



# LA CONDITION JURIDIQUE DIFFÉRENCIÉE DE LA FEMME COMORIENNE

publié le **25/07/2010**, vu **7003 fois**, Auteur : [SAID ISSA](#)

**Aux Comores, se trouve un cas de pluralisme juridique composé de droit musulman, de droit occidental d'inspiration française et de règles coutumières. Le code comorien de la famille, adopté en 2005, illustre l'entrelacement du Droit et des Cultures. La condition de la femme est successivement présentée sous l'angle de ses droits propres, de l'inégalité juridique qu'elle connaît et du droit international de la femme.**

## INTRODUCTION

Les Comores présentent un cas de pluralisme juridique légal singulier qui confronte deux traditions juridiques écrites : L'Islam et le droit occidental d'inspiration française, ainsi qu'une tradition juridique coutumière d'origine africaine. Pour le juriste intéressé par l'entrechoquement culturel des sources juridiques et soucieux de la résolution des conflits que posent ces confrontations normatives, le code comorien de la famille illustre l'entrelacement du Droit et des Cultures.

Le code se situe à la croisée des chemins : entre Islam et coutumes locales, politique et droits fondamentaux. Il s'inscrit dans une société placée au carrefour des grandes routes maritimes qui comporte une importante communauté d'ascendance arabe mais qui est avant tout africaine. « La foi islamique, intensément vécue, s'accompagne partout de pratiques qu'un certain intégrisme local récent accuse de superstition, de déviance, voire de *bid'aa* (innovation blâmable). Sont ainsi dénoncés les recours aux maître féticheurs et autres astrologues (*mwalimu*), l'organisation de cérémonies de possession, la célébration culturelle du prophète Mahomet, et même les pratiques d'invocation propres aux mouvements confrériques ». C'est d'Islam en terre bantoue dont il est question. Dans une certaine mesure, le code est le réceptacle, au niveau du droit, du pluralisme qui prospère aux Comores et qui se décline en trois branches : droit coutumier, charia et droit colonial français et occidental post-colonial ou encore « modernité, religion et tradition ».

Un droit mixte ou pluriel donc, qui pose le problème de l'équilibre entre ces sources à la fois hétérogènes et complémentaires. Ces sources sont l'expression de mentalités et logiques qui s'entrecroisent : logiques égalitaires et inégalitaires, sans pour autant se rejoindre. Un exemple significatif est donné par l'État comorien, s'agissant de la définition de l'enfant, qui diverge absolument selon les trois sources de droit. Pour le Comité des droits de l'enfant, ce pluralisme juridique n'est pas propice à la protection des droits et les différentes composantes de la législation devraient être « selon que de besoin » harmonisées pour les aligner sur les dispositions et principes de la Convention des droits de l'enfant.

Avec le code comorien de la famille, finalement adopté le 3 juin 2005, en débat depuis une dizaine d'années, le législateur a opéré une œuvre de conciliation entre la tradition juridique musulmane

dominante et les coutumes, tout en prenant en compte dans une certaine mesure - non pas le droit d'inspiration française, le droit international des droits de la femme. Un exercice de sociologie juridique appliquée qui suscite la discussion et l'analyse. Est-il possible, en effet, de concilier des sources de droit, et les valeurs qui les sous-tendent, aussi différentes et contradictoires ? L'Islam est une source de droit constitutionnalisée. Le préambule constitutionnel de l'Union des Comores déclare que : « *Le peuple comorien proclame solennellement sa volonté de puiser dans l'Islam, l'inspiration permanent des principes et règles qui régissent l'État et les institutions* ». En outre, il dispose : « *l'égalité de droits et devoirs sans distinction de sexe* ».

Dans le code comorien de la famille, qui compte 153 articles et 6 titres, dont 1 titre préliminaire, l'influence juridique musulmane est prépondérante sans être exclusive. Si les Ulémas estiment ne pas avoir été associés à la rédaction du code, l'institution religieuse suprême, le Muphtorat, l'a déclaré conforme tant à l'Islam qu'à la Constitution de l'Union. Les députés qui l'ont adopté à l'unanimité ont tenu à prendre en compte les valeurs musulmanes ainsi que l'esprit des Conventions internationales.

Quelle condition juridique le code de la famille réserve-t-il à la femme comorienne ? Deux types de dispositions peuvent être décrites. Les premières consacrent l'inégalité juridique au profit de l'homme ; les secondes prévoient des droits propres à la femme. La condition juridique différenciée de la femme s'explique dans la tradition musulmane par les rôles sociaux distincts que jouent l'homme et la femme. À lui, le monde extérieur ; à elle la domesticité. L'art. 54 rend compte de cet état de pensée : « Par le seul fait du mariage, le mari contracte l'obligation de nourrir, entretenir son épouse et ses enfants ». L'art. 53 évoque également de façon significative « les droits et obligations réciproques des époux », non les droits et obligations réciproques et égaux des époux. Par exception, la condition juridique de la femme fait place à une condition égale entre les époux.

