



**HAL**  
open science

## Variétés sur le statut civil des femmes dans les sociétés (pluri-culturelles) de l’océan Indien

Christian Jubault

► **To cite this version:**

Christian Jubault. Variétés sur le statut civil des femmes dans les sociétés (pluri-culturelles) de l’océan Indien. Revue juridique de l’Océan Indien, 2002, 02, pp.119-128. hal-02541598

**HAL Id: hal-02541598**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02541598>**

Submitted on 14 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.

## VARIETES SUR LE STATUT CIVIL DES FEMMES DANS LES SOCIETES (PLURI-CULTURELLES) DE L'OCEAN INDIEN

*Par Christian JUBAULT  
Agrégé de Faculté de Droit  
Professeur à l'Université de La Réunion*

Un cyclone, une tornade, un homme, une femme, un règlement, une loi... et ici, pour nous, la loi civile.

Le langage, les mots, le plus souvent, marquent la différence entre le masculin et le féminin. Le droit civil distingue-t-il alors lui aussi l'homme et la femme, et plus précisément, dans les sociétés pluri-culturelles de l'Océan Indien.

Notre réflexion consiste à rechercher s'il existe un statut civil de la femme, dans les sociétés pluri-culturelles de l'Océan Indien.

Un **statut** c'est un ensemble ordonné de règles, attachées à une situation. Par exemple le statut social et fiscal de l'entrepreneur individuel.

Ici, un statut **civil** : le droit civil comporte les règles juridiques qui réglementent les personnes, les biens et les techniques de circulation des richesses.

Considérant que le système juridique reflète des valeurs sociales, il est alors intéressant, pour la région océan indien<sup>1</sup>, de rechercher les règles de droit civil concernant plus particulièrement les femmes.

Entendu largement, le droit épouse la vie. Plus ou moins, mais dans tous ses aspects. Il connaît l'affection<sup>2</sup>, si ce n'est l'amour, il n'ignore pas le sexe<sup>3</sup>, il parle beaucoup de richesses et d'argent<sup>4</sup>, il encadre notre travail et veille sur notre sommeil<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Postulat ici retenu d'une certaine pertinence de l'usage, qui, par delà les Etats, et la richesse des diversités, évoque une « région Océan Indien », forgée par des évolutions historiques qui se croisent, et par la permanence de nombreux échanges sociologiques et économiques.

<sup>2</sup> Affection, voir par ex. art. 371-4 du *C. civ.* relatif au droit de visite des grands-parents.

<sup>3</sup> Nombreux textes, dans le *C. pén.*, luttant contre les atteintes sexuelles v. Section III du Chapitre II du Titre II du Livre II du Code Pénal.

<sup>4</sup> Richesses et argent : c'est finalement le droit des biens, dans ses différentes composantes : v. le Livre II du *C. civ.*, notamment.

<sup>5</sup> Répression du tapage nocturne, v. art. R 623-2 du *C. pén.*

Ainsi entendu, les règles de droit qui intéressent spécialement les femmes sont légion : droit pénal, droit fiscal<sup>1</sup>, droit social, droit du travail, si même l'article 213-1 du Code du travail n'interdira plus le travail de nuit des femmes<sup>2</sup>.

Un tel regard, étendu à l'ensemble du droit privé serait trop vaste. Une conception plus resserrée de notre sujet doit alors être retenue, limitée au creuset de normes de pur droit civil qui fondent les rapports essentiels de l'homme et de la femme, et donc qui, en reflet, dessinent un statut civil des femmes.

Ainsi comprise notre étude doit se concentrer sur le nom, la filiation, le mariage, le divorce, les régimes matrimoniaux, les successions.

De ce point de vue, encore fécond, un statut civil de la femme se profile-t-il, à Madagascar, aux Comores, à La Réunion, à Maurice, aux Seychelles, c'est à dire autour de nous<sup>3</sup> ?

L'histoire est alors toujours la même. Où commence-t-elle ?

Dans les îles de l'Océan Indien, dans le jardin d'Eden ou à Athènes ?

Chaque fois, l'attraction des sexes féconde le monde, la société grandit, s'organise et produit des lois.

