aux comités révolutionnaires créés dans les villages n'ayant pas les connaissances juridiques minimales pour juger les cas. Cette période est caractérisée par des nationalisations, des expropriations abusives et l'absence de toute application de la règle de droit.

Le coup d'État de 1978 a conduit à un nouveau système ayant abouti à la constitution de 1978. Malgré tous les principes qui y sont contenus, les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire étaient confondus et étaient entre les mains du pouvoir politique, ce qui a créé un vide qui a déterminé une période d'inactivité juridique substantielle allant jusqu'en 1989.

Un autre coup d'État est intervenu en novembre 1989. Le résultat fut la naissance d'un premier embryon de démocratie et de pluralisme et la période la plus riche en termes de production législative. Pour la première fois dans l'histoire des Comores, le concept de primauté du droit a été évoqué, et l'existence d'une assemblée législative a favorisé l'adoption de nouvelles lois et de règlements.

Le coup d'État de 1999 a insufflé une première période de retour vers le passé ; le pays fonctionnait sur la base de décrets, en l'absence d'une assemblée législative et de règles de droit. La tentative de sécession de l'île d'Anjouan a beaucoup contribué à cette période difficile. Le rapprochement obtenu par la dernière constitution a permis le début d'une nouvelle période où le pays évolua lentement vers le développement d'un système basé sur des principes pluralistes.

La dernière Constitution des Comores a été promulguée le 23 décembre 2001, et s'est caractérisée par l'introduction de la répartition des compétences entre le gouvernement central et les îles. Chaque île administre et gère librement ses propres affaires, avec le pouvoir d'édicter sa propre loi fondamentale sous la seule limite d'être respectueux de la Constitution de l'État. Chaque île a également son propre gouvernement et une assemblée élue par les citoyens locaux¹. Les îles disposent alors d'une autonomie financière leur permettant d'être capable de préparer et de gérer leur propre budget fondé sur les recettes provenant des quotas attribués par le gouvernement central et les impôts locaux établis par le gouvernement de l'île².

Dans la hiérarchie des normes, les normes de l'Union prévalent sur celles des îles. L'Union a compétence législative exclusive en matière de religion, de nationalité, de devise, de relations extérieures, de défense nationale, et de symboles nationaux. Dans les zones où la compétence législative est partagée entre l'Union et les îles (devant être déterminées par une loi organique dans la mesure où cela est nécessaire), les îles peuvent exercer leur compétence dans les domaines où

¹ Article 7. Voir également André ORAISON, « La mise en place », *op.cit* (n° 4).

² Article.11.

L'Union n'avait pas jusqu'alors légiféré. L'Union intervient uniquement en cas d'opportunité, soit parce que la décision prise par une île pourrait affecter les intérêts des autres îles, soit parce qu'une question ne peut pas être régie par une seule île parce qu'il est nécessaire de préserver l'unité juridique, économique et sociale de l'Union. La constitution prévoit qu'en cas de nécessité, l'Assemblée nationale, c'est-à-dire celle de l'Union, pourra adopter une loi organique déterminant le domaine dans lequel elle compte légiférer, dans les cas où les pouvoirs de l'Union et ceux des îles entrent en conflit. Dans ce dernier cas et selon la matière concernée, l'Union peut énoncer les principes généraux et les règles qui seront ensuite exécutées au niveau local par chaque île. L'Assemblée nationale n'est pas obligée de régler toutes les questions suivant le procédé susmentionné ; elle peut adopter une autre méthode selon que la nature des ces l'exigent¹.

Conformément à la nouvelle Constitution de 2001, le président est le chef de l'Union, le garant de son unité et le chef du gouvernement². Le président est élu pour un mandat de quatre ans au suffrage universel direct majoritaire, mais la présidence est rotative entre les îles. Ainsi, tous les candidats à la présidence doivent être des ressortissants de l'île, chacune alternativement devant abriter la présidence. Des élections primaires doivent être organisées afin de choisir les trois candidats³.