## **L'INÉGALITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME COMORIENNE**

La tutelle matrimoniale, la polygamie et la répudiation font ressortir de façon flagrante l'inégalité juridique de la femme comorienne. L'art. 21 dispose : « le mariage est passé entre le tuteur matrimonial de la jeune fille (le wali) et le futur époux ou son mandataire, devant le juge compétent ». Exclusive pour la future épouse, la tutelle matrimoniale montre l'inégalité de la femme et se rattache à un système qui tente de concilier l'autorisation du wali et la liberté de consentement au mariage de la femme. Dans la sourate XXX, verset 21, le Coran fonde le mariage sur l'amour et la bonté entre l'homme et la femme, ce qui prescrit l'interdiction du mariage forcé.

Néanmoins seul le tuteur de la femme a la capacité juridique pour engager le mariage avec l'époux, ce qui est l'antithèse de l'art. 146 du code civil qui prescrit le consentement au mariage par les futurs époux. Toutefois, selon un arrêt de la Cour d'appel d'Alger, du 6 mars 1950, un mariage sans consentement de la future épouse est nul car il faut associer à l'accord du tuteur matrimonial le consentement de la future épouse. Cet arrêt a été interprété par la doctrine comme remettant en cause, après la Constitution du 27 octobre 1946, le droit canon de la contrainte matrimoniale qui fut appliqué aux Comores. Si l'art. 20 du code prévoit les consentements à mariage « fermes, inconditionnels et libres », l'art. 23 exige l'« autorisation du wali » et le « consentement de la femme ». Deux cas de figure se présentent : l'absence de consentement de la femme au mariage et le refus d'autorisation du tuteur au mariage. Dans le premier cas de figure, « en cas de premier mariage », le wali ne peut pas obliger la jeune fille à se marier sans son consentement (art. 23). En cas de remariage, le juge chargé de la célébration peut se dispenser

de l'autorisation si le wali s'y oppose (art. 25). Dans le second cas de figure, seule l'opposition « abusive » du wali au mariage peut être contournée par le juge (art. 24). Dans ces conditions, le choix du conjoint pour la femme reste délicat.

L'acceptation explicite de la polygamie consacre clairement l'inégalité de la condition de la femme. Bien que le phénomène paraisse en régression aux Comores, il n'en demeure pas moins que cette institution est un facteur d'instabilité familiale. Sa critique n'est pas récente. Le code a eu pour ambition de la contrôler sans la proscrire. L'art. 49 dispose explicitement que : « L'homme ne peut contracter un nouveau mariage s'il a un nombre d'épouses égal à quatre ». Un tel mariage est nul et de nul effet (art. 50) auquel peuvent s'opposer les épouses (art. 52) ; il s'agit d'un cas d'adultère pouvant donner lieu à demande de divorce par les épouses (art. 77). Toutefois il ne donne pas lieu à l'amende punitive d'au moins 1 000 000 FC (2000 euro) qui ne sanctionne que les mariages prohibés pour cause d'inceste réel ou symbolique (art. 43 à 47). Comme le veut le Coran, sourate IV, verset 129, il est posé que le mari polygame est tenu de traiter son épouse « en parfaite égalité avec les autres épouses » (art. 54). Comment toutefois établir la parfaite égalité ?

Dans la version préalable du code, il était posé que chacune des premières épouses avait un droit de recours au *cadi* ou au juge : « aux fins de prouver que leur mari n'a pas la possibilité d'entretenir un nouveau foyer » (art. 25). Cette disposition a disparu et elle ne subsiste que de façon indirecte. Cela signifie que le mariage polygame est valable même s'il entraîne une baisse de revenus pour les épouses dès lors qu'elles sont traitées en parfaite égalité. Le *Minhadj at-tâlibîn* indique que le partage des faveurs maritales doit se faire également entre les épouses. Sont ainsi réglementées le logement, les visites et la durée de celles-ci aux épouses. L'obligation est faite à l'époux d'« informer sa ou ses conjointes de son désir de fonder un nouveau foyer et la future épouse de sa situation matrimoniale » (art. 27).

Selon le Grand *Cadi*, « la non-information de l'épouse ne peut pas annuler le mariage. Cette information ne devrait pas être une contrainte mais l'expression du respect et de l'entente entre les époux ». Cette obligation d'information n'équivaut pas à un consentement de l'épouse, contrairement à ce que prévoyait la version précédente du code, et témoigne sur ce point une mise en cause de la condition féminine aux Comores. Cette obligation d'information n'a pas de vocation préventive.