Adam et Eve, ou Héphaïtos et la vierge Athéna, la jambe de Pallas, puis le petit Erichonios, l'ancêtre des Athéniens<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Malgré le principe d'égalité entre l'homme et la femme (v. par ex. Préambule de la Constitution de 1946 « La Loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes » ; la question fondamentale est ensuite de définir le mot égalité ; il n'est pas nécessairement synonyme d'*identité*, car l'égalité, outil au service de la justice, commandera de traiter différemment ce qui est pertinemment différent), on trouve trace d'une condition fiscale féminine : article 80 quinquies du *CGI* au terme duquel les indemnités journalières de repos versées aux femmes qui cessent tout travail pour raison de maternité sont soumises à l'I.R., à la CRDS ainsi qu'à la CSG, sauf s'il s'agit d'indemnités versées par les caisses primaires d'assurance maladie à une femme dont le métier comporte des travaux incompatibles avec son état. V. également l'article 1452 du *CGI*, qui exonère de la taxe professionnelle la veuve poursuivant l'activité de son mari, dans certains cas.

<sup>2</sup> Pour mettre notre législation en conformité avec une directive européenne du 9 février 1976, une loi n°2001-397 du 9 mai 2001, *JO* du 10 mai 2001, p. 7321, relative à « l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes », modifie les articles 213-1 et s. du Code du travail. Désormais, les femmes, comme les hommes, pourront travailler la nuit, dans les entreprises industrielles, commerciales, voire rurales (art. L 713-9 du *C. rur.*). Des dispositions particulières sont toutefois prévues pour les femmes salariées en état de grossesse. De même, un Chapitre IV traite des allocations versées aux femmes enceintes dispensées de travail. Le législateur ne peut donc pas effacer certaines différences irréductibles entre homme et femme (En ce sens, v. *infra*, II, A, de cette étude).

<sup>3</sup> Par convention de langage, la « région Océan indien ». L'océan indien baigne pourtant aussi, depuis les côtes orientales de l'Afrique, une large partie de l'Asie, et de l'Océanie, régions et législations qui ne seront pas envisagées ici. Plus au nord, pour partie des rives de la mer rouge, v. Marie-José TUBIANA, 1985, « Des troupeaux et des femmes, mariages et transferts de biens chez les Béri du Tchad et du Soudan », Paris, L'Harmattan, 1985.

<sup>4</sup> A propos de ce mythe, v. Nicole LORAUX, *les enfants d'Athéna, idées athéniennes sur la citoyenneté et la division des sexes*, éd. Du seuil, 1990.

Ici le mythe Athénien de l'enfant de l'homme et de la terre retient l'attention car, historiquement il fonde la citoyenneté et légitime le pouvoir des hommes, dans l'imaginaire politique<sup>1</sup>.

Le pas est alors facilement franchi de l'effacement des femmes, pour l'exercice du pouvoir dans la cité, à un même effacement, au sein de la famille, ce qui se traduit par des règles du droit civil. A l'exception d'îlots de matriarcat la puissance masculine semble inscrite dans l'histoire<sup>2</sup>. Toutefois une évolution, notamment d'influence chrétienne, suscitera un glissement d'une puissance patriarcale<sup>3</sup> à une puissance Maritale<sup>4</sup>. Cette évolution semble évidence au XVI<sup>ème</sup> siècle<sup>5</sup>.

C'est cette conception de la puissance maritale qui sera consacrée en 1804 dans le Code civil français. Dans sa version originelle la supériorité du mari est à la base de la réglementation des rapports entre époux. Obéissance de la femme, son incapacité juridique, la puissance paternelle à l'égard des enfants sont trois stigmates de l'inégalité juridique structurelle entre l'homme et la femme.

Une longue série d'étapes a conduit, en France, à un rééquilibrage législatif entre l'homme et la femme<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Nicole LORAUX, *op. cit.* L'analyse de l'auteur fait ressortir que la femme athénienne a un statut essentiellement d'épouse et pour la procréation de citoyens. Et les linguistes établissent que le mot « athénienne » n'existe pas dans le système de la langue grecque. C'est à dire que la femme d'Athènes appartient à la cité, mais seulement par le relais de son appartenance à un citoyen, dans le cadre du mariage légitime ; *ibid.*, p. 125.

