

UNIVERSITÉ DE LA RÉUNION

ÉCOLE DOCTORALE N° 541 SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur de l'Université de La Réunion

Discipline : Droit privé et sciences criminelles

Présentée par **Eric Marius RATSIMBAHARISON**

Dirigée par **Monsieur le Professeur Thierry LAMARCHE**

Codirigée par **Madame la Professeure Ravaka Vonimbola ANDRIANAIVOTSEHENO**

**« LE DEVOIR DE RESPECT AUX AÎNÉS OU ÉTUDE
COMPARATIVE DU REJET MALGACHE »**

Soutenue publiquement le 28 août 2024

Devant le jury composé de :

Monsieur Frédéric ROUVIERE

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Rapporteur, Président

Madame Sylvie MOISDON-CHATAIGNER

Professeure à l'Université de Rennes 1, Rapporteuse

Monsieur Thierry MALBERT

Professeur à l'Université de La Réunion, Suffragant

Madame Céline KUHN

Maitre de Conférences, HDR, Université de La Réunion, Suffragante

Monsieur Thierry LAMARCHE

Professeur à l'Université de La Réunion, Directeur de la recherche

Madame Ravaka Vonimbola ANDRIANAIVOTSEHENO

Professeure à l'Université d'Antananarivo, Co-Directrice de la recherche

Au souvenir de mon père,
À ma mère,
À Carmen,

Les principales abréviations

Aff.	Affaire
AG	Arrêté du Résident général (pendant la période coloniale)
AJ. Fam.	Actualités juridiques Famille
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. Plén.	Assemblée plénière
B.A.M	Bulletin de l'Académie Malgache
B.G.B	Bürgerliches Gesetzbuch, Code Civil Allemand
Bull.	Bulletin
c.	Contre
C.A	Cour d'appel
C.A.D.H.P	Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
Cass. Civ.	Cour de cassation, Chambre civile, France
Cass. Civ. M.	Cour de cassation, Chambre civile, Madagascar
Cass. Crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
C.C.E	Code Civil Éthiopien
C.C.F	Code Civil français
C.E	Conseil d'État
C.E.D.H	Cour Européenne des Droits de l'Homme
Civ.	Civil
Chron.	Chronique
C.J.C.E	Cour de Justice des Communautés Européennes
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
Conv.EDH	Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme
C.P.C.F	(Nouveau) Code de Procédure Civile Français
C.P.C.M	Code de Procédure Civile Malgache
C.P.F	Code Pénal Français
C.P.M	Code Pénal Malgache
C.P.S	Code Pénal Suisse
Crim.	Criminel
C.S.Madagascar	Cour suprême de Madagascar

C.T	Cour d'appel de Tananarive, pour une lecture fluide et cohérente.
D.	Recueil- Dalloz-Sirey
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789
D. fam.	Dalloz famille
Dir.	Sous la direction, dirigé par
D.P	Dalloz périodique
D.U.D.H	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
Ed.	Édition ou éditeur
Gaz. Pal.	La gazette du Palais
Ibid.	Ibidem
In	Dans
JCP	JurisClasseur périodique
JCCiv.	JurisClasseur Civil
J.O	Journal officiel
J.O.R.M	Journal Officiel de la République Malgache (ou de Madagascar)
L.T.G.O	La Théorie Générale des Obligations (malgache)
Obs.	Observations
Op.cit.	Opus citatum (œuvre citée)
P. ex.	Par exemple
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
Rev.	Revue
Rev. Crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RTDCiv	Revue Trimestrielle de Droit Civil, France
s.	suivant
[s.n]	Source numérisée
Somm.	Sommaire
T.J	Tribunal judiciaire en France
T.G.I	Tribunal de Grande Instance en France
T.P.I	Tribunal de Première Instance à Madagascar
Vol.	Volume

SOMMAIRE

	Introduction générale
PARTIE PRÉLIMINAIRE	CONSIDÉRATIONS CONTEXTUELLES
TITRE I	L'organisation sociale malgache
CHAPITRE I.	La société traditionnelle
CHAPITRE II.	La société contemporaine
TITRE II	Histoire du droit à Madagascar
CHAPITRE I.	De la législation orale
CHAPITRE II.	Au pluralisme juridique de l'époque coloniale
PARTIE I	LE DEVOIR DE RESPECT AUX AÎNÉS
TITRE I	Le droit et le respect
CHAPITRE I.	Existe-t-il un devoir de respect ou un droit au respect ?
CHAPITRE II.	Le caractère diptyque du droit au respect
TITRE II	Quid du devoir de respect aux aînés ?
CHAPITRE I.	La qualification juridique du devoir de respect aux aînés
CHAPITRE II.	Le devoir de respect aux aînés : une obligation juridique
CHAPITRE III.	Les traits caractéristiques du devoir de respect aux aînés
	Conclusion de partie
PARTIE II	ÉTUDE COMPARATIVE DU REJET EN TANT QUE SANCTION DE DROIT CIVIL
TITRE I	Le rejet malgache
CHAPITRE I.	La genèse du rejet d'enfant
CHAPITRE II.	Le rejet depuis la loi n° 63-022
TITRE II	Analyse comparative du rejet
CHAPITRE I.	Le rejet : sanction civile des obligations familiales
CHAPITRE II.	Le rejet et les autres sanctions civiles des obligations familiales
CHAPITRE III.	La rupture du lien de filiation : nouveau concept de sanction civile
	CONCLUSION
	BIBLIOGRAPHIE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. La famille dépasse les frontières, en tout temps, à tout endroit, elle « a été et demeure la base et la pierre angulaire de l'organisation sociale, non seulement parce qu'elle constitue le groupe naturel et irréductible dont la mission spéciale est d'assurer la reproduction et l'intégration de l'humanité à travers les générations et les siècles, mais aussi parce que c'est en son sein que se forment et se développent les sentiments de solidarité, les tendances altruistes, les forces et les vertus... »¹.

I. Les objets et intérêts de l'étude

2. Le respect est un sujet abordé fréquemment en tout lieu, dans les endroits publics comme dans les endroits privés, dans les relations juridiques entre les personnes privées, entre l'individu et l'État, entre les institutions de l'État elles-mêmes, voire entre les États entre eux. Telle est la place du respect dans la vie en communauté, en société, dans un environnement de mondialisation de la vie économique, sociale, et politique. Mais aucune définition, aucun texte juridique ne prévoit clairement le respect qui reste une simple notion construite à partir de la pensée de chaque être ou entité. Notre réflexion pouvait porter sur un thème comme : « le droit et le respect », « le droit au respect » ou encore « le respect du droit », mais nous considérons que le terme « respect » trouve son fondement dans le cercle familial avant de fouler un terrain social et public. Or le mot « respect » n'apparaît même pas dans les objets traités dans le Dictionnaire de la culture juridique² entre autres. Cela suppose-t-il qu'il n'appartient pas au domaine du droit ou qu'il n'attire pas forcément l'attention des auteurs, alors que son voisin si proche, voire inséparable, y figure : l'« honneur ».

3. Nos objets d'étude intéressent deux institutions traditionnelles malgaches : si le devoir de respect aux aînés et le rejet d'enfant connurent apparemment la même époque de naissance en droit ; de prime abord, ils ne connaissent pas le même destin dans le droit positif répondant aux normes juridiques formellement établies et sanctionnées par la contrainte. L'aperçu historique nous démontre d'ailleurs que ces deux institutions eurent été consacrées par la législation orale malgache dans une finalité disciplinaire et pragmatique d'établir un ordre

¹ M. CASTAN TOBENAS Don José, Président du Tribunal Suprême d'Espagne, *Discours d'ouverture des Tribunaux*, 1955, op. cit. in SALCEDO IZU Joaquin, *Le droit de la famille en Navarre*, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.p. 133.

² ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-Puf, 2012.

social valable et accepté par tout le corps social, d'atteindre la paix sociale : ayant comme fondement la politique et la morale dans la construction primaire du droit positif¹. De ce fait, les sujets que nous allons traiter dans cette thèse semblent embrasser toutes les lois civiles en commençant par l'introduction au droit : pour en décrire et déterminer la catégorie et la qualification juridiques de ces énoncés normatifs dans leurs évolutions respectives ; en passant par le droit des personnes et le droit de la famille, pour déterminer leurs objets et leurs conséquences ; finissant par l'étude des sanctions civiles des obligations familiales notamment « du devoir de respect » et le rôle crucial du juge dans la construction de ces règles normatives en question : le tout dans un comparatisme historique et contemporain.

