

DROITS DE LA FEMME ET PLURALISME AUX COMORES

Pr. Laurent SERMET

Professeur de droit public, vice-président de l'Université de la Réunion chargé des relations internationales, Université de la Réunion.

Courriel : Laurent.sermet@univ-reunion.fr

Revue ASPECTS, n° 1 - 2008, pages 87-97

Résumé : 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.

Mots-clés : Comores, Pluralisme, Droit de la famille, Code, Droits de la Femme – Statut, Islam, Coutume, Droit international.

Dans l'Océan indien, 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 est-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 »¹. 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

¹ Comité des droits de l'enfant, *Rapport de l'État comorien*, 7 octobre 1998, § 7, CRC/C/28/Add.13.

qui se décline en trois branches : droit coutumier, charia et droit colonial français et occidental post-colonial ou encore « modernité, religion et tradition »². 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 droit³. 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'enfant⁴.

Avec le code comorien de la famille⁵, finalement adopté le 3 juin 2005, en débat depuis une dizaine d'années⁶, le législateur a opéré une oeuvre 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* ». Schématiquement, le pluralisme juridique comorien invite à la présentation suivante :

Sources	Islam	Coutume	Droits de l'homme
Esprit	Différenciation du genre masculin et féminin prononcée	Vocation compensatrice en faveur de la femme	Liberté et égalité des sujets de droit
Disposition significative	Le mariage est nécessairement musulman	La femme mariée reçoit de sa famille une habitation	L'homme et la femme ont des droits égaux.

² PNUD, *Les droits de l'homme aux Comores : doctrine et réalités*, décembre 2000, p. 29, doc. dactylographié.

³ « Si l'on se place sur le plan strictement coutumier, en Grande Comore par exemple, tout individu qui n'a pas satisfait aux exigences du mariage coutumier demeure, pour la société traditionnelle, un "mmamdji", c'est-à-dire un "enfant du village", quel que soit son âge. Dans ce cas précis, le statut d'enfant n'a aucun rapport avec le nombre d'années. Ainsi le droit à la parole et le port de certains costumes traditionnels sont interdits à l'enfant du village qui ne saurait prétendre à aucune responsabilité coutumière reconnue. Du point de vue juridique, deux cas se présentent. Suivant le Code civil et le Code pénal inspirés du système français, l'enfant de moins de 13 ans bénéficie de l'irresponsabilité pénale absolue. Pour le droit musulman, la maturité physiologique confère la responsabilité civile et pénale au garçon. La majorité légale est ainsi fixée à 14-15 ans. Ainsi, suivant le droit musulman local, la fille comme le garçon peut se marier à cet âge. Dans certains cas, on observe des mariages encore plus précoces surtout pour les filles. Pour ces dernières, cette responsabilité ne s'acquiert que par le mariage » : Comité des droits de l'enfant, *Rapport de l'État comorien*, 7 octobre 1998, §§ 51-52, CRC/C/28/Add.13.

⁴ CRC, *Observations finales*, Comores, 23 octobre 2000, § 10, CRC/C/15/Add.141.

⁵ A. Nabahane, *Société*, « Ouf ! Le code de la famille est enfin adopté » : cette adoption est « une victoire pour la gent féminine qui en avait fait, ces derniers temps, son principal cheval de bataille ».

⁶ Loi n° 05-008 du 3 juin 2005 relative au code de la famille.