Il y a aussi une Assemblée de l'Union ayant le pouvoir législatif composé de 33 membres élus pour un mandat de cinq ans, dont 18 sont élus au suffrage universel direct, et 15 représentants désignés par les assemblées des îles à raison de 5 par île⁴.

L'indépendance de la magistrature est énoncée dans la Constitution, qui exige que cette indépendance soit assurée par le Président de l'Union, assisté par le Conseil Supérieur de la Magistrature⁵.

En ce qui concerne le droit substantiel, dans le cadre de l'accession à l'indépendance des Comores en 1975, l'Assemblée Nationale provisoire a adopté la loi n° 75-04/ANP, déclarant que la législation en vigueur avant l'indépendance était applicable jusqu'à ce qu'elle soit modifiée ou remplacée par une nouvelle législation comorienne. Cela impliquait, entre autres, la transposition du Code civil français de 1804 et le Code du commerce français 1807 dans le système judiciaire comorien post indépendance, ce dernier sera, plus tard remplacé par le système juridique OHADA.

¹ Article 9.

² Article 12.

³ Article 13.

⁴ Articles 19 et 20.

⁵ Article 28.

En pratique, il y a actuellement une grande difficulté à trouver matériellement la loi applicable, car les textes ne pouvaient à peine être retrouvés et il était nécessaire de les analyser pour vérifier si elle avait été étendue aux territoires d'outre-mer français (Territoires ODM)¹. Afin d'accroître la sensibilisation de la population sur la loi applicable dans le pays, le gouvernement comorien avait commissionné un chercheur français pour procéder à une compilation des lois et règlements français étendus aux Comores avant l'indépendance et donc applicables dans le pays : le résultat fut une collection de lois et de règlements publiés en quatre volumes².

Une tentative d'en finir avec l'héritage juridique de la préindépendance a été faite durant l'époque d'Ali Soleh avec 33 mois de dictature marxiste-léniniste en 1975-1978. Soleh avait prévu, entre autres, de donner au pays un code civil révolutionnaire et totalement nouveau. Ces plans ont été abandonnés lorsque Ali Soleh a été renversé et la loi redevint ce qu'elle était avant, c'est-à-dire une combinaison de droit français (tel qu'il existait en 1975), de droit musulman et droit originellement local. Cette loi préindépendance mérite, par conséquent, une courte présentation.

Depuis l'indépendance des Comores en 1975, le droit privé est régi par trois systèmes juridiques : droit français, droit musulman et droit coutumier. La loi n° 87-021 du 23 septembre 1987 « fixant l'organisation judiciaire de la République Fédérale Islamique des Comores (R.F.I. des Comores) ainsi que les Principes fondamentaux applicables aux litiges de droit privé » organise en son titre II les relations entre le système de droit civil français et les dispositions des autres systèmes de droit.

Le droit coutumier relève de la compétence du juge islamique (maintenant juge de paix).

Le droit musulman conserve son exclusivité dans le domaine du droit de la famille, et le droit coutumier reste applicable pourvu qu'il n'entre pas en conflit soit avec les règles islamiques fondamentales ou avec l'ordre public³. En effet, le droit coutumier aux Comores se rapporte principalement aux domaines de l'immobilier non enregistré et à la possession de l'immobilier⁴. En dehors de ces dispositions, le droit français est appliqué. En réalité, dans les domaines où le droit français et le droit musulman sont tous les deux applicables il est possible que la décision

¹ Le ravage par un incendie de l'unique bibliothèque qui existait dans le pays a rendu la recherche beaucoup plus difficile et en conséquence l'application de la loi beaucoup plus incertaine. La situation en droit commercial était pire, car peu de textes existent et ils étaient difficiles à retrouver.