4. Par conséquent, les intérêts de cette étude portent sur deux valeurs complémentaires l'une de l'autre, d'abord, la détermination juridique de la notion de respect en général, et plus particulièrement au niveau familial : ensuite, sauvegarder la paix familiale, autrement dit apporter des réflexions, le cas échéant, des propositions de solutions dans les conflits familiaux intergénérationnels. Si les regards ont été focalisés ces dernières décennies sur la protection de l'intérêt de l'enfant au niveau mondial, d'autres phénomènes de violences intrafamiliales apparaissent de nos jours de plus en plus inquiétants : la violence conjugale et les violences commises à l'endroit des parents, ascendants et aînés devenus vulnérables. Le devoir de respect aux aînés semble être une notion jugée d'emblée morale alors même qu'il fut un droit général dans l'histoire du droit malgache, incitant ainsi notre curiosité compte tenu des revendications sporadiques actuellement : le respect, nous pensons, concerne toute création *ab initio*, toute évolution du droit dans un État, dans une société, dans la famille. D'une simple obligation morale ou d'une notion juridique : nos recherches vont analyser exactement l'étendue du devoir de respect ou du droit au respect, essayer de déterminer sa catégorie juridique² et sa place dans le droit s'il en fait partie en le qualifiant, en essayant d'en trouver une définition. Enfin, la juridicisation de la notion de respect ne saurait être effective indépendamment d'une contrainte publique : la sanction aux manquements de respect à tous les niveaux, familial, social, étatique.

¹ Pour le juspositivisme comme technique politique. Droit et morale, voir SCARPELLI Uberto, GIANFORMAGGIO Letizia et CLAVREUL Colette, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, LGDJ Bruylant, 1996.pp. 83-88.

² BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, « Méthodes du droit », 2012, 5^e éd., p. 228, op. cit., in TETU Maïlys, *La catégorie juridique des droits et libertés*, Droit public, Lyon III, Jean Moulin, 2020.p. 19 : La catégorie juridique suppose de « dégager les liens qui unissent entre eux les éléments qui la composent et les traits qui les distinguent d'autres phénomènes ».

II. Les problématiques

5. La confirmation de l'existence du respect dans le droit, autrement dit, le droit au respect du côté de son créancier et le devoir de respect du côté de son débiteur constitue l'étape cruciale et nécessaire de cette étude, et nous permettra par la suite de le transposer dans les relations familiales intergénérationnelles ascendantes et non descendantes, c'est-à-dire que nous excluons de cette étude « le devoir de respect » dans la protection de l'enfance pour nous occuper plutôt de la protection des parents, aînés et ascendants devenus vulnérables. Nous pensons également que le statut autrefois privilégié de ces derniers a été anéanti par la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant : nous ne contestons pas évidemment la primauté de cette dernière quoique le droit de la famille impose à ses membres une certaine réciprocité des droits et des devoirs.

6. En ce sens, le terme « aîné » semble endosser une polysémie : selon les termes du devoir de respect aux aînés sous sa forme plurielle incluant « tout ce qui est né avant soi », il peut désigner de ce fait tout être existant dont le temps lui indique ce qui est son aîné. Tout particulièrement à Madagascar, M. le doyen Pédamon reconnaît d'ailleurs que « partout, l'autorité est exercée par l'aîné de la branche la plus proche de la personne... le plus apte que quiconque à interpréter la volonté des défunts. Placé au sommet de la hiérarchie, il lui appartient de prendre les décisions importantes sur les mariages, adoptions ou prononcer la sanction contre celui qui a dérogé aux prescriptions coutumières »¹ : « l'aîné est celui qui est plus âgé que soi »². Une construction du droit que nous pensons pouvoir vérifier au cours de cette étude de l'étendue et de la fonction du devoir de respect aux aînés au point de vue juridique : l'exemple immédiat en droit français du respect à l'égard des aînés pris au sens des parents découle de l'art. 371 du CCF : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère ». Un simple constat nous démontre en droit malgache comme en droit français, à ce sens étendu des aînés, que le respect est une obligation légale : une obligation civile puisqu'elle est prévue par des dispositions des lois civiles non contractuelles. Étonnement, le respect est poursuivi de près par l'honneur dans les dispositions des deux droits. Dans une certaine extension du terme aîné, il désigne une personne morale ou physique née avant soi :

¹ PÉDAMON Michel, *La modernisation des structures familiales : Les grandes tendances du droit de la famille à Madagascar*, Faculté de droit et des sciences économiques de Madagascar, 1965.p. 1.

² NJARA Ernest, Le respect dû aux aînés, in *Regards sur le droit malgache*, l'Harmattan Jurid'ika, 2010. p. 76,77

par exemple, «Honneur à l'aîné»¹, c'est en ces mots que M. Beignier cite en marge dans l'introduction de sa thèse celle de M. Lefebvre intitulée «Le droit et l'honneur»², des ouvrages de référence également dans notre étude sur le devoir de respect, auxquels nous exprimons nos «Respects aux aînés». Dans cette dernière acception du devoir de respect aux aînés, il est indiscutable qu'il s'agit d'un devoir moral dépourvu de toute forme de sanction juridique (par exemple d'une action en exécution) : mais toujours est-il que la non-exécution volontaire du respect envers les œuvres de ces aînés constitue une violation, une atteinte à leurs droits d'auteurs, à leurs droits extrapatrimoniaux ou à leurs droits patrimoniaux à caractère personnel. En réalité, il existe alors des devoirs moraux transcendants en obligations civiles par ricochet du fait de la transgression d'une règle adjacente et des sanctions expressément prévues à cette dernière. Il en est de même «lorsqu'il s'agit de la protection de l'intégrité morale, de la vie privée et de l'intimité, ce droit n'est pas seulement teinté de "parisianisme" et de mondanité. Il est devenu le droit des humbles, de ceux qui n'ont parfois pour seule richesse que leur personnalité. En cela, il est profondément égalitaire, contrairement à ses apparences»³.

7. Mais cette approche du respect et du devoir de respect aux aînés, dépourvue de toute définition juridique précise et explicative, nous retire parallèlement d'une confirmation scientifique et pragmatique de cette institution à coloration de valeurs morales. Quelques questions s'imposent conséquemment sur l'étude que nous proposons : existe-t-il un devoir de respect ou un droit au respect ? Ou encore, le respect et le devoir de respect aux aînés sont-ils des normes purement morales ou des normes juridiques ?

8. Les réponses ne sauraient être traitées en dehors de la théorie du droit et du positivisme juridique auxquels les discours normatifs trouvent leur place dans le droit réellement applicable, quel qu'en soit son fondement : réel, rationnel, historique ou idéologique. Des normes juridiques, en effet, au point de vue dogmatique⁴ qui en étudie le contenu, mais aussi tout ce qui les entoure par la forme, c'est-à-dire l'autorité qui les a prononcées et la validité de la production du droit par cette autorité et des moyens dont ils eurent utilisés pour les rendre légales et opposables à la population, trouvant sa force

¹ BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, Paris, 1995.p. 19.

² LEFEBVRE Philippe, *Le droit et l'honneur, sous la direction de Carbonnier Jean* [microfiche], Thèse dactylographiée, Poitiers, 1947.

³ BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 121.