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 exclusive⁷. 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'Union⁸. 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. Dans sa version préparatoire, le code des « comoriens musulmans » (art. 1) était opposé aux dispositions du code civil en vigueur applicables aux « comoriens non musulmans » (art. 2), figurant une législation civile dualiste partagée entre un code religieux et un code laïc. Dans l'actuelle version, cette opposition a disparu au profit d'un seul code, le code de la famille, régissant le statut personnel des comoriens et qui forme le « droit commun » (art. 3), l'état des étrangers étant régi par leur loi nationale (art. 4). Les références à l'Islam y sont nombreuses. Ainsi les art. 6-7 définissent-ils la qualité présumée de musulman qui se transmet à la naissance par la religion de l'un des parents ou la qualité prouvée de musulman en raison de la confession ou de la conversion. L'art. 16 dispose : « Le mariage est nécessairement musulman. Il ne peut être conclu qu'entre musulmans » ou encore l'art. 17 prévoit que : « Le mariage est valablement formé par le consentement des époux dans les conditions admises par le fiqh ». Quant aux articles 49, 65 et 77, ils prévoient respectivement le droit à la polygamie, le droit de répudiation unilatérale de l'homme par le prononcé de trois *twalaka* et le droit au divorce de la femme en cas d'acte d'apostasie du mari ou d'interdiction de pratiquer la religion musulmane. Clairement, le code sacrifie à l'interpénétration de la vie religieuse et de la vie civile et se rattache explicitement au système des sources islamiques. Le Fiqh - ensemble des commandements de Dieu qui annonce la voie prescrite ou charia - se divise entre les sources primaires (le Coran révélé à Mahomet et la Sunna ou tradition constituée des propos, entretiens et attitudes du Prophète) qui forment la Charia ou La Route et les sources dérivées qui contiennent l'*Idjma* ou consensus entre les compagnons du Prophète et ses adeptes et les *Quiyas* ou analogie légale auxquelles se rattachent les fondateurs des quatre écoles juridiques⁹. Aux Comores, l'Islam se rattache à l'école juridique chaféite, issue de l'Imam El Chafii, mort en l'an 820 de l'ère grégorienne, qui prône le recours à la charia pour résoudre les questions que pose la vie contemporaine et la primauté de l'analogie légale sur l'*Idjma*. L'école juridique chaféite a été diffusée aux Comores par le *Minhadj at-tâlibîn*, qui remonte au XIII^e siècle de l'ère grégorienne¹⁰. Selon l'actuel Grand Cadi, Said Mohamed Djelane, « le code est conforme à l'*idjma*, au *fik* et au *minihadj at-Tâlibîn* (traduction de Beyrouth). Il est aussi conforme à la doctrine de l'Imam El Shafii et de l'Imam El-Nawawi. Le code comorien s'est inspiré des textes existants au Maghreb, dont la Tunisie »¹¹.

⁷ Sa traduction en arabe et en langue locale n'a pas été réalisée ce qui grève son effectivité.

⁸ Le Grand Mufti Said Tohir Maoulana a été associé au processus de rédaction du Code.

⁹ Voir L. Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, 1953, p. 97 et s.

¹⁰ *Minhadj at-tâlibîn* ou Guide des zélés croyants est un manuel de jurisprudence musulmane selon le rite Châfi'i. Le texte est publié en arabe mais il est accompagné d'une traduction française et d'annotations par LWC Van Den Berg. *Minhadj at-tâlibîn*, trois volumes, Batavia, Imprimerie du Gouvernement, 1882, 1883, 1884. Le *Minhadj* est l'oeuvre de An-Nawawi (1233-1278). Un exemplaire du *Minhadj* est disponible à la salle de l'océan indien, service commun de documentation de l'Université de la Réunion.

¹¹ Entretien accordé à l'auteur le 8 septembre 2006 par courriel.

Le code pénal comorien intervient au service de l'interpénétration des sources religieuse et civile puisqu'il réprime la propagation de la foi non musulmane. Pour autant, le code de la famille ne retient pas la charia comme source unique de droit et s'inscrit dans la tradition de l'« Islam pluraliste », perceptible dans l'Océan indien¹². Ainsi les préjudices nés de la rupture unilatérale des fiançailles, hors le cas de la rupture dans motif légitime, sont réparés « conformément aux dispositions générales de la responsabilité civile » (art. 12), ce qui fait clairement allusion aux principes visées par les dispositions de l'art. 1382 du code civil. Par ailleurs, « conformément à la coutume », chacune des filles a droit au moment de son mariage aux logements construits par ses propres parents (art. 82), sur lesquels logiquement le mari n'a aucun droit (art. 83). Les biens meubles qui garnissent la maison « coutumière » sont attachés à celle-ci « quant bien même ils auraient été achetés par le mari pour équiper la maison de sa femme » (art. 83).