² Le travail a été effectué par Robert GARON de l'Université d'Aix-en-Provence qui clairement n'avait fait aucune référence au droit musulman. Nous avons reçu cette information d'Ibrahim Ali MZIMBA, « La codification dans l'océan indien, l'expérience comorienne », *Revue juridique de l'océan indien*, n° 4 2003/2004, p115.

³ Art. 10, Law n° 87-021.

⁴ Art. 12, Law n° 87-021.

rendue en première instance par le qadi soit portée en appel devant la Cour d'appel qui rendra sa décision sur la base du droit français¹. Un exemple est la matière du statut personnel qui relève de la compétence du juge islamique selon la loi de 1987 sur l'organisation judiciaire, mais qui est également contenue dans le Code civil français 1807.

Le foncier est officiellement régi par la loi française, mais dans la réalité, la situation semble être plus compliquée en raison de l'application cumulative du waqf islamique et du Magnahoulé traditionnel dans la République. Le droit foncier comorien est caractérisé par la procédure de l'enregistrement dont l'objectif est en quelque sorte de « purger » l'acquisition ou la possession de droits réels immobiliers de tous les défauts provenant de l'incertitude qui pourraient en résulter aussi longtemps que son titre est régi par le droit originaire ou musulman.

Le droit musulman est donc d'une importance primaire pour ce qui relève des droits personnels, de la famille, ainsi que des successions. Mais il a aussi des influences sur le droit des affaires et sur la capacité des femmes.

Le droit coutumier comorien s'applique donc essentiellement au droit de propriété ou la possession immobilière et les droits qui en découlent, sauf pour les litiges qui concernent les propriétés enregistrées.

Le droit français tel qu'il était en 1975, constitue le cœur et l'épine dorsale du système juridique comorien, même la législation actuelle comorienne suit le modèle juridique français et les développements juridiques passés en France. Ainsi, le Code pénal comorien post indépendance (Code pénal comorien) de 1982 suit le modèle français, bien qu'il existe quelques influences islamiques, telles que la disposition exigeant quatre témoins oculaires en cas de condamnation pour le délit d'adultère (mais la punition qui en découle n'est pas la mort par lapidation, comme stipulé par le šarī'a, mais simplement une peine de prison de courte durée). Le Code pénal prévoit la peine de mort pour crime, mais les exécutions sont extrêmement rares et la peine de mort sera probablement très bientôt abolie en raison de l'entrée du pays dans les traités internationaux.

Le Code de commerce comorien de 1982 a été d'une si mauvaise qualité qu'il a dû être aboli, et le Code de commerce français a été réintroduit, avant d'être remplacé par le système du droit des affaires OHADA harmonisé dans les domaines déjà couverts par un tel système de droit uniforme, suite à l'adhésion du pays à ce traité.

¹ Selon Ibrahim Ali MZIMBA, *La codification, op. cit.*, art 117. Cette situation est due au fait que le principe islamique *Minhadj at Talibin* n'a pas été inséré dans la compilation susmentionnée des textes juridiques en vigueur.

D'autres législations conviennent d'être mentionnées tel que le Code du travail de 1984, inspiré à la fois par le droit français, mais aussi par un certain nombre de conventions de l'OIT.

Un code de la famille comorien a été approuvé par la loi 05-008 du 3 juin 2005. Comme mentionné ci-dessus, elle a conservé l'institution de la polygamie et d'autres types de loi islamique de la famille.

V.- La nouvelle couche : Droit OHADA

Les Comores sont l'un des 14 pays signataires du Traité de l'OHADA relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique¹. Comme il est aujourd'hui bien connu, l'objectif de cette organisation est la mise en œuvre d'un cadre juridique moderne et harmonisé dans le domaine du droit des affaires afin de promouvoir les investissements et développer la croissance économique dans les pays africains.