La répudiation de la femme consacre, pour finir, l'inégalité de la femme comorienne. Le mari a la possibilité de répudier sa femme par la procédure dite des « trois *twalaka* » (art. 65). Prérrogative exclusive de l'homme, cette modalité de dissolution du lien conjugal repose sur le pouvoir discrétionnaire de l'époux et n'a pas à être motivée. Du reste, la répudiation, prononcée par badinage ou plaisanterie a toutes les conséquences légales d'une répudiation réelle, selon l'école *chaféite*. Elle peut être affectée d'une condition résolutoire : « Vous êtes répudiée si cet oiseau est un corbeau » ou « Si vous accouchez, vous êtes répudiée ». Elle prend la forme orale suivante : « Vous êtes répudiée, répudiée, répudiée ». Les conditions qui l'entourent restent limitées puisque aucune condition de fond, donc, ne lui est opposable. Une limite temporelle est opposable : le *twalaka* prononcé durant la période menstruelle ou la grossesse est « blâmable » (art. 59) et la persistance dans son prononcé peut entraîner une amende de 50 à 100 000 FC (100 à 200 euro). Une condition formelle est opposable : l'état d'ivresse manifeste ou la forte colère enlevant tout ou partie du contrôle n'entraîne pas *ipso facto* l'invalidité du prononcé mais sa validité est laissée à l'appréciation du juge (art. 62). Une condition procédurale est opposable : le *twalaka* doit être prononcé obligatoirement devant le juge (art. 62) et non simplement devant deux témoins. Le juge, qui n'a pas les moyens de s'opposer à la répudiation, peut néanmoins repousser le prononcé de la répudiation à un « délai raisonnable » (art. 62).

Lorsqu'elle est répudiée, la femme ne peut se remarier avec son ex-mari que si elle a contracté entre temps un nouveau mariage avec un autre homme (art. 69). La violation de cette règle civile est sanctionnée par le délit de zina, dit de fornication qui sanctionne l'adultère (art. 71 du code de la famille prévu à l'art. 336 du code pénal comorien). La dissolution du lien conjugal entraîne l'octroi d'une pension alimentaire pour les enfants et leur mère durant le délai de viduité (art. 90).

La procédure des trois twalaka emporte rupture du lien conjugal. Elle s'oppose à la procédure du twalaka simple ou double, de nature révocable, qui ne l'emporte pas (art. 88). Cette situation entraîne pour la femme une retraite légale de continence à l'expiration de laquelle le mariage est définitivement dissout (art. 67) si l'époux n'exerce pas son droit de révocation du twalaka simple ou double dans ce délai (art. 79). Ce délai prend l'appellation de « délai de viduité ou retraite de continence » (IDDA) et s'applique tant au cas de la femme simplement répudiée que celui de celle irrévocablement répudiée, de celle qui a pris l'initiative du divorce ou qui est veuve. Le code ne prévoit pas que l'attestation de non-grossesse puisse rompre le délai (contra art. 228 du code civil français). Seul le cas du mariage non consommé et dissout n'oblige pas la femme à respecter le délai de retraite de continence (art. 80). Le twalaka simple ou double est prononcé devant le juge et il fait droit à une pension alimentaire de la femme et des enfants en fonction de leurs « besoins réels » (art. 89).

## **LES DROITS PROPRES À LA FEMME COMORIENNE**

Pour compenser l'inégalité qui lui est faite, la femme dispose de droits qui lui sont propres et qui tiennent à la dot ou mahar, également don nuptial, que lui doit son mari et à la faculté qui lui est donnée de demander le divorce. Les dispositions relatives à la dot forment un ensemble très structuré et protecteur et sont l'expression d'une condition « avantageuse » de la femme. Le don nuptial est versé à la seule épouse, à l'exclusion de toute autre personne, dont le tuteur matrimonial, préalablement à la consommation du mariage. La dot est un bien, sans minimum ni maximum évaluable en argent, qui exprime : « le désir ferme de contracter mariage en vue de créer un foyer » (art. 28). Elle est octroyée sans réciprocité de quelque nature que ce soit, puisque l'époux n'est pas fondé à exiger de sa future épouse un : « apport quelconque de meubles, literies, effets vestimentaires en contrepartie de cette dot » (art. 29). Le montant et le contenu de la dot sont fixés lors de la conclusion du mariage. Le don nuptial n'est pas à proprement parler une condition du mariage puisque son non-versement n'est pas une cause d'empêchement du mariage, ni une cause de dissolution du lien conjugal. La doctrine ne l'analyse pas non plus comme un effet du mariage. Il s'apparente plutôt au droit dont le mari s'acquitte pour consommer le mariage.