Somme toute, il apparaît que l'influence musulmane dans le code est prépondérante. Ce qui ne rend pas compte de la réalité sociologique des relations familiales aux Comores qui sont largement dominées par la coutume. A titre d'exemple, aucune disposition ne concerne la pratique si importante du « Grand mariage » qui structure les rôles sociaux aux Comores, Mayotte comprise¹³. Cela n'empêche pas les communautés coutumières de régir la coutume. Ainsi en est-il de l'intéressante décision du 11 mai 2002 portant « Texte fondamental sur l'organisation du « 'Grand mariage' à Moroni »¹⁴. S'il n'est pas, ou guère, une codification sociologique des rapports sociaux, le code apparaît comme une oeuvre normative. Est-il le signe du raffermissement de l'Islam, voire de poussées de radicalisation suspectées, qui ne sont pas actuellement - semble-t-il - sans fondement¹⁵? Il ne nous semble pas qu'il en aille ainsi même si certaines dispositions, relatives à la polygamie et à la répudiation, semblent conservatrices. Est-il pour néanmoins novateur ? « Ce code a l'avantage d'exister et de responsabiliser les pères, notamment à les obliger à s'occuper de leurs enfants en cas de divorce ; mais pour ce qui est de l'égalité des droits et des devoirs de l'homme et de la femme au sein du couple rien n'a changé, l'homme est chef de famille, et il peut répudier sa femme quand il veut, alors que la femme est obligée de demander le divorce sous conditions (et d'autres situations liées à la charia demeurent, comme la tutelle des enfants qui revient au père et à sa descendance notamment quand on marie la fille, sa mère

¹² Notre contribution « Islam et modernité dans l'Océan indien » in *Actes du colloque de Djibouti*, Juin 2005, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, à paraître. Notre article intéresse l'Islam pluraliste qui se trouve aux Comores, à Mayotte, en Inde et à Maurice. En Somalie, en revanche, les forces de l'Union des tribunaux islamiques sont tentées d'appliquer un Islam exempt de toute de coutume : voir J.-P. Rémy, « En Somalie, le tribunal islamique de Hika-Halane juge petits et grands délits sur la base du Coran », *Le Monde*, 13 juin 2006.

¹³ Sur ce sujet on lira avec intérêt et profit Shânaz Cassam Sulliman, *La Grande Comore : ethnographie d'une société traditionnelle en crise*, thèse de l'Université de la Réunion, soutenue le 25 février 2004 ou encore Damir Ben-Ali, « Le "Grand mariage" dans tous ses états », *TAREHI, Revue d'histoire et d'archéologie*, 2002, pp. 12-32.

¹⁴ Damir Ben-Ali, « Le "Grand mariage" dans tous ses états », *TAREHI, Revue d'histoire et d'archéologie*, 2002.28.

¹⁵ En témoigne l'élection de Président de l'Union des Comores d'Ahmed Abdallah Sambi, en mai 2006, guide religieux formé en Arabie saoudite, au Soudan et en Iran, suspecté de radicalisme. Voir aussi : « De fait, l'esprit de tolérance est l'un des aspects le plus significatif de l'Islam comorien. Mais il faut signaler que depuis une décennie environ, des jeunes maîtres coraniques formés dans la rigueur de l'Islamisme militant distillent aux enfants une nouvelle conception de l'Islam moins accueillante, moins tolérante et par certains côtés chauvine et xénophobe », Comité des droits de l'enfant, *Rapport de l'État comorien*, 7 octobre 1998, § 74, CRC/C/28/Add.13.

ne peut pas donner l'autorisation même quand elle est seule à élever sa fille... etc.) »¹⁶.

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 »¹⁷, 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. De façon très intéressante, car elle tombe sous l'empire de la coutume, la partie relative au logement et aux effets personnels des époux assure l'égalité des droits et devoirs des époux. La vocation égalisatrice de la coutume prend son origine dans la séparation de biens qui est la règle de droit commun du contrat de mariage (art. 83). Sous réserve que leur caractère propre ne soit pas établi, les immeubles acquis au cours du mariage sont communs aux époux, à l'exception des biens acquis par voie successorale. Lorsque la propriété des biens mobiliers ne peut pas être identifiée de façon certaine, il est fait droit aux dires du mari, appuyés par serment, s'il s'agit d'objets d'un usage habituel aux hommes et vice-versa (art. 84). Envisageons l'inégalité juridique de la femme comorienne, puis les droits propres à la femme comorienne, avant d'aborder la condition juridique différenciée de la femme et le droit international.