Ainsi, le traité prévoit l'élaboration d'actes uniformes directement applicables dans les États membres, nonobstant toutes dispositions actuelles ou futures de droit interne sur la même question. Jusqu'à présent, les actes uniformes qui ont été adoptés ont trait au droit commercial général, au droit des sociétés et des groupements d'intérêts économiques, au droit des sûretés, au droit des procédures simplifiées de recouvrement, aux voies d'exécution, au droit des procédures collectives d'apurement du passif, au droit de l'arbitrage, au droit comptable, au droit des contrats de transport terrestre de marchandises par route, et au droit des sociétés coopératives².

Ce nouveau cadre juridique prévoit aussi un mécanisme pour le règlement des différends, l'un des objectifs du traité est d'établir la sécurité juridique dans les

¹ Les 14 pays originellement signataires du traité sont : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, République Centrafricaine, Tchad, Comores, République du Congo, Guinée Équatoriale, Gabon, Côte D'Ivoire, Mali, Niger, Sénégal, et Togo. La Guinée Conakry, la Guinée Bissau et la République Démocratique du Congo ont rejoint l'OHADA. Présentement, l'adhésion de la République du Bénin et de Sao Tomé et Príncipe est en cours.

² La bibliographie de l'OHADA est devenue extrêmement large. La revue de droit français nommée « Revue Penant », consacre la plupart de chaque numéro trimestriel à la doctrine et aux affaires liées au Droit OHADA. Pour un aperçu général sur le droit OHADA, voir : « L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », *Les Petites Affiches* n. 205, 13 octobre 2004 ; Joseph ISSA-SAYEGH, « L'intégration juridique des États africains dans la zone franc », *Rev. Penant*, n° 823, 1997, p. 5, et n° 824, 1997, p. 120 (parts I and II) ; ID., « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Unif. L. Rev.*, 5, 1999 ; Boris MARTOR, Nanette PILKINGTON, David S. SELLERS et Sébastien THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Paris, Litec, 2009 ; Alhousseini MOULOUL, *Comprendre l'OHADA*, 2° ed., Conakry, 2009 ; Philippe TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999 ; ainsi que la nouvelle collection de droit OHADA publiée par Presse Universitaire d'Afrique à Yaoundé en 1999, et d'autres by Bruylant-Brussels, 2002.

pays concernés¹. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) est le haut degré de juridiction pour toutes les questions impliquant l'application du traité, ainsi que des Actes Uniformes. Elle a une compétence à la fois judiciaire et d'arbitrage. La Cour statue sur les décisions rendues par les Cours d'appel des États membres, et juge aussi le fond de l'affaire. En ce qui concerne les questions d'arbitrage, le rôle de la CCJA est de superviser les arbitres nommés et d'octroyer une force exécutoire à la sentence arbitrale, et ainsi d'assurer l'interprétation harmonisée du traité, des Actes Uniformes et des règlements correspondants ainsi que des conventions d'arbitrage².

Malgré cette situation qui devrait en principe favoriser le développement du commerce et de la protection des investisseurs et des entreprises grâce à un système moderne de droit commercial, la pratique quotidienne est loin d'être celle qui était prétendue.

Même si les Comores sont l'un des membres fondateurs de l'OHADA, un regard sur le Journal Officiel de l'OHADA montre que les Comores n'ont jamais été présentes à une réunion où une loi uniforme a été approuvée³. Par ailleurs, dans la pratique judiciaire on ne peut que regretter les dysfonctionnements fréquents observés dans le traitement judiciaire des litiges intervenant en matière commerciale où par exemple le pouvoir exécutif a tendance à intervenir dans les décisions judiciaires lorsque l'une des parties au procès est une société détenue ou connaît la participation de l'État⁴. Bien que les Comores aient ratifié le traité de l'OHADA relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, un indicateur clair démontre que jusqu'à présent aucun cas comorien n'a été examiné par la CCJA. À cela s'ajoute le manque d'utilisation des ressources OHADA par le pays. En effet, chaque fois que l'occasion se présentait, aucun ressortissant comorien n'a été envoyé à l'École Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) (école située à Porto Novo qui offre une formation sur le droit OHADA et qui est rattachée au Secrétariat permanent de l'OHADA).