⁴ Selon Rebbinder : «La science des normes serait le droit dogmatique», *Rechtssoziologie*, 1977, p. 11, op. cit., in CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, PUF, 2016.p. 14.

impérative et impersonnelle. Un seul critère d'existence des normes, la validité dite formelle de Kelsen que M. Bobbio¹ distingue de la validité matérielle, c'est-à-dire que les normes ne sont pleinement et matériellement valides que lorsqu'elles ne sont en conflit avec aucune autre norme, « il faut seulement ne pas hésiter à prendre certaines précautions pour ne pas tomber dans le piège des mots et des mauvaises interprétations ». Un concept de positivisme juridique, ou « juspositivisme » défini « comme système de normes, normes de comportement et normes de structures posées par des actes de volonté d'êtres humains, constitué... de normes générales et abstraites, cohérentes... Complet parce qu'exclusif, sanctionné par la contrainte »² dont deux conditions émergent : la volonté et la sanction. Pour cette deuxième condition du juspositivisme, le rejet d'enfant de la législation orale malgache reconduit par la loi n° 63-022 de la législation moderne prévoit la sanction sévère de toute atteinte à l'honneur familial, de tout manquement aux devoirs familiaux de secours, d'assistance et de respect. Tout semble cohérent et parfait au point de vue rhétorique, or du côté pragmatique : des phénomènes sociaux de « non-respect », de « violences intrafamiliales », de conflits abondent de façon sporadique le quotidien des êtres humains dans la famille, dans une communauté, dans la société. Est-ce un signe de désagrégation, de dégénération du respect et forcément envers les aînés ou au contraire une manifestation d'un devoir moral qui n'a jamais foulé le terrain du droit, toujours à la conquête d'un statut envié ? L'un comme l'autre, entraîne nécessairement l'injustice, l'indignation, bref des revendications de reconnaissance ou lutte pour le droit³. En effet, en revenant sur la question de la relation entre le positivisme juridique et la théorie normative du droit, et notamment par celle des sources formelles du droit, la controverse doctrinale subsiste : entre les théoriciens positivistes et ceux qui conditionnent la positivité d'une norme à sa condition matérielle et pratique. D'ailleurs, les théoriciens positivistes pensent que le positivisme juridique doit produire des théories descriptives du droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être en manifestant « autant d'intérêt pour les sources formelles du droit (les actes des parlements, les décisions judiciaires, les pratiques sociales coutumières, par exemple) ». ⁴ Cette dernière source formelle du droit¹, tant critiquée par la

¹ BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, BRUYLANT LGDJ, 1998. p. 10.

² SCARPELLI Uberto, GIANFORMAGGIO Letizia et CLAVREUL Colette, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, LGDJ Bruylant, 1996.p. 83.

³ Termes empruntés de JHERING Rudolf Von, JOUANJAN Olivier et DE MEULENAERE Octave, *La lutte pour le droit*, Dalloz, 2006.

⁴ RAZ Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, pp. 39-47, op. cit., in TREMBLAY Luc B., « Le normatif et le descriptif en théorie du droit » [en ligne], *R.D.U.S.*, 33, 2002.p. 72.

pensée positiviste conditionnant le droit positif aux formes scripturales des normes juridiques, nous intéresse particulièrement car elle prescrit les normes de comportement valides dans la société, et ce dans l'obscurité de la notion de respect par les textes et la doctrine.

III. Notre méthode

9. La méthode comparative ou la règle des trois C (connaissance, compréhension, comparaison) que nous avons choisie pour traiter le sujet impose des étapes obligatoires à suivre avant de pouvoir comparer les notions, les institutions, ou les termes juridiques. Selon M. Constantinesco², comparer nécessite avant tout de connaître et de comprendre, c'est rapprocher, c'est déblayer le terrain³, le droit comparé est en somme un facteur essentiel de compréhension du droit et de connaissance des civilisations étrangères⁴. Elle passe impérativement par la connaissance des termes à comparer (notions, institutions, concepts...) qui débute par l'identification de l'objet, de revenir à sa source, et de cibler les conséquences. La classification ou la qualification de l'objet nous permet par la suite d'essayer de l'affecter dans une catégorie de droit (personnelle, obligationnelle, réelle, intellectuelle, universelle)⁵ : dans notre sujet par exemple c'est de voir si le devoir de respect aux aînés relève de l'obligation naturelle ou de l'obligation civile ; « donner à un fait, à un objet le nom qui lui revient légalement, c'est procéder à sa qualification »⁶. Partant des résultats obtenus ou simultanément, nous pouvons également dégager les traits caractéristiques de ces deux institutions, à première vue sociales et coutumières, mais non moins des règles normatives. Les analyser à l'interne et par rapport à des institutions voisines : c'est de connaître leur

¹ SÉRIAUX Alain, *Le juge au miroir de l'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain*, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998.p. 171 : « Formelles a ici le sens non seulement d'officielles (par opposition à officieuses) mais aussi d'institutionnelles (par opposition à consensuelles) [à l'instar] de la jurisprudence... revient à dire que le droit émanant de nos juges est institutionnellement ou constitutionnellement reconnu comme étant du droit) ».

² CONSTANTINESCO Léontin-Jean, *Traité de droit comparé, Tome II, La méthode comparative*, L.G.D.J, 1974.

³ POPESCO Georges-Iorgu D., *Le droit de rétention en droit anglais (« Lien ») avec des aperçus comparatifs sur les mêmes institutions juridiques correspondantes en droit français, en droit allemand et en droit suisse*, Thèse, Faculté de droit, 1930.p. 10.

⁴ AGOSTINI Éric, *Droit comparé*, Presses universitaires de France, 1988.p. 24.

⁵ PICARD Edmond (1836-1924) Auteur du texte, *Les constantes du droit : institutes juridiques modernes* [en ligne], Ernest Flammarion, Éditeur, 1921.p. 70.

⁶ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 55.

nature juridique et de comprendre leur place dans le système du droit. L'étude comparative permet en outre d'apporter au regard des lois de différents pays les règles juridiques auxquelles ces derniers répondent aux problèmes juridiques nés dans leurs sociétés : « les mêmes problèmes sociaux connaissent des solutions juridiques qui varient selon leurs époques, qui diffèrent de pays à pays »¹. « L'utilité et les avantages de la méthode comparative en matière de droit ne font plus de doute. Les systèmes juridiques des pays différents offrent largement le champ aux recherches scientifiques et méthodiques, dont la portée devient chaque jour plus grande »² : une triple utilité que M. Agostini énumère d'abord de *lege lata*, sur le respect du droit étranger par sa connaissance notamment dans les règles de droit international privé, puis de *lege ferenda*, ou l'analyse des institutions étrangères permet d'imaginer le perfectionnement des nôtres, enfin de bannir des esprits de chauvinisme juridique qui voit la perfection chez soi et l'approximation ailleurs³.

10. Le droit comparé commença sa conquête d'autonomie scientifique dès le début du XIXe siècle, la Société de Législation comparée⁴ fut fondée en 1869 simultanément avec la création d'une chaire de droit comparé à Oxford. Parmi les adeptes du droit comparé, M. Lambert⁵ et M. Laboulaye pensaient respectivement par le droit comparé à étiqueter des ordres de systèmes et de percer la philosophie de base des divers systèmes juridiques⁶. Depuis le début du XXe siècle, lors du Congrès de 1900 et la contribution technique et scientifique de M. Saleilles fondée sur un « droit idéal »⁷, le droit comparé a trouvé une autonomie et contribué à dégager par le rapprochement des droits communs des peuples des ressemblances et des dissemblances de législation, dont la finalité permettrait d'unifier la solution que propose le droit au niveau international d'une règle juridique précise. De cet effort conjugué

¹ AGOSTINI Éric.p. 10.

² POPESCO Georges-Iorgu D., *Le droit de rétention en droit anglais (« Lien ») avec des aperçus comparatifs sur les mêmes institutions juridiques correspondantes en droit français, en droit allemand et en droit suisse*, Thèse, Faculté de droit, 1930.p. 9.

³ AGOSTINI Éric.p. 23.

⁴ Fondée à Paris par Édouard Laboulaye, Rodolphe Dareste et Gustave Boissonnade, op. cit., in DOUCHY- OUDOT Méline, *Droit civil 1re année : introduction, Personnes Famille*, Lefebvre Dalloz-Dalloz, 2023.p. 77.

⁵ LAMBERT Édouard, *La fonction du droit civil comparé* [en ligne], Paris, Giard, 1903.

⁶ AGOSTINI Éric.p. 22.

⁷ SALEILLES Raymond, Bull. de la Société de législation comparée, 1900, p. 383 et s. ; DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Editions La mémoire du droit, 2001.p. 274 : « M. Saleilles est évidemment dominé par l'idée philosophique de l'idéal du droit, mais c'est un idéal du droit fondé sur les données pratiques qu'il demande au droit comparé... c'est un idéal surgissant des faits qu'il propose ».

de rapprochement juridique international naissait plusieurs traités, conventions, droits internationaux où chaque pays signataire reconnaît la suprématie hiérarchique de ces règles internationales conformément à leur droit national. « Le droit comparé séduit et attire, car, par nature, l'esprit humain aime à dépasser le cadre étroit de son milieu naturel... le droit comparé est utile... »¹, la pratique n'est pas facile, voire dangereuse, semée d'embûches, de barrières souvent ignorées, de véritables pièges, dit l'auteur, nous confirmons.