■ 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 »¹⁸. 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'époux¹⁹, ce qui est l'antithèse de l'art. 146 du code civil qui prescrit le consentement au mariage par les futurs

¹⁶ Selon l'opinion de Monaécha Cheick, ancienne Ministre de l'Éducation Nationale, Présidente du Réseau Femme, Enseignante - chercheuse en linguistique comorienne, Université des Comores, courriel adressé à l'auteur le 9 septembre 2006.

¹⁷ Sont qualifiés comme tels : « 1. la cohabitation, l'assistance, le respect mutuel et la fidélité ; 2. le traitement avec bienveillance ; 3. les droits de famille et les droits de succession ; 4. le respect des ascendants de son conjoint ».

¹⁸ L'art. 22 définit dans l'ordre décroissant les bénéficiaires de la tutelle matrimoniale : « le père, le grand père paternel, le frère de même père et de même mère, le frère de même père[...] ». Les fonctions de wali ne sauraient s'exercer pour un bénéficiaire personnel » (art. 32).

¹⁹ Minhadj at-tâlibîn, « Du Mariage », Livre XXXIII, p. 318.

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 ou *ldjbâr*²⁰ qui fut appliqué aux Comores²¹. 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 Comores²², il n'en demeure pas moins que cette institution est un facteur d'instabilité familiale²³. Sa critique n'est pas récente²⁴. Le code a eu pour ambition de la contrôler sans la proscrire. L'art. 49 dispose explicitement que : « L'homme ne peut contacter 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 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 disposi-

²⁰ En ce sens, Paul Guy, *Cours de droit musulman*, Polycopie de la Cour d'appel de Madagascar, 1951, p. 99. Selon cet arrêt : « Le droit reconnu au père par le rite malékite - aussi appliqué selon le rite chaféite - de marier sa fille vierge et nubile et non émancipée, n'est pas absolu mais doit être associé, dans tous les cas, au consentement de celle-ci, à défaut de quoi le mariage est nul ».

²¹ Pour une description du droit d'*ldjbâr* dans le droit canon comorien : Ahmed Ben-Ali, « Evolution du principe de la contrainte matrimoniale ou droit d'*ldjbar* », *TAREHI, Revue d'histoire et d'archéologie*, 2001.52.

²² En ce sens, M. Djaffar, « La polygamie reste pratiquée, même si elle recule depuis une vingtaine d'années du fait de l'évolution des mentalités mais aussi pour des raisons matérielles, les hommes n'ayant généralement pas les moyens financiers d'entretenir plusieurs femmes. Il est bien entendu impossible d'interdire la polygamie du jour au lendemain », *Compte rendu analytique, Comores, CRC/C/SR.666*, 17 novembre 2000, § 20.

²³ Mohamed Charfi, *Islam et liberté. Le malentendu historique*, Albin Michel, 1998.69. Pour l'auteur, l'homme a un droit un nombre illimité d'épouses puisque la seule contrainte vise la possibilité d'avoir quatre femmes en même temps : « Le polygame peut à tout moment répudier une de ses quatre femmes pour dégager un 'poste' qu'il fera occuper par une nouvelle épouse ... ».

²⁴ Attoumane BOINA ISSA, *Impact des relations de genre sur la participation de la femme dans le processus de développement aux Comores*, PROJET FNUAP/BIT/COI/98/PO2 /IPDG, Moroni, 2000 : « On remarquera ici que l'incidence de la polygamie est négativement corrélée avec l'instabilité des unions (plus la proportion de polygames est importante dans une île, moins la proportion de mariages rompus par le divorce est élevée sur cette île), à croire que la mobilité conjugale constitue pour les hommes comoriens un substitut moins coûteux à la polygamie et/ou que la polygamie résulte essentiellement des difficultés (de diverses natures) rencontrées par le concerné pour rompre le ou les mariages qu'il a déjà contractés. Ainsi, le législateur devrait s'attaquer aux deux phénomènes (la polygamie et les répudiations faciles) à la fois s'il veut réduire le désordre qui caractérise le marché matrimonial comorien ».