Même si le système OHADA a maintenant tendance à être appliqué au niveau judiciaire, il y a, en général, plusieurs contraintes dans la mise en œuvre complète du système OHADA. Il y a une grande difficulté par exemple dans la mise en place du Registre de Commerce et de Crédit mobilier, puisque traditionnellement, il y a eu seulement un Registre de Commerce où seules les entreprises qui traitent avec l'État doivent s'enregistrer, et très souvent la réalité de

¹ Pierre MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Rev. Penant*, n° 855, 2006, p. 151.

² Joseph ISSA-SAYEGH, *Quelques Aspects Techniques*, *op. cit. supra* at 12.

³ Cette information est de Dominique PONSOT, « L'OHADA : Vers un Droit Unifié des Échanges dans la Zone Océan Indien? », *Revue Juridique de l'Océan Indien*, n° 9, 2009, p. 21.

⁴ Source : réponse du Ministère Français des Affaires étrangères et Européennes et publiée au JO Sénat of 23 Octobre 2008, p. 2112 relative à la question écrite n° 03744 posée par Mr. Richard Yung et publiée au JO Sénat du 20 mars 2008, p. 515

l'entreprise n'est pas telle qu'elle est enregistrée dans le Registre¹. Par ailleurs, la structure actuelle de l'État avec un tel degré d'autonomie entre les îles ne facilite pas la mise en œuvre du système OHADA. Probablement, pour les mêmes raisons, l'ancien Registre de Commerce semble avoir été établi uniquement à Moroni, située dans l'Île de Grande Comores. Il n'y a aucune information sur sa présence à Anjouan et Mohéli².

Comme la plupart des autres pays membres de l'OHADA, les Comores n'ont pas non plus promulgué les lois nationales prévoyant des sanctions à l'égard des infractions établies dans les actes uniformes de l'OHADA³, de sorte que pour autant que cela soit possible une analyse minutieuse de l'ancienne législation est nécessaire pour voir si ces crimes ont été déjà prévus en vue de leur appliquer la sanction adéquate, sinon le crime ne sera pas punissable en raison de l'absence de sanction légale.

D'autres questions qui doivent être soulevées en vue d'une meilleure application du droit uniforme sont l'absence dans le pays, de professionnels du droit dont la présence et l'intervention sont nécessaires pour faire respecter un certain nombre de formalités dans la mise en œuvre des actes uniformes⁴. À cela s'ajoute l'absence de Journal officiel pour la publication d'annonces légales, formalité souvent requise pour la validité d'un acte⁵. Telles sont les questions entre autres, qui doivent être abordées pour sécuriser une application effective des lois uniformes.

C'est-à-dire que même si l'application de la loi uniforme OHADA n'est pas en principe en discussion, l'efficacité de leur application est encore soumise à beaucoup de facteurs et de mesures qui doivent encore être adoptées dans ce pays toujours en voie d'harmonisation juridique.

La pratique juridique dans les Comores.

¹ L'enregistrement est devenu une simple procédure visant à publier les noms des propriétaires d'entreprises enregistrées.

² Il convient de signaler qu'il y a un site web (<http://mwali-registrar.com>). (Dernière visite, 10-09-2010) qui semble être lié à l'enregistrement des entreprises de Mohéli, mais où seules des informations relatives aux sociétés Offshores sont fournies. À Anjouan, la loi sur l'échange de renseignements 001 de 2005, promulguée pour constituer une réglementation pouvant aider les autorités de régulation à l'étranger à obtenir des informations relatives à Anjouan, se référant aux gérants des compagnies, aux gérants des entreprises d'affaires internationales et au gérant des compagnies d'assurances.