11. Les pièges viennent du texte lui-même ou de la différence de contextes : le premier doit être traité par la traduction des mots, de la lettre de la loi ou de leurs contenus, le second s'apprécie selon les contextes de substrat (sans épouser la méthode contextuelles ; qu'il soit sociologique, anthropologique, économique, philosophique, religieux, politique, etc). Sans être polyglotte, nous pensons pouvoir dépasser les barrières de la langue, facilitant déjà de comprendre le droit traditionnel malgache, source coutumière de différentes règles juridiques du droit positif. Aussi, le droit positif malgache est rédigé (sinon essentiellement) en langue française. Cependant, la prudence est de mise, car souvent les mots sont remplacés par leurs synonymes et n'indiquent pas forcément la même chose : ou à l'inverse, les mots diffèrent, mais indiquent la même institution juridique, p. ex., « l'adoption plénière » du droit français n'est autre que l'adoption judiciaire » du droit malgache avant sa modification. Et même si les mots ou les termes sont clairement significatifs, il se peut qu'ils n'existent pas ou n'aient pas d'équivalence en droit français, ou encore la traduction des termes en langue juridique n'est pas totalement exacte ou incomplète. Enfin, « le droit comparé requiert de mettre en présence des institutions qui ne coïncident que très partiellement »² (les institutions voisines), c'est l'une des étapes obligatoires quant à la compréhension des termes à comparer des règles de 3C que nous avons opté. En considérant ces pièges à neutraliser du droit comparé appliqué en droit pénal, nous pensons qu'ils étaient déjà pensés en droit civil comparé qui chronologiquement et scientifiquement naissait avant lui : le droit pénal comparé ne semble en effet être accepté de son utilité et de son indispensabilité que tardivement³ vers la moitié du

¹ PRADEL Jean, Les pièges du droit comparé, Quelques applications en droit pénal, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard CORNU. Textes réunis et publiés par BEAUCHARD Jean et COUVROT Pierre*, PUF, 1994.p. 345 et s.

² RIGAUX François, *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, É. Bruylant Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.p. 8.

³ En 1947, le long plaidoyer de M. Gutteridge en faveur du droit pénal comparé a confirmé la déroute des sceptiques, GUTTERIDGE H., *Droit comparé, Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, trad. Franc. De l'ouvrage anglais paru en 1947, 1953, pp. 51-52, in PRADEL Jean,

siècle dernier. Par ailleurs, d'après M. Lambert : « Il n'est pas douteux que si nous comparons, c'est avec le désir de rapprocher les objets comparés, avec la préoccupation constante de trouver entre eux des points de contact et des traits d'union : c'est là la raison d'être essentielle de notre discipline »¹ et quand les points communs des objets comparés se dégagent plus que les points de rupture, alors la solution universelle d'un point juridique débouche sur l'accord des pays à une convention internationale ou à l'élaboration de règles communes², à un « droit commun législatif », « idée d'une internationalisation du droit »³. Autant d'exemples peuvent être cités comme la DUDH, la Convention internationale sur les droits de l'enfant⁴, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) au niveau mondial, ou d'autres comme la CADHP, la Conv. EDH au niveau communautaire.

12. Une méthode comparative appliquée aux ordres juridiques malgaches et français, car nous considérons que le droit français et le droit malgache, malgré les différences notoires sur les sources du droit, en l'occurrence la place de la coutume dans le droit positif, font partie d'un même système juridique originel de droit romain influencé par le droit germanique (« Le droit commun de l'ancienne Europe... fondé sur trois éléments successifs qui ont fini par s'harmoniser : l'élément romain, l'élément chrétien et l'élément germano féodal »⁵) par le fait : primo de l'accueil et l'applicabilité du droit français à Madagascar et par le principe de la continuité du droit, et secundo par l'inspiration qu'avait procurée le droit français à la Commission de rédaction du Code civil malgache. Comme disait M. le Pr Jenks Edward : « Substantiellement, le monde moderne n'a jamais connu que deux grands systèmes originaux de droit, le droit romain et le droit anglais »⁶ : effectivement, le droit moderne malgache a été

Les pièges du droit comparé, Quelques applications en droit pénal, in Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard CORNU. Textes réunis et publiés par BEAUCHARD Jean et COUVROT Pierre, PUF, 1994.p. 345.

¹ LAMBERT Édouard, *La fonction du droit civil comparé* [en ligne], Paris, Giard, 1903.p. 908.

² DOUCHY-LOUDOT Mélina, *Droit civil Ire année : introduction, Personnes Famille*, Lefebvre Dalloz-Dalloz, 2023.p. 77.

³ DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Editions La mémoire du droit, 2001.p. 274 et s. sur « le désir d'internationaliser le droit » de M. Lambert.

⁴ Ratifiée par la France le 26 janvier 1990, exécutoire depuis le 6 septembre 1990 ; par Madagascar, Art. 1 de la loi n° 90-029 autorisant la ratification de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant.

⁵ LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 147.

⁶ JENKS Edward, *A digest of English civil law*, Éditions Alpha, 2019. (1^{re} édition, fascicule XI et dernier, éditeur's Préface), p. XX.

rédigé et inspiré du droit français au-delà de quelques rédactions des règles coutumières jugées utiles et naturelles. C'est dans cette optique « de franchir les frontières étroites de son propre droit pour mieux l'apprécier et pour s'inspirer... »¹, que nous trouvons utile et indéniable de choisir la méthode comparative. Un double comparatisme, « un comparatisme historique, pour faire affluer et se confronter les expériences multiples... à travers la diversité des solutions introduites, en tel ou tel temps... Et un comparatisme contemporain pour provoquer, face à la mosaïque complexe et diverse des régimes contemporains du droit de la famille... »². En effet, une comparaison diachronique nous semble nécessaire de comprendre les solutions proposées par le droit malgache et le droit français, mais aussi de droits tiers de l'histoire comme le droit romain : et une comparaison synchronique pour analyser et justifier les solutions du droit positif dans la logique juridique du droit de la famille, en particulier des conflits familiaux pour enfin envisager leurs perspectives de devenir (ne serait-ce que pour une esquisse de solution commune aux droits malgache et français en comparaison). Et c'est à la recherche de cette logique juridique que divisait la doctrine de l'« École de l'Exégèse » (« logique infaillible » ou encore d'idéalisme juridique) et de celle des autres pensées pluralistes en s'appuyant parfois sur le jusnaturalisme, l'ancien droit, la coutume, la morale, le rationalisme, etc. Parmi les premiers exégètes cités par MM. Malaurie et Morvan se trouve M. Toullier³ dont la méthode d'interprétation du Code civil se rapproche ou certainement précède celle de notre choix méthodologique de droit comparé : « Ma méthode n'est point celle des hommes savants qui m'ont précédé. J'ai d'abord cherché les principes de la théorie, et j'ai tâché de les puiser, non seulement dans l'histoire, dans la comparaison de nos nouvelles lois avec les anciennes, avec les romaines, et même quelquefois avec les législations voisines ; mais encore, suivant le précepte d'un des plus beaux génies de l'ancienne Rome (Cicéron), jusque dans leur source première, dans le sein de la vraie philosophie... Après l'établissement des principes, je suis entré dans le développement des conséquences, et j'ai donné des détails fort étendus sur leur application aux cas particuliers : car la jurisprudence n'est rien sans la pratique, et la pratique sans la théorie n'est qu'une routine aveugle qui égare »⁴.

¹ MAZEAUD Denis, DUPICHOT Philippe, respectivement Président et Secrétaire général de l'Association Henri Capitant, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.

² GUILLOT Olivier, Président de la Société d'Histoire du Droit, Allocutions d'ouverture, SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.p. XIV.

³ TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil, t. 1, 1re édition*, [s. n.], 1811. Préface, p. iv.

⁴ MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick, *Introduction au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2022.p. 136.

13. Pour ces raisons d'ordre technique dans la connaissance du droit que nous essayons, sans aucune prétention de maîtrise parfaite de tous les paradigmes scientifiques de la connaissance du droit, à en choisir quelques-uns qui s'avèrent essentiels de l'épistémologie juridique : des analyses notionnelles ou conceptuelles, fonctionnelles, mais aussi factuelles selon l'institution considérée. L'épistémologie juridique permet « de comprendre ce que les juristes cherchent à connaître, d'apprécier les moyens qu'ils emploient et de déterminer quelle peut être l'influence de ces procédés de connaissance du droit sur ce droit qui en est l'objet »¹.

14. Et pour éclairer les esprits dès le début de cette thèse, nous nous permettons de procéder par la connaissance du terrain malgache, par la prise en considération contextuelle des paramètres métajuridiques² qui influencent directement et la connaissance du droit et la construction du droit malgache ; l'étude des lois et coutumes est inséparable des études ethnosociologiques ou même psychologiques sur la société traditionnelle malagasy³. Dans un premier temps, il nous est indispensable de faire un détour historique et anthropologique sur la construction de la société malgache. En effet, la comparaison que nous nous devons de faire

¹ ATIAS Christian, *Épistémologie juridique*, PUF, 1985. Paris, p. 18.