tion a disparu et elle ne subsiste que de façon indirecte²⁵. 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 épouses²⁶. 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 »²⁷. Cette obligation d'information n'équivaut pas à un consentement de l'épouse, contrairement à ce que prévoyait la version précédente du code²⁸, 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. Bien que qualifiée de « formalités substantielles » (même disposition), cette obligation n'est sanctionnée que par l'amende d'au moins 350 000 FC que seul le juge, ayant procédé illégalement à la célébration du mariage polygame, aura à payer (art. 37)²⁹. Ainsi l'époux n'ayant pas informé sa ou ses conjointes du nouveau mariage n'est tenu d'aucune amende et le mariage n'est ni nul, ni de nul effet. Seul droit réservé à l'épouse, le droit de demander le divorce en cas de mariage polygame non accepté. L'art. 77 prévoit en effet qu'une femme peut : « demander le divorce si son mari lui a adjoint ou une plusieurs autres épouses »³⁰. Pour l'homme, il ne s'agit que d'une sanction indirecte puisqu'elle n'empêche pas le nouveau mariage mais fait perdre à l'homme sa précédente épouse. Pour la ou les précédentes épouses, en revanche, il s'agit d'une prérogative qui fait subir un double préjudice : refus du mariage polygame et demande de divorce. Paradoxalement, il est peut-être préférable que l'époux n'informe pas sa future épouse de sa volonté de prendre une nouvelle épouse. Si celle-ci a néanmoins connaissance de la volonté de son mari, elle peut en tant que « partie intéressée » (art. 37) faire valoir auprès du juge compétent qu'il sera condamné à payer l'amende (même disposition) ce qui peut avoir un effet dissuasif. Néanmoins, aucune voie de droit n'est réservée à l'épouse en cas de violation de l'obligation d'information.

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). Prérogative 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 plaisante-

²⁵ Ainsi l'art. 89 prévoit qu'en cas de séparation dite révocable, le juge fixe le montant de la pension alimentaire en fonction des besoins réels des enfants et de l'épouse.

²⁶ Minhadj at-tâlibîn, « Du partage des faveurs maritales et de l'insoumission des femmes », Livre XXXV, p. 401 et s.

²⁷ En ce sens, Grand Cadi, entretien accordé à l'auteur le 8 septembre 2006 par courriel.

²⁸ Voir M. Djaffar, « le projet de code de la famille dispose que tout mari souhaitant épouser une deuxième femme devra en demander l'autorisation à sa première épouse. L'adoption de ce texte, indispensable à la modernisation de la société comorienne, devrait donc permettre de lutter notamment contre le problème de l'instabilité conjugale », Compte rendu analytique, *Comores*, CRC/C/SR.666, 17 novembre 2000, § 20.

²⁹ On doit souligner l'étonnement du Grand Cadi qui ne comprend pas le sens de cette règle : « s' il devait y avoir sanction, cette sanction serait à prendre contre l' époux », entretien accordé à l'auteur le 8 septembre 2006 par courriel.

³⁰ On doit considérer que la nouvelle épouse qui n'aurait pas été informée du statut matrimonial polygame de son époux pourrait invoquer aussi l'art. 77.

rie a toutes les conséquences légales d'une répudiation réelle, selon l'école cha-féite³¹. Elle peut être affectée d'une condition résolutoire : « Vous êtes répudiée si cet oiseau est un corbeau » ou « Si vous accouchez, vous êtes répudiée »³². Elle prend la forme orale suivante : « Vous êtes répudiée, répudiée, répudiée »³³. 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. 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 témoins³⁴. 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 veuve³⁵. 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).

³¹ Minhadj at-tâlibîn, « De la répudiation », Livre XXXVII, p. 432.

³² Voir Minhadj at-tâlibîn, « De la répudiation », Livre XXXVII, p. 446 et p. 459.

³³ En ce sens, Paul Guy, *Cours de droit musulman*, Polycopie de la Cour d'appel de Madagascar, 1951, p. 109. Les twalaka peuvent être écrits ou formulés par signes non équivoques lorsque le mari ne peut ni lire, ni parler (art. 62).

