



MANSOUR KAMARDINE

**RÉPUBLIQUE ET LIBERTÉS
AU FÉMININ**

CHATOUILLEUSES EN DROIT LOCAL



Mansour Kamardine

**RÉPUBLIQUE ET LIBERTÉS
AU FÉMININ
CHATOUILLEUSES EN DROIT LOCAL**



À ma mère...

Elle qui m'a enfanté pendant neuf mois.

Elle qui m'a appris à parler.

Elle qui m'a appris à marcher.

Elle qui m'a appris à manger.

Elle qui par ses tendresses m'a protégé.

Je lui dois tout.

Mansour Kamardine

**RÉPUBLIQUE ET LIBERTÉS
AU FÉMININ
CHATOUILLEUSES EN DROIT LOCAL**

Introduction

De tout temps et de toutes latitudes, la place de la femme dans les sociétés humaines a toujours été en débat.

Dans les grandes civilisations antiques, grecques ou romaines, dans les sociétés primitives comme dans les modernes, la place de la femme a toujours été une singularité, laquelle veut que la femme soit le partenaire naturel de l'homme mais qu'en même temps il ne lui reconnait qu'une place de seconde zone.

Dans la société musulmane de Mayotte, la femme mahoraise n'a pas échappé à cette même discrimination, ici justifiée par les hommes au travers des versets coraniques prenant appui sur l'expulsion du couple *Adam na Hawa* du Paradis après avoir mangé la pomme en violation d'une interdiction divine.

À travers cet exemple, il est démontré que l'on ne peut céder au plaisir et autres sollicitations de sa femme sans tomber dans le péché et donc risquer l'enfer de Dieu. D'autres versets coraniques partiellement lus ou interprétés de façon tendancieuse sont couramment appelés au secours de cette philosophie sexiste et exclusive, notamment deux selon lesquels « *la femme sera toujours derrière l'homme* » ou encore « *prenez des femmes qui adoucissent votre âme, prenez en deux, trois ou quatre...* » Ces deux versets sont essentiellement utilisés à tort et à travers pour conceptualiser la puissance masculine : le premier maintient la femme dans l'incapacité absolue et le second la considère comme un simple objet sexuel destiné à assouvir l'instinct animal de l'homme.

Il a fallu plusieurs siècles de combat dans les sociétés occidentales pour arriver à reconnaître en théorie à la femme les mêmes droits que l'homme, laquelle égalité est d'ailleurs encore en perpétuelle construction puisqu'ici rien n'est véritablement définitivement acquis.

C'est pourquoi sont à la fois injustes et inacceptables les condamnations prononcées contre les sociétés musulmanes actuelles par certains esprits supposés intellectuels... mais qui sont en vérité incultes et intolérants.

Dans les sociétés occidentales, la République a dû mobiliser ses lois pour affirmer les droits de la femme : le vote des femmes en 1945 en France, la parité en politique en 1999, l'égalité salariale, etc.

La loi a joué son rôle salvateur et protecteur du plus faible physiquement parce qu'à l'origine la domination de l'homme s'est imposée par la force.

À Mayotte ce mouvement de reconnaissance de la place de la femme a débuté avec probablement le combat de Mayotte française qui l'a propulsée au-devant de la scène dans les années soixante et a abouti, chose assez rare dans les sociétés musulmanes, à l'élection de Mesdames Zaina Meresse et Moida Saïd au Conseil Général en août 1977.

Mais c'est surtout dans la décennie 2000 que le mouvement est sorti de sa timidité et de sa léthargie générale pour provoquer les grands bouleversements actuels : parité en politique, interdiction de la polygamie, égalité successorale, liberté d'exercice d'emploi salarié, droit à un procès équitable, etc.

Ce sont toutes ces évolutions qu'il sera rendu compte ici et en même temps un hommage à la femme mahoraise qui, certainement, avait compris il y a 50 ans qu'en militant en faveur de Mayotte département français, elle s'inscrivait comme son homologue mondiale dans la lignée de la défense des Droits de l'Homme.

1. Un contexte politique favorable pour instaurer la base fondamentale

Pour finir, ces réformes ont été rendues possibles grâce à l'implication de l'ensemble de la société mahoraise au travers des débats publics et populaires organisés un peu partout dans l'île entre 1997 et 1998 par la délégation aux droits des femmes et le groupe local de réflexion sur l'avenir institutionnel de Mayotte. Leurs conclusions sont traduites sous forme d'un code intitulé « *Statut de la femme à Mayotte* » publié en juin 1998 ¹.