² Sens du mot « Métajuridique » : méta se définit comme « Élément (du grec Meta) qui exprime la succession, le changement ou encore "ce qui dépasse, englobe" (un objet de pensée ; une science) », in LE ROBERT (dir.), *Le Robert illustré 2022*, Dictionnaires le Robert-Sejer, 2021.p. 1260 ; métajuridique au sens de notre étude désigne l'ensemble des données autres que juridiques qui justifient l'établissement ou la construction d'une règle juridique ou que cette dernière trouve en lui son essence. Métajuridique peut comprendre les éléments d'autres disciplines comme l'histoire, la sociologie, la philosophie, la politique, l'économie, etc. ; voir aussi sur la conception originale du positivisme juridique, et de l'introduction de la philosophie analytique dans les études juridiques et métajuridiques italiennes, par « l'acceptation des valeurs fondamentales du système juridique, et par conséquent l'adoption du point de vue interne à ces valeurs, quand on compare avec elles les normes qui composent les systèmes », in SCARPELLI Uberto, GIANFORMAGGIO Letizia et CLAVREUL Colette, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, LGDJ Bruylant, 1996.p. VII ; HART Herbert.L.A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, trad. Michel Van de Kerchove, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976. Et sur la culture juridique et les données métajuridiques : LEWIS Henri Morgan, *Présentation et Introduction à la Société archaïque*, Éditions Anthropos, 1877. ; CIANTELLI Veronica, « Penser l'origine : Johann Jakob Bachofen et la réhabilitation du mythe face à l'histoire » [en ligne], *Grief*, 4, Éditions de l'EHESS, 2017. ; GÉNY François, *Science et technique en droit positif, Tome II, Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »)*, Recueil Sirey, 1915.

³ RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », Ministère de la justice, 1962. ; RAHARIJAONA Henri, *Le droit de la famille à Madagasikara*, in MBAYE Keba et ANCEL Marc, *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, G.-P. Maisonneuve et Larose, 1968.p. 196.

ne peut se détacher de ces approches pluridisciplinaires compte tenu des différences notoires de cultures, de civilisations, de progrès économique et scientifique, mais aussi de l'organisation sociale et de l'organisation des institutions publiques. Ce qui coïncide à l'approche scientifique par le droit comparé de M. Saleilles¹ de son objet qui doit s'analyser dans les trois directions suivantes, d'abord par l'étude critique de chacune des législations étrangères au point de vue économique et social, puis de la recherche des points de contact susceptibles de correspondre à un courant d'évolution commune et enfin par la détermination d'un ou plusieurs types juridiques pour une institution donnée. C'est ainsi que « la démarche anthropologique, qui fait apparaître de nombreuses sociétés où la paternité est détachée de la filiation par le sang, le révèle avec la simplicité de l'évidence : « le mode de filiation que s'est donné une société n'est (...) pas dicté par l'ordre naturel des choses, des propriétés stables de la nature humaine, même si c'est là une croyance largement partagée dans toutes les sociétés »². La construction de la société malgache n'échappe pas à cette acception, en matière de filiation et de considération des rapports familiaux (**Partie préliminaire** : Organisation sociale malgache et histoire du droit à Madagascar). M. GénY François dans son approche du droit positif, d'ailleurs, fonde le construit du droit sur un ensemble de données composé des « données réelles ou strictement naturelles, les données historiques, les données rationnelles et les données idéales »³. Et parmi ces données historiques, sociologiques, anthropologiques, idéologiques, économiques, ou psychologiques qui peuvent faire apparaître ou transformer le droit, nous privilégions les deux premières disciplines pour connaître et comprendre le droit malgache : si « l'histoire occupe une place dans la connaissance du droit qu'on ne retrouve pas dans d'autres disciplines, notamment les disciplines scientifiques », nous la trouvons utile et profitable en matière juridique au côté de la sociologie juridique indispensable à l'étude en particulier du droit de la famille. Il faut « savoir scruter le contexte pour comprendre le texte »⁴, cette idée appliquée en droit pénal comparé n'est pas incompatible en droit civil comparé, la méthode comparative que nous appliquons dans cette

¹ SALEILLES Raymond, Bull. de la Société de législation comparée, 1900, p. 390.

² HÉRITIER-AUGÉ F., *De l'engendrement à la filiation, approche anthropologique*, p. 176. Op. Cit., in GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité*, L.G.D.J, 2000.p. 67.

³ GÉNY François, *Science et technique en droit positif, Tome I, Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, Sirey, 1913. N° 33, pp. 96-98.

⁴ PRADEL Jean, *Les pièges du droit comparé, Quelques applications en droit pénal*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard CORNU. Textes réunis et publiés par BEAUCHARD Jean et COUV RAT Pierre*, PUF, 1994.p. 357.

étude doit passer nécessairement par la recherche des termes à comparer et des considérations contextuelles auxquelles ils sont produits ou évoluent : « aucune branche du droit n'est, plus que le droit de la famille, aussi directement dépendante des divers facteurs, éthique, politique et économique qui conditionnent son élaboration »¹. Et quand il s'agit d'aborder un droit dont la famille est l'objet, l'étude passe nécessairement par la définition de la famille qui selon M. Hilaire ne pouvait être précise que sur un rythme binaire en reprenant celle du doyen Carbonnier : « sociologiquement, la famille est un groupe élémentaire formé d'individus que relie entre eux un fait d'ordre biologique : union des sexes, procréation, descendance d'un procréateur commun. Juridiquement, c'est l'ensemble des personnes unies par le mariage ou par la filiation ou par la parenté et l'alliance, résultant elles-mêmes du mariage et de la filiation », en rajoutant que « si le concept n'est pas bien vieux, le droit de la famille est fait d'*institutions fort anciennes* : il est un *produit du passé* »². Si telle est la définition de la famille en droit français, nous essayons dans cette partie préliminaire de voir comment est organisée la famille malgache de la société primitive jusqu'à nos jours. Ainsi, la détermination de l'origine du droit à Madagascar et en particulier de ces deux institutions que nous avons comme objets à étudier et à comparer, passe par l'identification de la structure de cet ordre juridique « primitif » (concepts et principes relatifs à la production des normes : du système des sources du droit et de leurs rapports mutuels³) et de la forme par laquelle les énoncés eurent été adressés à la population, notamment orale où seuls le souvenir et la mémoire en conservaient l'existence des normes au-delà de l'habitude, des usages et de leur transmission à travers les générations qui se sont suivies.

15. Ainsi, les contextes malgaches identifiés et posés, en ce qui concerne la famille, la société et le droit (tout en s'abstenant de la méthode contextuelle pour notre étude comparative), nous pouvons procéder dans l'étude de nos objets en commençant par le devoir de respect aux aînés (**Partie I**). De ce fait, il nous a semblé intéressant et crucial d'aborder le sujet en droit, d'analyser la notion de respect dans sa manifestation générale (**Titre I**), et d'observer la signification commune de l'expression ou du terme « respect » à travers les

¹ COURBE Patrick et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, Sirey, 2017.p. 11.

² Hilaire Jean, *Le droit de la famille... III. Des perspectives historiques nécessaires*, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.p. 6.

³ BOBBIO Norberto, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, 1950, in N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, chap. XVIII, in BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, BRUYLANT LGDJ, 1998.p. 5.

énoncés juridiques sporadiques, internationaux ou nationaux, d'en déduire le sens commun de l'expression et d'en trouver une définition « explicative à partir des significations usuelles d'en déterminer et d'en élaborer le noyau central, afin d'obtenir un instrument sémantique précis et efficace », ¹ mais non seulement lexicale ou stipulative (issue d'une convention entre les usagers). Elle semble indiquer les chemins à emprunter par le droit, par tous les acteurs sociaux et par toutes les autorités publiques à travers les différents textes tels que les Déclarations², Conventions et Traités internationaux³, et les Constitutions¹ étatiques modernes

¹ SCARPELLI Uberto, GIANFORMAGGIO Letizia et CLAVREUL Colette, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, LGDJ Bruylant, 1996. À propos de la recherche de définition du « juspositivisme » p. 7.