³⁴ Paul Guy, *Cours de droit musulman*, Polycopie de la Cour d'appel de Madagascar, 1951, p. 113.

³⁵ L'art. 79 distingue quatre hypothèses : le droit commun, soit un délai de trois menstrues successives ; le cas de la femme ménopausée, soit trois mois ; le cas de la veuve, soit quatre mois et dix jours ; le cas de la femme enceinte : soit l'accouchement.

■ 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 mariage³⁶. 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 est 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

³⁶ Paul Guy, *Cours de droit musulman*, Polycopie de la Cour d'appel de Madagascar, 1951, p. 107.

versé par l'homme pour consommer le mariage et le droit de rachat de la femme qui justifie le divorce.

■ LA CONDITION JURIDIQUE DIFFÉRENCIÉE DE LA FEMME COMORIENNE ET LE DROIT INTERNATIONAL : INÉGALITÉ OU DISCRIMINATION ?

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 »³⁷. 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 »³⁸.

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)³⁹, ainsi que - 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'homme⁴⁰. Surtout, l'État comorien n'a jamais répondu à l'obligation de rapport sur la mise en oeuvre 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. Ainsi en est-il de l'article 16 de la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes qui prévoit l'égalité de l'homme et de la femme, dans les rapports familiaux, en ce qui concerne : « le même droit de contracter

³⁷ Selon l'opinion de Monaécha Cheick, ancienne Ministre de l' Education Nationale, Présidente du Réseau Femme, Enseignante - chercheuse en linguistique comorienne, Université des Comores, courriel adressé à l'auteur le 9 septembre 2006.

³⁸ Selon l'opinion de Monaécha Cheick, *op. cit.*

³⁹ La ratification de la CEDAW est intervenue le 31 octobre 1994 ; son entrée en vigueur remonte au 30 novembre 1994. Le protocole additionnel à la CEDAW, qui autorise à porter des plaintes contre l'État par les particuliers, n'a pas été ratifié. La Convention sur les droits de l'enfant a été ratifiée le 22 juin 1993 ; elle est entrée en vigueur le 21 juillet 1993. Pour une présentation du droit des droits de l'homme aux Comores : Rajendranuth Loljeeh, "Comores", in Paul Tavernier dir., *Recueil juridique des droits de l'homme en Afrique*, Bruylant, 2005, pp. 1059-1080.

⁴⁰ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales*, Comores, 23 octobre 2000, §§ 7-8, CRC/C/15/Add.141.

mariage ; le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement ; les mêmes droits et mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution ».

On pourrait suspecter cette Convention des Nations unies d'« occidentalisme ». Mais le protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (juillet 2003) établit des règles analogues. Ainsi l'article 6 dispose : « Les États veillent à ce que l'homme et la femme jouissent de droits égaux et soient considérés comme des partenaires égaux dans le mariage. A cet égard, les États adoptent les mesures législatives appropriées pour garantir que : a) aucun mariage n'est conclu sans le plein et libre consentement des deux ; b) l'âge minimum de mariage pour la fille est de 18 ans ; c) la monogamie est encouragée comme forme préférée du mariage. Les droits de la femme dans le mariage et au sein de la famille y compris dans des relations conjugales polygamiques sont défendus et préservés » et l'article 7 dispose : « Les États s'engagent à adopter les dispositions législatives appropriées pour que les hommes et les femmes jouissent des mêmes droits en cas de séparation de corps, de divorce et d'annulation du mariage. A cet égard, ils veillent à ce que : a) la séparation de corps, le divorce et l'annulation du mariage soient prononcés par voie judiciaire ; b) l'homme et la femme aient le même droit de demander la séparation de corps, le divorce ou l'annulation du mariage ; c) en cas de divorce, d'annulation du mariage ou de séparation de corps, la femme et l'homme ont des droits et devoirs réciproques vis-à-vis de leurs enfants. Dans tous les cas, la préoccupation majeure consiste à préserver l'intérêt de l'enfant ; d) en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage, la femme et l'homme ont le droit au partage équitable des biens communs acquis durant le mariage ». 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.