Ce document inscrira en son préambule les onze principes suivants :
« *l'égalité homme-femme en droit et en dignité, le respect de son intégrité physique, le droit à l'autonomie de sa volonté, l'égalité des droits économiques et sociaux, le droit à la liberté de contracter mariage, le droit à la protection sociale et à sa santé, le droit à l'éducation, le droit au travail, le droit à l'expression civique et politique, individuelle et collective au service de la démocratie.* »

Que de chemin parcouru depuis l'élaboration de ce « *Statut de la femme mahoraise* » en 1998 ?

a) d'abord, il y a la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 qui a posé le principe de l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives suivie de ses différentes lois et textes d'application.

Il sera noté ici que saisi en 2000 par le gouvernement pour avis sur l'application de ce texte, le Conseil Général de Mayotte a émis un avis favorable grâce à la voix prépondérante du président de séance.

1 - Ce texte élaboré par la société civile locale est annexée en fin d'ouvrage.

Le Sénat a fait le reste puisqu'il a décidé d'aligner immédiatement et contre l'avis du gouvernement le nouveau régime sur l'ensemble de l'Outre Mer, et ce fut une belle occasion de voir le principe d'égalité femme/homme préconisé par le « *Code du statut de la femme mahoraise* » prospérer.

b) Dans le même temps, de nombreux rapports sont venus souligner la nécessité de faire progresser le statut de la femme mahoraise. Il y a chronologiquement :

- le rapport Bonnelle ², qui propose de donner à la femme mahoraise « *un statut de dignité* »,
- l'accord du 27 janvier 2000 ³ propose que soient confortés les droits de la femme dans la société mahoraise,
- la mission sénatoriale conduite par Madame Tasca, présidente de la Commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée Nationale ⁴,
- la mission parlementaire présidée par le Sénateur Balarello ⁵.

Ces deux missions concluent à l'impossibilité de la départementalisation de l'île de Mayotte en raison des discriminations faites aux femmes par le statut de droit local et coutumier en vigueur dans cette île.

Ces propositions seront concrétisées par l'ordonnance n° 2000.219 du 8 mars 2000 qui a intégré la femme et l'officier d'état civil dans le dispositif de célébration de mariage des personnes de statut de droit local.

2 - Rapport Bonnelle en fait antérieur à la loi constitutionnelle précédemment visée.

3 - Accord du 27 janvier 2000 signé par les principales formations politiques, le Président du Conseil Général, les parlementaires et le gouvernement- Jo du 8 février 2000.

4 - Tasca – Rapport inédit.

5 - Balarello – Rapport n° 27 du 15 mars 2000.

Vint après le projet de loi relatif à Mayotte qui crée un titre VI - Du statut civil de droit local applicable à Mayotte pour tirer les conséquences des réflexions contenues dans les différents rapports et documents précités.

In fine, la loi n° 2001.616 du 11 juillet 2001 adopte deux dispositions intéressant directement la femme mahoraise :

- la déclaration de principe selon laquelle l'État et la Collectivité Départementale mettent en œuvre conjointement les actions destinées à assurer à Mayotte l'égalité des femmes et des hommes d'une part,
- et d'autre part, le principe de la libre disposition de leurs biens par les femmes relevant du statut de droit local.

Ainsi, après le principe constitutionnel pour un accès égal aux mandats électoraux et fonctions politiques, un second principe et non des moindres vient d'être reconnu aux femmes, sans compter que cette loi annonce clairement la direction objectivement prise pour l'avenir : celle de la mise en œuvre d'une politique en faveur de l'égalité des femmes et des hommes à Mayotte.

Dans cette lancée et lors de l'examen du projet de Loi de Programme pour l'Outre Mer en 2003, le législateur est allé plus loin dans ce sens.

C'est ainsi que par voie d'amendements d'origine parlementaire repris par le gouvernement, le Parlement a rajouté dans la loi n° 616.2001 du 11 juillet 2001 les articles 52.1 à 52.4, dispositions définissant pour la première fois le contenu du statut local et en même temps posant le principe de la conformité du droit local par rapport aux principes du droit national que sont les droits civiques et politiques, les libertés constitutionnelles telles le droit d'aller et venir, le droit de propriété, la liberté d'expression, la liberté d'entreprendre, la liberté syndicale, etc.

Cette loi n° 2003- 660 du 21 juillet 2003 pose également le principe de subsidiarité selon lequel en cas d'insuffisance ou de silence du droit local, appel est fait à titre supplétif à l'application du droit civil commun.

Désormais, la monogamie est clairement instituée au profit des personnes accédant à l'âge requis pour se marier au 1er janvier 2005, la répudiation ou « *toilak* » ne rompt pas le mariage mais réduite à une cause de divorce ; le principe de la non-discrimination dans la dévolution des successions est posé au profit des enfants nés après cette date du 21 juillet 2003.