<sup>2</sup> A Athènes (V. note précédente), dans la bible, et, en la forme, curieusement, dans certains écrits de Saint-Paul : « Femmes soyez soumises à vos maris ... » le propos isolé peut heurter, il doit cependant être resitué dans un ensemble plus vaste où l'homme doit respecter son épouse comme lui-même, non seulement pour des raisons morales mais aussi parce que dans la logique chrétienne l'homme et la femme unis, ne font plus qu'un, de sorte que sentiments et respect portés à l'autre se confondent avec le respect porté à sa propre personne. D'ailleurs, V. aussi, Saint-Paul, *Epître aux galates* (III, 28) : « il n'y a plus ni homme ni femme car vous êtes tous en Jésus Christ ». Portant, traces encore de cette puissance masculine, et d'une interprétation discutable sur ce point des textes sacrés, apparaissent à nouveau chez certains Pères de l'église : en ce sens V. P. OURLIAC, « l'évolution de la condition de la femme en droit français », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, 1966, p. 43 et s. La doctrine du Christ porte cependant les germes de l'égalité entre l'homme et femme : le Christ relève la femme infidèle et invite Marthe à quitter ses fourneaux ...

<sup>3</sup> Et à Rome, sur le *pater familias*, V. G. LAPOINTE, *La famille dans l'ancien Droit*, éd. Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd. 1956, n° 23 et s.

<sup>4</sup> Estrella RUIZ-GALVEZ PRIEGO, *Statut socio-juridique de la femme en Espagne au XVI<sup>ème</sup> siècle*, diffusion DIDIER ERUDITION, Paris, presses de l'A.N.R.T., Université Lille III, 1990, p. 474.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Un mouvement « d'émancipation » s'est progressivement dessiné. Il a quand même fallu attendre une loi du 18 Février 1938 pour que disparaisse l'incapacité juridique de la femme mariée, et une loi du 4 Juin 1970 pour que l'autorité parentale remplace la puissance paternelle. Les étapes de l'évolution ne se limitent bien sûr pas à ces deux lois de 1938 et 1970. On peut, sans exhaustivité en citer quelques autres. Une loi du 6 Février 1893 donna d'abord la pleine capacité juridique à la femme séparée de corps. Une loi du 13 juillet 1907 restitue à l'épouse la libre disposition des gains de son travail. Une loi du 16 Novembre 1912 autorise la recherche de paternité naturelle. Deux étapes décisives sont franchies par la loi du 13 juillet 1965, parachevée par la loi du 23 Décembre 1985, relative à l'égalité entre époux.

Le législateur français s'est ainsi conformé aux évolutions de sa société ainsi qu'à ses engagements internationaux.

En effet la France doit respecter l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui proclame l'égalité des sexes, de même qu'elle a ratifié une convention O.N.U. du 18 décembre 1979 tendant à l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes<sup>1</sup>.

Dans une même logique, Madagascar a également rajeuni son droit civil en 1990<sup>2</sup>, dans le sens de l'égalité Homme/Femme.

Le Droit Mauricien s'inscrit dans ce mouvement et abroge le « *Muslim Personal Law* », à cause d'une réforme constitutionnelle de 1995, qui interdit toute discrimination fondée sur le sexe, à l'île Maurice<sup>3</sup>.

Ces évolutions législatives affadissent les particularismes, et ternissent, sans toujours finir de les gommer, les reflets juridiques de la pluriculturalité.

Les contrastes juridiques reprennent de leur intensité dans la République Fédérale Islamique des Comores. Il en va de même à Mayotte, où nos compatriotes mahorais peuvent conserver un statut personnel, en marge du Code civil, qu'il côtoie.

Ce statut personnel, d'inspiration musulmane, admet notamment la polygamie et la répudiation.

Une telle diversité de législations civiles rend vaine la quête d'un statut commun qui dépasserait ces différences. Au contraire, cette richesse invite à essayer de broser un tableau impressionniste, qui révèle des articulations et des traits saillants, au risque d'ailleurs d'être parfois réducteur, malheureusement.

Partant, notre premier regard, dans le temps et dans l'espace, a fait sourdre une ligne de force. En effet, quels que soient l'époque et le lieu, l'homme et la femme sont un et unis, ou désunis. Un parce que de même nature, unis ou désunis, parce que différents. Le droit, quels que soient l'époque et le lieu embrasse alors nécessairement et cette unité et cette différence.