² DUDH, sur le respect, dans son préambule : « Considérant que les États membres se sont engagés à assurer, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies, le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; sur la famille : Article 12, Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation... Article 16, 1. À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) : sur le respect, entre autres ; Art. 1 : Obligation de respecter les droits de l'homme..., art. 46 sur la force obligatoire et exécution de la CEDH, en cas de refus d'une haute partie contractante, le Comité des Ministres peut... saisir la Cour de la question du respect par cette Partie de son obligation au regard du paragraphe 1 (4°) ; sur le respect ensemble avec la famille : art. 8. Droit au respect de la vie privée et familiale. 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Art. 12. Droit au mariage : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.

Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP), sur le respect, la Charte reconnaît dans son préambule que d'une part, les droits fondamentaux de l'être humain sont fondés sur les attributs de la personne humaine, ce qui justifie leur protection internationale et que d'autre part, la réalité et le respect des droits du peuple doivent nécessairement garantir les droits de l'homme, droit au respect de la vie et à l'intégrité physique et morale de la personne humaine (art. 4), droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine (art. 5), art. 25. Les États parties à la présente Charte ont le devoir de promouvoir et d'assurer, par l'enseignement, l'éducation et la diffusion, le respect des droits et des libertés contenus dans la présente Charte, et de prendre des mesures en vue de veiller à ce que ces libertés et droits soient compris de même que les obligations et devoirs correspondants ; sur le respect ensemble avec la famille et de ses membres, art. 18. 1. La famille est l'élément naturel et la base de la société. Elle doit être protégée par l'État qui doit veiller à sa santé physique et morale. 2. L'État a l'obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté. 3. L'État a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et

reconnaissent comme le fondement de la société et l'expression des droits et libertés fondamentaux. La Constitution de la République de Madagascar (IVe) reprend dans son préambule ces valeurs et principes fondamentaux traditionnels basés sur le «*fanahy malagasy*» (âme malgache) qui comprend «*ny fitiavana* (amour), *ny fihavanana* (amitié, familiarité...), *ny fifanajàna* (respect mutuel), *ny fitandroana ny aina* (protection de la vie) », et privilégiant un cadre de vie permettant un «vivre ensemble» sans distinction de région, d'origine, d'ethnie, de religion, d'opinion politique, ni de sexe et confirme que le respect et la protection des droits et libertés fondamentaux font partie des conditions de l'épanouissement de la personnalité et de l'identité de tout Malagasy. Les lois civiles reprennent ces valeurs de respect et de la famille dans les dispositions de droit interne et international.

16. Nous transposons les résultats de cette analyse du respect dans le droit civil, particulièrement dans la sphère familiale : en effet, la consécration du devoir de respect aux aînés (**Titre II**) par la législation orale malgache a attiré notre attention ; le pouvoir législatif royal en faisait de cette institution sociale une institution juridique capable d'engendrer un système hiérarchique garantissant l'ordre social et par conséquent l'harmonie et la paix sociales. Une idée à visée certainement politique, économique et sociale, dont la consécration juridique ne trouva d'application que par la création de sanctions ou de contraintes publiques. À la connaissance de cette institution se confondant avec des règles de politesse ou de courtoisie de la pensée contemporaine, notre esprit ne peut s'empêcher de vérifier comment le

conventions internationales. 4. Les personnes âgées ou handicapées ont également droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques ou moraux. Etc.

¹ Constitution française du 4 octobre 1958, sur le respect et la laïcité, art. 1 (modifié par la Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005)... elle [la France] respecte toutes les croyances..., sur le respect et la Constitution, art. 5. Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État.

Constitution malgache (IV) du 11 décembre 2010, sur le respect et la limite de l'exercice des libertés et droits fondamentaux, par le respect des libertés et droits d'autrui et par l'impératif de sauvegarde de l'ordre public, de la dignité nationale, et de la sécurité de l'État (art. 10), art. 16. Dans l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Constitution, tout individu est tenu au devoir de respect de la Constitution, des institutions, des lois et règlements de la République. Enfin pour la famille, art. 20. La famille, élément naturel et fondamental de la société, est protégée par l'État. Tout individu a le droit de fonder une famille et de transmettre en héritage ses biens personnels, art. 21. L'État assure la protection de la famille pour son libre épanouissement ainsi que celle de la mère et de l'enfant par une législation et des institutions sociales appropriées, art. 23 sur le respect du choix des parents dans l'éducation et l'instruction de l'enfant, etc.

devoir de respect aux aînés ait pu connaître une certaine immanence à la vie juridique, et quel est son destin de nos jours.

17. Parmi les paradigmes de connaissance du droit se dégage la description, qui est une nécessité parce que les propositions normatives ne procurent aucune connaissance du droit : connaître c'est énoncer la signification ; même si « le droit comparé n'est pas la description des législations étrangères, mais la... comparaison des systèmes juridiques entre eux et avec le nôtre »¹. En conséquence, le discours descriptif devrait parvenir à la transparence ainsi qu'à la neutralité vis-à-vis de son objet² : le devoir de respect aux aînés fût une prescription générale, voire fondamentale, à l'aube de la législation orale malgache. Le droit en tant que science systématise en s'appuyant aux deux disciplines complémentaires : la théorie générale du droit et la méthodologie juridique. Si la première consiste à rationaliser les concepts pour déterminer d'une manière abstraite les notions courantes, la seconde est « la synthèse des méthodes, des voies, des procédés intellectuels par lesquels le droit en ses différentes branches (systématisation, interprétation, législation) atteint ses fins »³. Et cette analyse du discours descriptif nous permet de « ... diviser, distinguer, décomposer, sectionner... (Comme le style philosophique, analytique de la théorie du droit de M. Bobbio) à diviser l'univers en une multitude de fragments qu'il conviendra d'examiner un à un »⁴ sans prétention d'« embrasser » tout l'univers du droit de la famille dans les relations internes de ses membres et de sa relativité avec le monde externe. Cette méthode analytique⁵ nous permet de voir ponctuellement à travers les discours royaux, l'esprit du « premier législateur malgache » et les idées qu'ils véhiculent sous forme d'aphorismes aboutissant à des concepts juridiques fondamentaux suivant le temps (ce qui pourrait faire penser à la méthode historique

¹ AGOSTINI Éric, *Droit comparé*, Presses universitaires de France, 1988.p. 25.

² FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien, *Décrire le droit...et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, 2017. Pp. 43-44

³ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 54.

⁴ GUASTINI Riccardo, Norberto Bobbio ou de la distinction, préface, in BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, BRUYLANT LGDJ, 1998.p. 1.

⁵ L'école analytique italienne se propose de revoir le positivisme juridique né de la culture juridique allemande à la fin du XIXe siècle et remet en cause l'idéal de pureté axiologique de ce positivisme juridique classique par l'influence de la philosophie analytique et de la théorie du langage, in SCARPELLI Uberto, GIANFORMAGGIO Letizia et CLAVREUL Colette, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, LGDJ Bruylant, 1996.

qui lui est opposée¹). Mais en allant au plus profond, pour distinguer le vrai du faux selon l'analyse du langage proposée par « le courant empiriste, précisément appelée “analytique” de la philosophie contemporaine »², « analytique définie comme tout énoncé nécessairement vrai (en raison du sens des mots qui le composent ou en raison de sa structure logique) et de l’“empirique” tout énoncé susceptible d’être vrai ou faux et dont la vérité ou la fausseté dépend des faits. »³. En effet, les deux institutions juridiques malgaches interpellent notre réflexion quant à leur sens, quant à l'esprit des énoncés où confusion et imprécision entraînent la curiosité au-delà même des controverses que la doctrine créait quant à leur finalité et leur portée. Les discours prescriptifs censés être suivis à l'endroit de leur destinataire (les valeurs des prescriptions sont la validité et la justice⁴) appellent alors une analyse du langage, pour les informations nécessaires à distinguer la valeur de la vérité et de relever le sens exact des énoncés : syntaxique, sémantique, pragmatique. La finalité de notre réflexion sur la rhétorique aboutira nécessairement à vérifier exactement à quel moment et à quel endroit une institution sociale s'est transformée en une institution juridique : la genèse d'un discours juridique « légalement » prononcé, établi et suivi par un peuple donné à un moment donné dans un endroit donné ; le langage prescriptif du « Kabary » royal (**infra. 113**). Et au-delà de l'exigence méthodologique de la recherche en droit, nous sommes convaincus de nos jours que « l'optique d'une métathéorie empiriste du droit impose de tenir compte d'un regard de sociologie du droit sans contraindre à diluer la spécificité du regard juridique »⁵. De ce fait, les règles de droit qui régissaient ces rapports familiaux et sociétaux connaissent d'autres particularités forgées par la coutume et les habitudes qui au fil du temps et de l'organisation de l'État se construisent en prenant en considération les spécificités en ses matières.