³ Ces genre d'activités sont possibles, suivant l'interprétation donnée par la CCJA sur l'article 10 traité de l'OHADA selon laquelle, seules les législations nationales existantes dans les mêmes matières que celles relevant des actes uniformes, devront être considérées comme nulles et non avenues et donc abrogées par les actes uniformes si elle entre en conflit avec eux. La législation nationale correspondante qui n'est pas en conflit avec les actes uniformes ou qui traite des questions qui ne sont pas couvertes par les actes uniformes reste applicable.

⁴ Voir aussi Dominique PONSOT, *L'OHADA op. cit.*, p 22.

⁵ Ces aspects seront traités dans le chapitre suivant de ce document.

En résumé, le droit comorien est un système très hétérogène (et dans une certaine mesure unique), caractérisé par la diversité juridique et procédurale, par une dualité de structures juridiques et statutaires, où les règles sont entassées et contradictoires. Cela complique donc le travail des juges, et diminue l'accessibilité du système judiciaire. La cohabitation des différentes règles, marquées par des conflits et des chevauchements est fréquente. La présence d'anciens textes, non utilisés en raison de l'ignorance de leur existence, ne facilite pas l'identification de la règle applicable. Elle favorise plutôt le recours aux moyens informels de règlement des litiges pas toujours en conformité avec les principes juridiques¹.

Comme on pouvait s'y attendre dans un système de droit civil basé sur l'héritage français, la principale source du droit dans les Comores est une législation. Le défaut de ressources, de publication du Journal officiel local (Journal officiel des Comores) abandonné en 1997, a amené à s'appuyer sur la radio, les journaux locaux de circulation machinale et une simple tradition orale pour la diffusion des informations relatives à la nouvelle législation. La publication du Journal officiel a été récemment reprise, mais sur une base très irrégulière, et en général seulement quand il y a des dispositions que le gouvernement veut mettre à la connaissance du public. En plus, la publication des nouvelles lois dans le Journal officiel n'a pas (du moins en pratique) d'effets constitutifs à l'égard de l'entrée en vigueur de nouvelles règles juridiques, celles-ci par conséquent, peuvent devenir exécutoire sans que la population en soit vraiment éclairée sauf si ce n'est par les moyens « informels » mentionnés ci-dessus.

De même, il n'y a pas de publication systématique des décisions judiciaires, qui, conformément à la tradition française ne constituent pas une source exécutoire de la loi (elles ne sont jamais ouvertement visées dans les arrêts), mais dont une grande importance dans la pratique judiciaire est claire pour tout avocat. Les professionnels du droit comorien, y compris les juges, doivent rechercher les décisions antérieures pertinentes dans les archives de la cour et il est difficile de savoir s'ils le font ou pas. La valeur de la jurisprudence antérieure peut donc être minime en France, où les cas principaux sont facilement disponibles, car ils sont publiés et commentés dans les différentes revues juridiques. Il n'y a pratiquement aucune science juridique comorienne ou de recherche ; une tentative de produire une revue de droit a été faite il y a quelques années, mais elle a échoué.

Les Comores connaissent encore une pénurie de personnel juridique qualifié et de ressources matérielles, de sorte que le système judiciaire prévu par la législation comorienne est loin d'être pleinement mis en œuvre dans la pratique². Actuellement, il n'y a que deux niveaux de juridiction. Il y a un tribunal de

¹ Abdou DJABIR, *Le droit* cit, p. 14.

² La structure des tribunaux et la position des juges et autres personnes actives dans le système judiciaire sont régies par la loi n° 87-017, 87-021 et 88-017. La promulgation d'une nouvelle loi est envisagée par l'article 28 de la Constitution de 2001.

première instance et une Cour d'appel dans chacune des trois îles ; les tribunaux de première instance siègent avec un juge unique, tandis que la Cour d'appel siège avec trois juges. Au tribunal de première instance de Moroni, le plus grand dans le pays, il existe actuellement certains juges professionnels, et certains d'entre eux travaillent en même temps en qualité de juges d'instruction, qui supervisent et guident, suivant le modèle français les enquêtes préliminaires dans les affaires criminelles graves. Les procureurs sont rattachés aux tribunaux et considérés, une fois de plus suivant la tradition française, comme appartenant à la magistrature.