---

<sup>1</sup> La ratification de cette convention a été autorisée par une loi du 1<sup>er</sup> Juillet 1983.

<sup>2</sup> La présence française s'étend de 1895 jusqu'en 1960. Au moment de l'indépendance, l'une des premières préoccupations du gouvernement malgache fut de doter l'Etat d'une législation simplifiée et rajeunie, « qui soit fidèle aux traditions juridiques Malgaches, sans renier les apports bénéfiques de plus de 60 ans de contact avec les institutions françaises ». Selon le vœu du garde des sceaux de l'époque, Monsieur Ramangasoavina, à l'issue d'une enquête préalable (décret du 27 avril 1960) destinée à recenser l'état du droit et des coutumes de la grande île, la commission technique de codification a pu élaborer un « Code civil malgache » ; « un code authentiquement malgache, qui puise dans le patrimoine culturel familial, en poursuivant un objectif d'unicité et de tendance à la modernisation ». Cette méthode de transaction, entre tradition et modernité, n'est pas sans évoquer un emprunt, une certaine analogie, avec la démarche décrite sur ce point par Portalis (cf. *Discours préliminaire*, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, université de Caen, 1992).

<sup>3</sup> Très vifs remerciements à notre collègue Rajen Narsinghen, Professeur à l'University of Mauritius.

C'est pourquoi, entre indifférence au sexe et différenciation des statuts, dans la zone Océan Indien également, pour le droit civil, la femme, mariée ou célibataire, est souvent un « homme » (I) et souvent aussi, la femme est une « femme » (II).

### **I/ LA FEMME EST « UN HOMME »**

Du point de vue du droit civil, il semble logique de dire que la femme est un homme lorsque la règle juridique est indifférente à la différence des sexes. Toutefois, on peut également jouer sur les mots et retenir une conception plus « démodée », en considérant que la femme est un homme lorsque son statut civil la place dans une situation de domination. Nous envisagerons donc tour à tour que la femme est un homme dans la domination (A), puis dans l'égalité (B).

#### **A/ La femme est un homme, dans la domination**

Cette situation est moins exceptionnelle qu'on ne pourrait l'imaginer.

On en retiendra deux illustrations.

La première illustration se dédouble. Elle apparaît paradoxalement dans la zone des Comores, région de confession majoritairement musulmane, de sorte que c'est le Minhadj<sup>1</sup>, sorte de traité de droit, et même plus, traité de conduite de vie, qui règle les droits civils des hommes et des femmes.

Si même la lettre de ces textes est parfois de nature à heurter les convictions occidentales en ce qui concerne la place des femmes, la réalité est plus complexe dans la pratique comorienne.

Ainsi, alors que l'article 215 du Code Napoléon prévoit que les époux choisissent d'un commun accord la résidence de la famille, la règle n'est pas la même aux Comores où le droit civil positif conduit le mari à s'installer chez l'épouse. Dès lors, cette première inégalité, en faveur des femmes, rebondit, et, pour son mariage, la femme comorienne doit avoir une maison qui lui appartienne, qu'elle recevra de sa famille<sup>2</sup>. Les frères de la jeune fille ne seront pas, eux, dotés de la sorte.

Une seconde illustration de domination juridique en faveur des femmes, apparaît de façon éclatante, cette fois à La Réunion, puisque notre Droit civil français admet l'accouchement « sous X », à l'article 341-1 du Code civil. Cette règle est une manifestation évidente de domination juridique ponctuelle en faveur des femmes, dans la mesure où ce texte propose aux femmes un droit permettant de rendre impossible, à leur gré, l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de la

---

<sup>1</sup> Pour une présentation des sources du droit musulman, v. Paul GUY, *Cours de Droit Musulman à l'usage des candidats à l'emploi de Cadi dans le territoire des Comores*, publication du Centre d'Etudes de Droit Privé et d'Histoire des Coutumes, Ecole Supérieure de Droit, TANANARIVE, 1961, spéc. p. 1 et s.