Le législateur est revenu une nouvelle fois avec la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et l'intégration pour dissocier le mariage religieux ou traditionnel « *mafounguidzo* » du mariage civil en transférant cette compétence exclusivement à l'officier d'état civil.

En conclusion, depuis le rapport Bonnelle de 1998, le statut de la femme mahoraise a subi une véritable révolution dans le sens d'un rééquilibrage avec les droits que le mahorais s'est auto reconnu en s'appuyant à l'instar de l'homme des autres civilisations, sur des versets coraniques interprétés partiellement et/ou volontairement à sa guise.

2. le droit d'accès aux responsabilités politiques

La femme mahoraise a été à la tête de tous les combats politiques depuis le début des années soixante, date à laquelle les mahorais ont entrepris la démarche de faire ériger Mayotte en Département d'Outre Mer.

Malgré son engagement au-devant de la scène et sa ténacité, elle n'a jamais été au cœur de l'exercice du pouvoir politique pendant cette période.

Il a fallu attendre le lendemain de la séparation d'avec les Comores et l'organisation en 1977 des premières élections municipales et cantonales pour voir deux femmes faire leur entrée au Conseil Général par la seule volonté des hommes et compte tenu du fait que la singularité de cette période politique troublée le commandait. Il s'agit de Mesdames Moida Saïd et Zaina Meresse respectivement élue conseillère générale à Bandrelé et à Dembeni sur un scrutin de liste.

À la fin de leurs mandats en 1982, elles furent remplacées par des hommes : la première par Monsieur Abdallah Houmadi investi par leur parti et la seconde battue par un candidat de l'opposition.

Heureusement, la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 a posé le principe de l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives et tous ses textes d'application ont été étendus à Mayotte, telle la loi sur la parité en politique entrée en vigueur en 2001.

Depuis cette date, la femme mahoraise s'affirme jour après jour dans la sphère politique et à l'heure actuelle, les municipalités de Chirongui et Pamandzi sont administrées par des femmes ainsi que le canton de Dembeni qui a élu la seule femme de l'assemblée départementale.

Mais cette affirmation ne se fait pas sans le heurt des hommes mahorais.

Le débat actuel sur la mise en œuvre du pacte pour la départementalisation de Mayotte offre le meilleur témoignage de cette réticence masculine qui s'oppose avec une énergie certaine à un mode de scrutin de type régional afin d'éviter l'arrivée des femmes au Conseil Général qui constitueraient selon les auteurs de cette opinion une difficulté supplémentaire dans le fonctionnement normal de l'assemblée départementale (sic).

C'est à l'évidence une maladresse à contre-courant de l'évolution naturelle des choses et de la prise de conscience de plus en plus grande de la femme quant à son rôle et sa place dans le développement de la société mahoraise, rôle et place qu'elle revendique à juste titre.

Ainsi, la loi a fait le choix d'une application progressive de la norme nouvelle en préservant les situations acquises par la loi coutumière ou islamique d'une part et en figeant la situation des autres personnes nées avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

Cette situation appelle au franchissement d'autres réformes qui interviendront avec la départementalisation en cours et comme annoncés dans le pacte pour la départementalisation.

3. le droit à la monogamie

Le Saint Coran est composé de 114 sourates dont la quatrième est dédiée par le Tout Puissant Allah à La femme.

Cette sourate dite « *La femme* » contient les versets suivants qui servent d'appui à la justification de la polygamie : « *Si vous craignez d'être injuste envers les orphelins, orphelines, craignez également d'être injuste à l'égard des femmes. Épousez deux, trois ou quatre femmes parmi celles que vous trouverez agréables. Si vous craignez de ne pas être équitable [envers elles], n'épousez qu'une femme libre ou encore une femme en votre possession plutôt que de vous charger de famille.* »⁶

Pour l'auteur Malek Chebel, il est faux d'affirmer et de répéter que l'Islam est la religion de la polygamie, comme il est absurde d'accuser l'Islam de l'avoir instituée.

6 - Malek Chebel – In Encyclopédie de l'amour en Islam.

Il s'agit en fait d'une institution fort répandue et ancienne dans le monde, bien avant l'Islam, institution concernant l'organisation de la vie sexuelle beaucoup plus qu'un credo religieux. Ainsi, cette question de la polygamie fait depuis bien longtemps l'objet de débats.

Aujourd'hui, dans nombre de pays, même là où la mentalité permet encore de prendre une coépouse, la première femme est souvent consultée et parfois même contribue au choix de la nouvelle épouse et quel que soit son rang.