En raison du manque de ressources humaines, le gouvernement du pays avait également renoncé à nommer le greffier de la CCJA de l'OHADA, comme il aurait dû le faire en vertu des accords de N'Djamena¹.

Dans les questions relatives au statut personnel, au droit de la famille et des successions, les litiges sont tranchés en première instance par les juges de paix, désormais insérés dans le système judiciaire afin d'éliminer la dualité du système. Ils sont composés de juges bien informés sur le droit musulman et coutumier. Les recours contre les décisions sont recevables directement devant toutes les Cours d'appel. Le rôle des juges de paix, qui a remplacé les tribunaux du qadi suivant la réforme de 1987 de la magistrature (mais parfois encore nommés « qadi »), est en réalité beaucoup plus restreint. Sur le papier, les juges de paix sont censés traiter non seulement toutes les questions relevant du droit musulman et coutumier y compris ce qui sont mentionnés ci-dessus, mais aussi d'autres litiges en vertu du droit général : les contraventions et les petits délits passibles d'amende². En matière de droit coutumier, les juges de paix sont censés siéger ensemble avec deux assesseurs. En réalité, les juges de paix peuvent toujours statuer seuls et ne traitent pas des cas autres que ceux qui ont trait aux questions régies par des règles musulmanes et coutumières. Récemment, les juges de paix nommés sont détenteurs des diplômes en droit musulman dans les universités d'autres pays musulmans, tandis que les plus âgés peuvent manquer de formation juridique formelle.

Les affaires criminelles graves sont jugées par seule et unique instance, la Cour d'Assise, composée de deux juges professionnels de la cour d'appel et de jurés non qualifiés.

Contrairement au système français, il n'existe pas de distinctions entre tribunaux commerciaux et administratifs, mais simplement des « chambres »

¹ Les accords de Ndjamenasont des accords politiques de natures transitoires qui ont établi la répartition de différents bureaux dans les États membres. Ils ont été abrogés avec un document spécifique adopté de façon incidente.

² En tout cas, si la valeur de l'affaire est de plus d'un million de francs comoriens, les parties doivent saisir le tribunal de première instance.

commerciales et administratives dans les tribunaux d'instance¹. Des chambres spéciales existent aussi pour les conflits de travail et les questions relatives aux mineurs. En raison du nombre limité de juges, il arrive que le même juge statue dans des chambres différentes.

Conformément à la loi écrite, il est également censé exister une Cour Suprême, avec des fonctions correspondant approximativement à celle de la Cour de cassation française, mais celle-ci n'a pas encore été établie et il est douteux qu'elle le soit. En principe, la Cour suprême devrait être composée de deux membres choisis par le président, deux élus choisis par l'Assemblée fédérale, et un par le Conseil de chaque île.

D'autre part, l'arbitrage ne semble pas être usité aux Comores, même si l'Acte Uniforme OHADA sur le droit d'arbitrage a maintenant comblé l'absence de législation sur la procédure d'arbitrage. Quoiqu'il en soit, en raison du patrimoine culturel et la difficulté d'obtenir des décisions rapides et fiables de la magistrature, il y a une tendance générale de la population comorienne à recourir à des mécanismes alternatifs de résolution des litiges, en particulier dans le secteur informel, tendance qui pourrait, en principe, représenter un point de départ intéressant pour développer un système reposant sur l'arbitrage, surtout en tenant compte en particulier, des difficultés de l'appareil judiciaire mentionnées ci-dessus.