<sup>2</sup> C'est la tradition du « Magnahoule », v. P.GUY, *op. cit.* n° 241.

mère. Il n'y a jamais d'équivalent en faveur des hommes, car la paternité « sous X » n'existe pas en Droit<sup>1</sup>.

Dans la zone Océan indien, il y a d'autres manifestations de cette idée où, du point de vue du droit civil, la femme est un homme, dans le sens vieillissant d'une domination<sup>2</sup>. Il faut toutefois revenir à l'idée de départ où la femme est un homme, avec un H, c'est à dire dans l'égalité.

### **B/ La femme est un Homme, dans l'égalité**

La femme est un homme, pour le droit civil, lorsque la règle juridique est indifférente au sexe. Le droit civil français, sur ce point, n'est malgré tout pas loin d'être un modèle.

En la matière, il faut se garder d'être sans nuances. L'égalité n'est pas l'uniformité. L'égalité consiste à traiter de façon identique ce qui est identique, et à traiter de façon inégale les situations pertinemment différentes. C'est l'idée aristotélicienne de la justice, telle que développée dans le livre V de l'*Ethique à Nicomaque*<sup>3</sup>. Cette conception essentielle, et rationnelle, permet de traiter, en droit civil, les hommes et les femmes de façon rigoureusement identique chaque fois que la différence homme / femme n'est pas pertinente pour justifier un traitement juridique différent.

---

<sup>1</sup> C'est à dire que si elle n'est pas volontairement établie (reconnaissance, art. 335 du C. civ.), la filiation paternelle pourra toujours être judiciairement recherchée (sous les conditions des articles 340 et s. du C. civ.), recherche que l'article 341-1 du C. civ. neutralise justement, pour la mère qui le souhaite. Il est permis d'être hostile à cette disposition, si dure pour l'enfant, (et qui n'existe qu'en France et au Luxembourg), car elle est au surplus en contradiction avec la convention de New-York en date du 26 Janv. 1990. Et elle instaure une inégalité peu justifiable entre l'homme et la femme (en ce sens, Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd. n° 811). Il sera observé, que cette matière, donne une illustration de la fréquente distorsion du fait et du droit. En effet, de fait, l'Internet vient au secours des « nés sous X ». En ce sens v. LE FIGARO du 03/06/2001, qui évoque le site de l'association « Adonx », qui aurait déjà permis quarante retrouvailles entre mères et enfants. Face à un droit (positif) (celui théorique de la Mère, d'accoucher sous X) il y aura un « débiteur » (de la tranquillité de la mère), l'enfant né sous X (en quête de filiation). Trop souvent il est encore oublié qu'à un droit correspond **nécessairement** une dette (En ce sens, v. Ripert, *les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955 (réédité), n° 116). En l'espèce qui, de la mère ou de l'enfant, doit supporter ce « passif » (dette ici envisagée dans un sens commun), portant sur l'établissement du lien de filiation ? Eternelle question de la Justice qui poursuit une répartition idéale. Une seule chose est sûre, l'article 341-1 du Code Civil piétine le droit de l'enfant à l'établissement d'une filiation. Bien sûr des arguments sont donnés en faveur de l'article 341-1 du Code Civil, afin de donner bonne conscience : l'article 341-1 du C. civ. permettrait, outre la liberté des femmes (mais alors pourquoi pas celle des hommes dans un alinéa à ajouter au texte), entre autres, d'éviter des accouchements dans la clandestinité ainsi que des infanticides... Faudra-t-il un jour offrir des voitures de luxe aux voleurs ?

<sup>2</sup> Pourrait être ici évoqué le droit de « misintaka », profitant à l'épouse malgache et lui permettant de quitter légitimement le domicile conjugal après une dispute. A rapprocher éventuellement de certaines applications jurisprudentielles de l'article 215 de notre Code civil (sur ce texte, v. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2<sup>ème</sup> éd. 2001, spé. n° 65, l'incidence de la séparation de fait sur l'obligation de contribuer aux charges du mariage).

<sup>3</sup> ARISTOTE, *L'Ethique de Nicomaque*, Paris : Garnier-Flamarion, 1968.