18. Synchroniquement, une certaine institution sociale accéda pareillement à la vie juridique, le rejet d'enfant de la législation orale malgache : le rejet d'enfant est l'une des institutions sociales, « connue sous des formes diverses par la quasi-totalité des coutumes »⁶

¹ Selon TAYLOR H., *The science of jurisprudence, a treatise in Which the Growth of Positive Law is Unfolded by the Historical Method and its Elements Classified and Defined by the Analytical*, New York, 1908, chap. I.

² GUASTINI Riccardo, Norberto Bobbio ou de la distinction, préface, in BOBBIO Norberto.p. 2.

³ GUASTINI Riccardo, Norberto Bobbio ou de la distinction, préface, in *Ibid*.p. 2.

⁴ BOBBIO Norberto, *Teoria della norma giuridica*, op.cit., chap. III., in GUASTINI Riccardo, Norberto Bobbio ou de la distinction, préface, in *Ibid*.p. 3.

⁵ MILLARD Éric, *Peut-on ne pas faire une sociologie du droit ?*, [s. n.], 2009.

⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, Président de la commission de rédaction du code civil, 1964.p. 73

malgaches, il apporta des solutions aux litiges familiaux, sanctionna la puissance paternelle, réprima les conduites déviantes à l'intérieur du foyer, du groupe familial, et de la communauté. Nul doute, cette institution répond nécessairement à la violation des règles de respect dans la sphère familiale, cependant il n'existe pas ou presque d'ouvrages relatant des faits concrets de rejet : ses côtés pragmatique et empirique restent flous, la doctrine ne semble traiter que la description de cette institution. De ce fait, rien ne nous démontre précisément le régime juridique du rejet d'enfant, il eut été apparemment usité pour répondre à une situation juridique problématique dans la famille sans aucune analyse complète (des analyses de dogmatique juridique et conceptuelle nous permettent de déterminer sa nature juridique et de faire une étude comparative fonctionnelle à travers l'ensemble des conditions de sa mise en marche en lien avec sa finalité), méritant ainsi une étude plus approfondie sur son histoire et son évolution. Le rejet d'enfant du droit malgache d'origine coutumière est une Institution, originale¹, n'a pas de similitude dans aucune législation², n'a rien d'analogue³, ayant de multiples fonctions et de multiples finalités : l'analyse de ses traits caractéristiques doit passer nécessairement par son évolution historique. Par ailleurs, la plupart des ouvrages apportent un regard sommaire sur le rejet d'enfant malgache du droit traditionnel : ce qui ne correspond plus à l'esprit de l'institution du droit positif depuis les réformes et la codification des lois civiles malgaches.

19. Il nous semblait inévitable de descendre sur le terrain pour constater, rassembler, recouper par notre propre moyen pendant des mois au cours de cette étude les faits réels dans diverses régions et juridictions et d'autres archives, l'expérience de cette institution : un emprunt à l'empirisme juridique adapté aux différents obstacles locaux. Nous pensons justement que « sans connaissance du droit étranger..., uniquement en utilisant les monographies comparatives que d'autres auteurs ont élaboré dans leur propre langue »⁴ ne fait qu'improviser sur un dossier ignoré. Le rejet malgache est une institution juridique que le législateur moderne, tout en avançant des dérives et des abus dans son application dans le droit traditionnel, n'a pas hésité à reconduire sous forme de sanction au manquement au devoir de respect dans le cercle familial, car il fut d'une importance majeure et que toutes les

¹ BILBAO René, *Le droit malgache de la nationalité*, CUJAS, 1965.p. 121.

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 249.

³ BERTHIER Hugues, *Droit civil malgache*, [s. n.], 1930.p. 72.

⁴ CONSTANTINESCO Léontin-Jean, *Traité de droit comparé, Tome II, La méthode comparative*, L.G.D.J., 1974.p. 21.

coutumes le pratiquaient. Avant même la reconnaissance par les conventions et traités internationaux de la primauté de la protection de l'intérêt de l'enfant, le législateur malgache trouvait nécessaire de limiter la portée du rejet d'enfant¹ tout en reconnaissant l'utilité de l'institution et de la fidélité des citoyens aux règles coutumières. En effet, le législateur moderne malgache tenait à reconduire le rejet d'enfant depuis le début de la codification du droit civil malgache tout en apportant des réformes importantes restrictives : d'abord, en supprimant le mot enfant dans l'appellation du rejet, puis en le détachant de l'exercice de la puissance paternelle et par l'interdiction de rejeter un enfant mineur. De plus, le législateur a considérablement restreint le droit de rejet en le conditionnant à l'autorisation d'enregistrement du juge, mais non plus par une simple volonté exprimée devant l'officier de l'état civil pour son enregistrement, en exigeant des motifs graves pour avoir sciemment porté atteinte à l'honneur familial, aux devoirs de secours, d'assistance et de respect de l'art. 80 de la loi de 1963.

20. Mais l'étude comparative du rejet d'enfant malgache ou du rejet tout court ne peut se faire directement, l'exigence scientifique et méthodologique nous impose à suivre scrupuleusement la correspondance des termes à comparer comme institution, objet du droit, faits réels, voire des notions se posant de la même manière dans des ordres juridiques différents. Il faut donc faire appel à un *tertium comparationis*², pas en tant que problème méthodologique, mais plutôt de solution au problème des termes à comparer dans les cas où deux ou plusieurs faits, ou objets, s'accordent en ayant un dénominateur commun, où il constitue « une certaine valeur absolue sur un axe vertical, impliquant une différence avec la valeur antérieure »³, en l'occurrence du droit romain pour une éventuelle comparaison diachronique, ou encore de cette valeur dans un mouvement ascendant qui détermine la

¹ RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », Ministère de la justice, 1962. « Préoccupé d'assurer avant tout la protection de l'individu et la défense des droits de l'enfant, je recommande à la commission de limiter notablement la portée et l'exercice du rejet », p. 75.

² « Le *tertium comparationis* en tant que problème méthodologique résulte de la question posée par les philosophes du droit et, plus spécialement par Radbruch qui affirmait qu'on ne peut comparer directement plus de deux termes à comparer ; que lorsqu'on confronte plus de deux ordres juridiques, on ne peut le faire que de façon indirecte, c'est-à-dire par rapport à un troisième qui doit être toujours le même », op.cit., in CONSTANTINESCO Léontin-Jean.p. 34. Ce dernier rejette cette idée qu'on ne peut comparer directement plus de deux droits en avançant que « le *tertium comparationis* est un faux problème... en réalité, on peut comparer,... autant de droits qu'on veut ».pp. 35-36.

³ GAUTIER Laurent, Les frames comme tertium comparationis pour la représentation multilingue des connaissances spécialisées ?, Université de Bourgogne-Franche-Comté, 2019.p. 19.

catégorie juridique d'une institution, en l'occurrence, la sanction civile des obligations familiales. Ainsi, nous entamons l'étude comparative du rejet malgache (**Partie II**) par la connaissance de l'institution en elle-même en la posant dans son contexte par la description de son discours à travers ses sources génétiques, ses conditions d'application et de ses conséquences : viendra par la suite sa compréhension en soulevant les institutions voisines ou plus exactement ses multiples usages dans le passé. De nos jours, l'intervention du juge devient une étape cruciale pour demander l'autorisation d'enregistrement du rejet dans l'appréciation des faits ou motifs graves : nous traitons notre deuxième objet d'étude par une analyse fonctionnelle dont la finalité consiste à connaître les conditions d'application, de ses conséquences et de sa finalité réelle. Sans aller à l'extrême de la pensée de M. Montesquieu en disant que : « Dans le Gouvernement républicain, il est de nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi »¹, nous pensons en effet que parfois la loi est incomplète, obscure, voire inadaptée au cas de l'espèce, et que le juge par sa fonction de « dire le droit » ne peut se contenter de constater les failles de la loi applicable pour s'abstenir de connaître un litige. Cette situation lui permet de se rapprocher de la coutume, ou de l'usage : le juge devient un acteur principal de la construction du droit au rejet en appréciant la volonté nuisible du rejeté et de la gravité de l'acte préjudiciable portant atteinte notamment au respect (**Titre I**).