La Cour constitutionnelle a été établie suite à la promulgation de la loi organique n° 04-001/AU de 30 juin 2004, concernant l'organisation et la compétence de ladite Cour. La Cour constitutionnelle juge sur la constitutionnalité des lois promulguées par l'État et par les îles, et il a également été nommé pour répondre de la division correcte des compétences entre l'Union et les îles, étant appelé à juger sur les conflits de compétence entre les institutions de l'Union, entre l'Union et les îles, et entre les îles elles-mêmes². Le président de l'Union, les Vice-Présidents de l'Union, le Président de l'Assemblée de l'Union et les chefs du gouvernement des îles nomment chacun un membre à la Cour Constitutionnelle³.

Une autre institution qui existe seulement sur papier est le Conseil Supérieur de la Magistrature, qui est un organisme d'inspiration française. Il s'agit d'un organe judiciaire de nomination et a un pouvoir disciplinaire sur les juges⁴.

¹ Le législateur Comorien a mis en place un tribunal de commerce, mais en réalité il n'a jamais été opérationnel. Dans une conférence tenue à l'Université de La Réunion en Décembre 2009, l'ancien président de la Cour d'Appel de Moroni a expliqué comme quoi une des raisons de cette inertie est le fait qu'en moyenne, seulement cinq cas par mois sont inscrits au rôle dans l'actuelle chambre commerciale ; et à partir de 2004, jusqu'en décembre 2009, elle a rendu seulement 176 jugements sur 270 cas inscrits au rôle.

² Article 31 de la Constitution.

³ Article 32 de la Constitution.

⁴ Article 28 de la Constitution.

Actuellement, il y a seulement vingt avocats pleinement qualifiés dans le pays, mais la représentation par un avocat n'est pas toujours obligatoire dans les procédures judiciaires. Par ailleurs, il y a un certain nombre d'agents professionnels d'affaire, moins qualifiés, représentant des clients devant les tribunaux. Le nombre limité de praticiens du droit rend impossible la spécialisation, de sorte que dans les cas qui nécessitent des spécialisations extrêmes, les avocats étrangers doivent être conviés.

Il n'y a qu'un seul notaire public professionnel indépendant basé à Moroni. Les fonctions de notaire public, étant une institution très importante dans le système juridique français, ont été traditionnellement exécutées en partie par les secrétaires judiciaires (greffiers), en partie par les juges de paix suivant l'ancien modèle établi par la cession d'une telle fonction aux tribunaux du qadi. Il y a aussi très peu d'huissiers de justice, principalement pour l'exécution des jugements et la signification de documents.

Les Comores ont mis en place leur propre université, en 2003, et une faculté de droit a été établie. Les enseignants sont des praticiens du droit comorien qui ont suivi leur formation en dehors du pays (principalement en France). L'université a conclu un accord de coopération avec l'Université de La Réunion pour la formation juridique postuniversitaire. À partir de 2007, l'université a mis en place deux cours liés au système juridique OHADA dont un sur le droit OHADA et l'autre sur les systèmes de règlement des différends dans l'OHADA. Toutes les activités de l'université sont faites en français.

La langue française continue de maintenir sa prédominance : tous les documents, y compris les jugements relatifs à des questions musulmanes, se font en français. La langue comorienne est utilisée uniquement pour les présentations orales, et l'arabe n'est utilisé que pour des questions religieuses. Par ailleurs, la procédure, y compris celle devant le juge de paix, suit les règles de la procédure française. Sur le plan symbolique, même les robes prescrites pour les juges et des procureurs sont copiées sur la France, bien que ces règles ne soient pas toujours respectées dans la pratique puisque l'État ne peut même pas se permettre de se procurer des robes¹.

Le système dans son ensemble, est donc toujours en développement, et en particulier dans sa direction pratique, vers une nouvelle configuration hybride comparable à une mosaïque composée par des fractions d'instruments juridiques prises çà et là ; une tendance qui semble être présente non seulement dans les Comores, mais aussi dans d'autres réalités africaines d'aujourd'hui.

¹ Information de Michael BOGDAN, *Le pluralisme juridique*, op.cit. (N. 1).