Cette conception de l'égalité est partagée à La Réunion bien sûr, par notre droit français, par le droit malgache, par le droit mauricien et par le droit seychellois. Naviguons d'île en île, en prenant l'exemple typique de l'évolution du droit des régimes matrimoniaux :

1°) A La Réunion<sup>1</sup>. En droit civil français, il fût un temps où, sur le plan civil, le mariage pouvait être vécu comme une régression pour les jeunes femmes. L'année 1938 fut une étape déterminante en supprimant l'incapacité de la femme mariée. L'égalité, en droit civil français, devient presque parfaite en 1965. Elle est parachevée en 1985.

Du point de vue de la linguistique juridique, la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux, est intéressante. L'opposition le mari / la femme disparaît, et tous les textes sont asexués et bilatéralisés par l'expression « un époux », ou « chaque époux ». Par exemple, l'article 1413 du Code civil dispose « le paiement des dettes dont **chaque époux** est tenu etc.... ». Avant la loi de 1985, le même article 1413 disposait « le paiement des dettes dont **le mari** vient à être tenu peut toujours être poursuivi etc.... ». Et il y avait un article 1414 du Code civil, spécial pour les dettes de **la femme**. Plus généralement, célibataires ou mariées, les femmes françaises profitent d'une législation attentive aux discriminations sexistes.

2°) En droit Malgache, l'égalité homme et femme est également désormais le principe. Une réforme de 1990 a marqué une étape importante, pour les femmes mariées, en organisant un partage par moitié de la communauté de biens entre époux alors que cette communauté était attribuée légalement pour les deux tiers en faveur du mari jusqu'à cette date. C'était le régime « kitay telo an dalana » ; qui puisait ses sources dans l'ancien droit mérina<sup>2</sup>.

3°) Egalité entre homme et femme encore, en principe, en droit mauricien comme en droit seychellois, pays où la culture juridique est souvent fort proche de la notre, si ce n'est ponctuellement l'influence anglaise<sup>3</sup>. On relève toutefois une disposition intéressante du droit seychellois qui ne prévoit pas de délai dit « de viduité » pour le

---

<sup>1</sup> Il est ici fait abstraction des incidences éventuelles liées aux évolutions dans le temps, du statut de l'île de La Réunion.

<sup>2</sup> Le droit civil malgache est imprégné parfois de traditions du droit HOVAS ou ancien droit MERINA, et souvent du système français (v. *supra* note 17), dont il n'a pas adopté tous les développements les plus importants depuis 1965. L'article 53 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> octobre 1962 pose en principe que le mari est le chef de famille, ce qui illustre un système qui, dans l'ensemble, organisait à l'origine un statut civil de la femme, en retrait par rapport aux prérogatives masculines.

<sup>3</sup> Un arrêté du 23 octobre 1805 étendit aux « Isles de France (Maurice) et de Bourbon (La Réunion) » le Code civil des Français. On le sait, Ce Code fut re-promulgué sous l'appellation « Code Napoléon » le 3 septembre 1807. L'île de France (Maurice) tomba aux mains des anglais le 10 Décembre 1810. L'acte de capitulation prévoyait le maintien des religions, lois et coutumes. L'île Maurice est aujourd'hui un Etat indépendant, et par une jolie tradition de son Code civil, porte toujours le nom générique de « Code Napoléon », associé aux termes, « Code civil Mauricien ». Sur le destin du Code civil, v. G. CORNU, *Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, 7<sup>ème</sup> éd. 1994, n°306 et s. ; v. aussi, R. CABRILLAC, le code civil à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, in *Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 73 et s.

remariage des femmes<sup>1</sup>, contrairement à ce que prévoit l'article 228 du Code civil français. Le résultat pratique est à la vérité peu différent, tant les textes français envisagent aisément la possibilité immédiate du remariage d'une femme, chaque fois qu'est établie l'absence de risque d'un conflit de paternité entre le précédent et le nouveau mari<sup>2</sup>.

Dans cette dernière règle, on touche du doigt la prise en compte, par le droit civil, de la différence naturelle et irréductible entre homme et femme, de sorte que, le droit civil aussi doit l'admettre, la femme est une Femme.

## **II/ POUR LE DROIT CIVIL, LA FEMME EST EGALEMENT SOUVENT « UNE FEMME »**

Il est logique de dire que, pour le droit civil, la femme est une Femme, lorsqu'il adopte un régime juridique particulier pour tenir compte de l'irréductible féminité. C'est alors la différence de situation de fait qui explique la différence de régime juridique.