Dans les trois pays du Maghreb, la polygamie est plus ou moins ouvertement combattue sinon par les textes - souvent établis par des juristes proches de la Mosquée - du moins dans les faits au travers d'associations destinées à coordonner l'émancipation de la femme contre cette iniquité fondamentale.

C'est dans cet esprit que le groupe de réflexion sur l'avenir institutionnel de Mayotte et la délégation aux droits des femmes ci-avant cités qui s'étaient penchés sur le statut de la femme ont proclamé le principe d'égalité en droit de la femme et de l'homme avant de proposer un âge minimum de 16 ans pour consentir au mariage d'une part et d'autre part en remettant au centre de la décision du mariage le consentement de la fille : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement des deux époux* ».

Le document - code « *Statut de la femme mahoraise* » prône aussi la monogamie : « *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier... La célébration du mariage par-devant l'Officier d'état civil en présence de deux témoins et non plus devant le *cadi* et sans le concours du « *wali* », représentant de la future mariée* ».

Ici également et sur la base de ces propositions, le législateur a inscrit dans la loi du 21 juillet 2003 les principes du mariage monoga-

mique qui désormais obéît, pour ses conditions, ses effets et sa dissolution aux mêmes principes que ceux de droit commun.

Ainsi, la répudiation ou « *toilak* » ne rompt plus le mariage mais peut être un motif de divorce désormais soumis à l'appréciation du juge au même titre que la rupture unilatérale de la vie commune par l'un des époux.

Dans ce domaine, le droit local a tout simplement disparu au profit du droit commun pour les personnes arrivant en âge de se marier à compter du 1er janvier 2005.

Malgré cela, dans la pratique, l'ensemble des justiciables indépendamment de leur âge font désormais recours au service du Juge Aux Affaires Familiales du Tribunal de Première Instance de Mamoudzou.

4. le droit de consentir librement au mariage

De toutes les sociétés anciennes, traditionnelles, les grandes civilisations antiques, grecques ou romaines, la femme a toujours été considérée comme une incapable, comme bonne femme celle dont l'esprit, la parole et le corps sont maintenus en sujétion, atteint une haute renommée dans ce monde et dans le prochain séjour avec son mari ; elle reste toujours mineure, subordonnée à son père, à son frère, etc.

Son consentement au mariage n'était pas généralement considéré être nécessaire et elle était obligée de se soumettre aux vœux de ses parents et de recevoir d'eux son mari.

Elle est une fillette, une mineure, une femme sous tutelle, une personne incapable de faire n'importe quoi ou d'agir selon son goût individuel, une personne continuellement sous la tutelle et la garde de son mari.

La société mahoraise n'a pas dérogé à cette règle de l'incapacité permanente de la femme, comme toute bonne société musulmane.

Cependant, il semblerait que la règle imposant un tuteur dans la conclusion du mariage n'est point coranique mais qu'elle serait édictée par le prophète dans les termes suivants : « *aucun mariage n'est conclu sans la présence d'un tuteur représentant la femme, lequel doit être majeur, jouissant de ses facultés mentales et morales. Il doit demander préalablement l'approbation de la femme qu'il compte marier.* »⁷

Ce rappel montre qu'en toutes circonstances, le consentement de la femme devrait être requis.

Le groupe de réflexion a proposé l'abandon de cette pratique de marier les femmes ou les jeunes filles sans requérir préalablement leur consentement. Il proposa également la présence physique de la femme à la cérémonie de célébration du mariage et le recueillement public de son consentement, le tutorat disparaît dans ce schéma.

Sur la base de ces propositions, le législateur a entrepris par plusieurs touches la modernisation de ce fameux statut de la femme mahoraise.

D'abord, l'ordonnance n° 2000.219 du 8 mars 2000 dispose que :

« L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus ne peuvent contracter mariage... »

«... La célébration du mariage est faite par le Cadi, en présence des futurs époux, du tuteur matrimonial (wali), de deux témoins et de l'officier d'état civil de la Commune de résidence de l'un des futurs époux... »

7 - Badaoui - In Le statut de la Femme en Islam - page 12. Editions IQRA.

«... L'acte est signé par les époux, le tuteur matrimonial, les deux témoins et l'officier d'état civil qui l'inscrit sur ses registres... »

Pour la première fois, la loi fixe un âge « *plancher* » pour contracter un mariage, écarte la « *sunna* »⁸ et requiert la présence effective de la femme à la cérémonie de son propre mariage, faute de quoi il ne saurait y avoir de mariage valide au regard de la loi républicaine.