En effet : « la femme peut refuser à consommer le mariage tant qu'elle n'a pas reçu la dot même en partie en seulement » (art. 28). A l'inverse, le refus de l'épouse de consommer le mariage, alors que le don nuptial est versé, entraîne sa restitution. La dot est contractualisée entre le mari et le tuteur mais la future épouse peut y renoncer expressément (art. 28). La dot est une dette due même en cas de séparation, qui s'étend aux héritiers de l'époux décédé même si le mariage n'a pas été consommé (art. 30). La moitié de la dot reste due en cas de non-consommation du mariage et de répudiation de la femme si son montant a été préalablement fixé (art. 31). Les art. 72 et s. établissent le droit du divorce sur demande de l'épouse, devant un juge, un droit que n'a pas le mari qui ne peut se séparer de sa femme que par la répudiation. Pour obtenir le divorce, l'épouse doit invoquer des motifs précis, contrairement à l'époux qui n'a pas à motiver sa répudiation. Ces motifs sont le défaut d'entretien (faskh) ; l'absence prolongée sans contact

manifeste avec l'épouse (qui se définit comme la vie dans un lieu séparé depuis plus de 6 mois) ; les sévices et un nombre de cas limités, comme l'apostasie, l'homosexualité, l'impuissance, la polygamie non consentie (art. 73, 74, 76, 77). Ces motifs s'analysent en des fautes que l'épouse peut reprocher à son mari et qui justifient son droit de demander le divorce. Deux autres cas de divorce se présentent.

Le premier a une nature objective : il vise la séparation pour démence ou maladie grave qui rend impossible la communauté de vie et il est ouvert à n'importe lequel des deux conjoints (art. 75).

Le second revêt une dimension subjective : il s'agit du droit de la femme de demander le divorce sans motif légal moyennant une indemnité compensatrice dite khol. En un sens, la femme se voit offrir un droit au rachat de son statut matrimonial. L'indemnité compensatrice versée par la femme à son mari n'a ni minimum ni maximum et elle appréciée en rapport aux revenus de la femme ou de la dot qu'elle a reçue (art. 78). Une symétrie s'impose donc entre le don nuptial versé par l'homme pour consommer le mariage et le droit de rachat de la femme qui justifie le divorce.

## CONCLUSION

L'expression d'inégalité de la condition juridique de la femme comorienne a été utilisée jusqu'à présent. Mais est-il approprié d'utiliser le terme d'inégalité au lieu de celui de discrimination ? Le terme inégalité fait référence au droit musulman et aux pratiques sociales qui l'entoure. En droit international, il ne fait guère de doute, à l'inverse, qu'il s'agit de pratiques discriminatoires qui sont comme telles inacceptables.

Du reste, certains observateurs locaux sont conscients du conflit de normes. Ainsi, « Les femmes militantes se rendent compte que le code ne fait pas la promotion des droits de la femme contenus dans la 'Convention Internationale contre toute forme de discrimination à l'Égard des Femmes' ratifiée par les Comores ». Mais comment résoudre le conflit normatif ? « Je pense que le code de la famille en pays musulman ne peut que s'inspirer de la charia ce qui n'est pas compatible avec le droit moderne international. Le problème est que les femmes comoriennes ne sont pas prêtes à lutter contre la charia qui fait que l'homme est supérieur à la femme (un témoin mâle en vaut deux femmes) ; ce sont en quelque sorte des dogmes liés à notre religion qu'on ne peut ni expliquer, ni défaire ».

L'engagement international de l'Union des Comores demeure très limité : ni la Convention relative à l'élimination de toute forme de discrimination raciale (1965), bien que signée, ni les deux Pactes (1966), ni la Convention contre la torture (1984) ne sont ratifiés par l'État comorien. Seuls font l'objet de ratification la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes (1979) et la Convention relatives aux droits de l'enfant (1989), ainsi qu'au niveau régional - la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981).

Logiquement, le Comité des droits de l'enfant enjoint les Comores à ratifier les conventions internationales relatives aux droits de l'homme. Surtout, l'État comorien n'a jamais répondu à l'obligation de rapport sur la mise en œuvre de la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes et de la Charte africaine en droit comorien. Dans ces conditions, les dispositions internationales pertinentes restent au mieux en suspens, sinon lettre morte.

Est-il envisageable qu'un État musulman fasse des choix plus progressistes ? L'exemple marocain de la Moudawana, 2003, le montre amplement. Ainsi la tutelle de la jeune fille a disparu ; la polygamie doit être autorisée par le juge lorsque la femme n'a pas conditionné son mariage à la

monogamie ; la répudiation est soumise à l'autorisation du juge ; la femme peut demander le divorce sans avoir à prouver les 'préjudices subis'. Dans ces conditions, le code comorien de la famille mérite assurément une nouvelle rédaction pour gommer les discriminations dont fait l'objet la femme comorienne