C'est cette logique qui est suivie lorsque le droit civil regarde différemment le contrat conclu par un enfant et le contrat par un majeur, par exemple.

Appliquée à notre sujet, il faut rechercher ce qui fonde, ce qui justifie la règle de droit civil qui est différenciée du fait de la féminité. Normalement, et le plus souvent, il semble que ce soit la nature qui explique les règles particulières de droit civil applicables aux femmes. Toutefois, il arrive également qu'il n'y ait pas de rationalité autre que la culture, à l'origine de la différence de traitement juridique entre homme et femme<sup>3</sup>. Nous devons alors envisager que, dans les îles de l'océan indien, pour le droit civil, la femme est une Femme, d'abord par nature (A), mais aussi par culture (B).

### **A/ La femme est une Femme, par nature**

Il n'est pas nécessaire de multiplier les exemples dans lesquels le droit civil épouse la différence. Les spécialités de la nature féminine expliquent de manière évidente certaines règles, notamment de filiation, et d'autres, ayant trait à la célébration du mariage.

1°) Il ne fait pas de doute que pour l'établissement de la filiation d'un enfant « *mater semper certa est* », c'est à dire « la mère est toujours certaine », alors que la paternité peut, en droit, seulement être présumée ou reconnue, en dehors bien sûr des hypothèses de recherches judiciaires par la vérité biologique ou par d'autres procédés de preuve.

---

<sup>1</sup> Remerciements à Me Karen DOMINGUE, Avocat aux Seychelles. Le Code civil seychellois de 1975 comporterait toutefois des traces d'une certaine prévalence masculine.

<sup>2</sup> Fr. TERRE et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n°378.

<sup>3</sup> Et l'importance culturelle du mariage est soulignée. V. A. RAHARINARIVONIRINA, la condition juridique de la femme à Madagascar, in *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec. V. également, du même auteur, *J.-Cl. Droit comparé*, V° Madagascar. La littérature, aussi, souligne l'importance du mariage : v. Noël J. GUEUNIER, *La belle ne se marie point*, contes comoriens, éd. Peeters selaf 306, 1990.

2°) L'âge légal de célébration du mariage offre une autre illustration où la différence naturelle entre homme et femme commande la règle de droit. En droit civil français, l'âge légal du mariage est de 18 ans pour l'homme et de 15 ans pour la femme, selon les termes de l'article 144 du Code civil. Ces chiffres sont abaissés d'un an en droit malgache<sup>1</sup>, mais l'idée est bien sûr la même : les jeunes gens doivent être, physiquement, devenus des adultes.

Toutefois, entre nature et culture, la frontière est parfois ténue<sup>2</sup>.

### **B/ La femme est une femme, par culture**

Les sources réelles de la règle de droit civil sont fréquemment culturelles<sup>3</sup>.

L'évolution ou la consolidation de l'égalité civile de l'homme et de la femme inspirent une large tendance des législations. Deux écueils, cependant, guettent cette heureuse évolution générale, menée le plus souvent avec équilibre. Le premier risque est bien sûr de sombrer dans le dogmatisme<sup>4</sup>.

Le second se découvre dans des résistances culturelles, parfois très fortes, qui font obstacle à cette égalité.

L'inégalité, de source culturelle, a trois dimensions assez évidentes dans la zone océan indien.

---

<sup>1</sup> Remerciements à Mme Nelly RAKOTOBÉ RALAMBONDRAINNY, Président de Chambre à la Cour suprême de Madagascar. Remerciements également à Madame PELIARIMA, juge à Antananarivo. Et v. *Cours polycopié de droit civil*, par René RARIJAONA, Université de Madagascar, 1975. Pour un panorama du droit civil Malgache, v. E. P. THEBAULT, *Traité de droit civil malgache moderne*, Edition de la librairie de Madagascar, 1962.

<sup>2</sup> Nature ? ou culture, lorsque l'article 261 du Code civil mauricien prévoit que « la garde des enfants de moins de cinq ans doit toujours être attribuée à la mère, sous réserve de circonstances exceptionnelles de nature à compromettre la sécurité ou la santé de ceux-ci ».