Mais bien qu'elles soient une avancée presque révolutionnaire dans la modernisation du statut de la femme mahoraise, la mise en œuvre de ces mesures atteint très vite leurs limites.

En effet, dans la société traditionnelle mahoraise, on se marie à un jour, date et heure préalablement fixés par un voyant en fonction de la période, la position de la lune et des étoiles, bref tout un ensemble pour garantir le bonheur et la longévité de la vie commune.

Souvent, la cérémonie nuptiale a lieu un vendredi, tôt le matin peu après la sortie de la mosquée, autrement dit bien avant l'heure d'embauche dans l'Administration, d'où la difficulté réelle de requérir la présence effective de l'officier d'état civil agent de mairie en même temps que celle du Cadi ou Naïb Cadi pour célébrer le mariage.

S'ajoute aussi une autre difficulté plus importante, celle de la tenue de la cérémonie de mariage au domicile de la mariée ou de ses parents pour sceller « *la transaction* » et « *prendre possession de l'épouse en bonne et due forme* ».

8 - Sunna : tradition selon laquelle l'on peut marier une fille de 11 ans comme notre Prophète l'a fait avec Aïcha- la mère des croyants avait cinq ou six ans lorsqu'elle fut demandée en mariage par le Prophète et onze lorsqu'elle devient effectivement sa femme. Cf. Malec Chebel in Encyclopédie de l'amour en Islam, p. 251.

Ces dysfonctionnements inextricables ont conduit le législateur à tirer les conséquences de ces imperfections en dissociant le mariage civil du mariage traditionnel par une nouvelle loi votée le 24 juillet 2006.

L'article 111 de cette loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 a réécrit complètement l'article 26 de la délibération de l'Assemblée Territoriale des Comores du 17 mai 1961 dans les termes suivants :

«... La célébration du mariage est faite en mairie en présence des deux futurs époux et de deux témoins par l'officier d'état civil de la commune de résidence de l'un des futurs époux ».

Cette nouvelle disposition met fin à la difficulté temporelle de réunir en même temps le Cadi ou Naïb cadi et l'officier de l'état civil au domicile des futurs époux pour célébrer le mariage.

Ainsi, la loi républicaine ne reconnaît désormais que le mariage civil célébré en mairie par l'officier d'état civil qui y procède après avoir recueilli le consentement de chacun des époux et donné lecture des dispositions des articles 212 et 218 du Code Civil.

Cette réforme a définitivement placé au cœur du dispositif la femme qui acquiert un droit fondamental, celui de pouvoir désormais contracter mariage; le tuteur matrimonial conserve toute sa place dans le cadre du mariage religieux ou traditionnel *« le mafou-guidzo »*.

Ici, ni la religion, ni la coutume ne s'en trouvent pas pour autant méconnues.

5. Le droit à une filiation pour ses enfants

Pendant très longtemps, régnait dans la jurisprudence cadiale le principe selon lequel « *Mwidzi kana moina* », c'est-à-dire « *le voleur n'a pas d'enfant* ». ⁹

Dans une intervention faite lors du colloque de septembre 2002, le Grand Cadi de Mayotte a précisé le sens et la portée de ce principe ci-après reproduit. Voici le texte de son intervention :

« L'enfant naturel n'est pas défendu par la filiation de son père, dit-on. Donc ce n'est pas la peine de chercher à établir une filiation. Secundo, si on donne la liberté aux hommes et aux femmes de faire des enfants naturels, on les incite à l'adultère qui est défendu par la religion musulmane. Tertio, on a cité l'adage : le voleur n'a pas d'enfant. Qu'est ce que cela signifie ? Une femme mariée a trouvé un amant, elle a conçu un enfant avec lui, cet enfant vit à la maison. On va le nommer avec qui : le voleur ou le mari ? Donc le voleur n'a pas d'enfant, l'enfant appartient au mari. C'est la première explication. Deuxième explication : une femme non mariée a suivi un amant, elle a un enfant de lui, il a refusé de le reconnaître. On ne peut pas l'obliger à le reconnaître. Là encore le voleur n'a pas d'enfant ». ¹⁰

Selon cette jurisprudence, la filiation de l'enfant né hors mariage ne pouvait être fixée qu'à l'égard de sa mère.

Là encore, cette jurisprudence sexiste avait pour effet de rendre inopérante toute démarche tendant à faire établir la filiation naturelle entre un père et son enfant.

9 - Jurisprudence traditionnelle de la juridiction mahoraise interdisant la reconnaissance par son père d'un enfant né hors mariage.

10 - In Mayotte dans la République- Acte des colloques de septembre 2002, p. 588.