<sup>3</sup> Pour une description spontanée des aspects culturels du mariage et de la place des femmes aux comores (partie R.F.I.C.), v. « Discours sur la Coutume et les dépenses ostentatoires », in *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, 1984-1985, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, éd. du CNRS, p. 181 et s.

<sup>4</sup> Le dogmatisme est en contradiction avec l'équilibre et la sagesse. Prenons un exemple. Il serait permis de trembler à l'idée de la vanité des débats qui conduiraient à vouloir modifier de manière trop autoritaire la langue française. Que de désordres et d'incohérences, en perspectives ! Imaginons un instant qu'une association masculine, aux membres blessés dans leurs sentiments de virilité, milite en faveur de la masculinisation de certains mots de notre langue, au nom de l'égalité des sexes. Pour illustration, et au hasard, Une fleur devrait être masculinisée en « un fleur », chaque fois que les cellules reproductrices portées sont mâles. D'innombrables hypothèses, au masculin, comme au féminin d'ailleurs, risqueraient encore de surgir... Le débat, pour d'autres mots, a plus que frémi... Et plus tard, imaginons, aux frontières de ces passions, qu'il faille repenser « une fauteuil », « un chaise », un(e) portefeuille ministériel(le) peut-être ? Puisse la raison nous garder de tels débordements... En ce sens, Fr. DEKEUWEUR-DEFOSSEZ, *L'égalité de sexe*, Dalloz, p. 88 (al. 2). En une autre matière, v. loi n°2000-493 du 6 juin 2000 « tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives » ; à propos de ce texte, v. l'intéressante étude de M. PAINCHAUX, « Féminisme, parité et le mythe de l'égalité », RRI 2000-3, p.1277 et s.

La première se situe aux Comores<sup>1</sup>. A Mayotte, pour les Français mahorais qui le souhaitent, et dans la République Islamique des Comores, la règle juridique de principe est une différenciation marquée, si ce n'est une inégalité juridique de principe, entre homme et femme. C'est un droit d'inspiration musulmane<sup>2</sup> qui s'applique. Traditionnellement, à Mayotte, il faut le témoignage de deux femmes pour valoir celui d'un homme. Une femme a une vocation successorale de moitié par rapport à un homme, une femme peut être répudiée<sup>3</sup>, et bien sûr, la polygamie n'est pas la polyandrie.

A Mayotte, certains Caddies semblent confier, qu'en pratique, souvent, une parfaite égalité successorale est respectée.

Seconde manifestation, à Madagascar. C'est la culture, encore, et l'importance de la terre des ancêtres, la charge pour le garçon d'entretenir le tombeau familial, qui expliquaient, jusqu'en 1990, les règles d'attribution préférentielle des immeubles aux garçons.

Moins flagrante, une troisième manifestation, enfin, à La Réunion, où, comme pour toute la France, l'article 374 du Code civil accorde prioritairement l'autorité parentale à la mère, dans l'hypothèse d'une filiation naturelle<sup>4</sup>.

C'est là, peut-être, un reflet lointain d'Athéna veillant sur le premier autochtone...

---

<sup>1</sup> Pour une approche classique du Droit Comorien, v. Paul GUY, *Cours de Droit Musulman à l'usage des candidats à l'emploi de Cadi dans le territoire des Comores*, publication du Centre d'Etudes de Droit Privé et d'Histoire des Coutumes, Ecole Supérieure de Droit, TANANARIVE, 1961.

<sup>2</sup> Pour une présentation d'ensemble, v. R. DAVID et C. JAUFFRET- SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 10<sup>ème</sup> éd. 1992, p. 367 et s. : cet ouvrage relève, par delà l'unité d'inspiration, la diversité des droits musulmans (n°455), ainsi que leurs facultés d'adaptation au monde moderne (n° 432). V. également, H. de WAEL, *Le droit musulman*, CHEAM, 1993 ; et, sous la direction de G. CONAC et A. AMOR, *Islam et Droits de l'homme*, Economica 1994.

<sup>3</sup> P.GUY, *op. cit.*, p. 72.

<sup>4</sup> Fr. RINGEL et E. PUTMAN, *Droit de la famille*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, p. 319.