21. Et c'est seulement à l'issue de ces phases préparatoires de la méthode comparative que nous procéderons à l'étude comparative du rejet malgache en tant que sanction civile des obligations familiales (**Titre II**). En ce sens, nous verrons s'il répond effectivement aux rôles pour lesquels il a été reconduit, et ce, pour sanctionner le devoir de respect dans le cercle familial vertical envers les personnes plus âgées que soi. Nous l'étudierons en comparaison avec les autres sanctions civiles à savoir, la révocation de l'adoption simple, la révocation de la donation pour ingratitude, la déchéance de la qualité d'héritier pour indignité à la succession et à l'exhérédation.

22. D'après la comparaison de ces deux institutions malgaches sur la place du respect dans le droit de la famille, où selon M. Demogue² : « pour faire jaillir des oppositions ou des

¹ RIPERT Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1948.p. 45.

² DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Editions La mémoire du droit, 2001.p. 268. ; Esmein, Rapport au Congrès de 1900, Bull. de la Société de la Législation comparée, 1900, p. 373 et s.

similitudes combinées, certains résultats », dégagés de leur analyse statique (en considération des faits réellement constatés) nous permettront de faire évoluer, ou plutôt de proposer, de développer des idées générales que véhiculent le respect dans la famille vers un concept nouveau de sanction civile (**Titre III**) des manquements aux obligations familiales verticales intergénérationnelles. Effectivement, la constatation des idées fondamentales communes aux différentes législations des pays en comparaison fait suggérer à notre pensée de faire avancer les sanctions et les principes partagés. Et ce, même si une simple proposition, une simple esquisse de développement et de perfectionnement du droit au respect et de sa sanction civile, mériterait davantage d'une nouvelle étude approfondie, en l'occurrence de déterminer leur régime juridique : « la comparaison peut indiquer la tendance d'évolution de certaines institutions juridiques »¹. Mais cette proposition évolutive éventuelle des résultats de notre étude comparative ne pourrait se faire en contradiction avec l'ordre public et les bonnes mœurs de chaque ordre juridique : de ce fait, il nous semble inéluctable de traiter ces conditions sine qua none de validité de toutes propositions de normes juridiques et de leur effectivité à l'intérieur du système du droit positif considéré.

Pour des raisons d'ordre technique, scientifique, de choix méthodologiques, et de l'ampleur de notre sujet de thèse concernant deux institutions indépendantes l'une de l'autre, mais qui se répondent mutuellement, nous préférons abréger notre introduction générale en écartant de traiter dans cette introduction les considérations contextuelles du droit malgache que nous devons aborder en les laissant dans une partie préliminaire une place plus conséquente, plus adaptée au volume des objets traités dont l'organisation sociale malgache et l'histoire du droit à Madagascar font partie, où la connaissance des sources du droit malgache est une étape cruciale, explicative et distinctive à nos objets d'étude.

¹ CONSTANTINESCO Léontin-Jean, *Traité de droit comparé, Tome II, La méthode comparative*, L.G.D.J, 1974.pp. 304-306.

PARTIE PRÉLIMINAIRE : CONSIDÉRATIONS

CONTEXTUELLES

23. Cette partie que nous ne considérons pas comme un appendice, mais des prolégomènes¹ contient un aperçu sociologique de la famille malgache et de l'histoire du droit à « Madagascar »² pour mieux comprendre par la suite toutes les interdépendances rationnelles du droit que nous développerons. Elle fait partie du travail préparatoire du « droit comparé qui se propose de faire la critique pour une institution déterminée des différentes législations qui la régissent, en les étudiant d'après leur fonctionnement et leurs résultats et en tenant compte de l'état social où elles s'appliquent »³. Ainsi nous abordons dans cette partie préliminaire l'organisation sociale malgache (Titre I) pour mieux comprendre les relations entre les particuliers et celles des membres de la famille et envers la communauté puis nous verrons par la suite l'histoire du droit et de son évolution à Madagascar (Titre II).

TITRE I L'ORGANISATION SOCIALE MALGACHE

24. Approximativement évalué entre 3 à 4 millions d'habitants vers la fin du XIXe siècle, le nombre de la population de la grande île s'élève de nos jours à plus de 25 millions d'habitants⁴ dont les nombres d'hommes et femmes sont sensiblement égaux avec un léger surplus au second. Le peuplement de Madagascar serait, nous utilisons le conditionnel puisque les études scientifiques sur ce sujet n'aboutissent pas encore à un résultat définitif et invariable, commencé depuis le VIIe siècle⁵ suite au naufrage d'un bateau sur la côte est de

¹ Comme « exposé des principes abordant l'étude de telle ou telle science, ensemble de notions préliminaires », in ARNAUD André-Jean, DULCE Farhinas, COMMAILLE Jacques *et al.*, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruylant, 1998.

² Cinquième plus grande île du monde, superficie : 587 047 km², elle se trouve au Sud-est du continent africain, dans la direction N.N.E au S.S.O du 12° au 25° 38' 55" de longitude ouest et 48° 7' 20" de longitude est ; en face de Mozambique à l'Ouest, et les îles de La Réunion et de Maurice à l'est, in MINISTÈRE DE LA SANTÉ PUBLIQUE, « Plan stratégique intégré en planification familiale et en sécurisation des produits de santé de la reproduction 2021-2025 », 2021.p. 14. ; DE FLACOURT Etienne et ALLIBERT Claude, *Histoire de la grande île Madagascar*, INALCO : Karthala, 2007.p. 125 et s.

³ SALEILLES Raymond, Bull. de la Société de la législation comparée, 1900, p. 383.

⁴ D'après les résultats de recensement de 2018 publiés en décembre 2020, in INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE Madagascar, « Troisième Recensement Général de la Population et de l'Habitation (RGPH-3), Tome 1 », INSTAT, 2020.p. 129.

⁵ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 11 et s.

Madagascar. Or la légende de la tribu « Hova » ou « Merina » parle déjà de l'existence d'une population appelée « *Vazimba* »¹ avant Jésus-Christ dans les hauts plateaux où celle-ci les découvrit en abandonnant la côte du fait de la perte des rescapés d'un naufrage par la maladie, en l'occurrence, la malaria connue sous le nom de paludisme.

25. Du côté géopolitique, Madagascar appartient à l'Union Africaine et a connu la convoitise des européens depuis des siècles en commençant par les Portugais, vers le début du 16^e siècle², jusqu'à son annexion par la France en 1896 : retrouvant son indépendance en 1960, les autorités de l'époque étaient contraintes de refaire et de choisir le système juridique, réorganiser, rédiger les lois civiles et tous les appareils judiciaires. Considérant la nécessité de prendre en compte toutes les lois et coutumes locales encore en vigueur, le gouvernement malgache au lendemain de ses retrouvailles avec l'indépendance devait nécessairement mettre à jour, non seulement pour l'unification du droit sur tout le territoire, mais recenser toutes les coutumes qui sont toujours observées par la majorité de sa population, son droit civil. Ainsi, nous estimons nécessaire d'apporter une vision assez générale sur la formation de la société malgache et de la place de chacun de ses membres dans les relations privées entre eux.

26. Nos objets d'étude se trouvent indiscutablement aux confins de la Morale et du Droit : de ce fait, nous avons intitulé ce titre « organisation sociale » et non « construction sociale » ou encore « constitution sociale de Madagascar ». La Constitution sociale crée une ambiguïté lorsque la discipline d'étude concerne le droit, contrairement à la discipline sociologique³ : à

¹ GERNBOECK Lotte, *Rapport de recherches à Madagascar sur les Vazimba*, in POIRIER Jean et RAJAONA Siméon, *Civilisation malgache*, tome 2, Faculté des lettres et sciences humaines, Cujas, 1968, p. 321 : « Les éléments négroïdes ne proviennent certainement pas d'Afrique, mais, comme le disait Grandidier, sont plutôt mélanoïdes... Je partage l'opinion qu'il n'y avait pas à Madagascar de population autochtone "pré-Vazimba" ou pygmoïde... les Vazimba sont certainement des Protomalais venus probablement... avant Jésus-Christ ».

Autres opinions, SCHIMANG M, *Rapport d'un voyage chez les Vazimba*, in *Ibid.* Pour aller plus loin : R.P CALLET François, *Tantaran'ny Andriana eto Madagascar. Documents historiques d'après les manuscrits malgaches*, I, ouvrage réédité par la colonie, avec le concours de l'Académie, Imprimerie officielle, 1908. (Et le volume II) ; POIRIER Jean, RAJAONA Siméon et BOTOKEY Laurent, *Civilisation malgache*, tome 1, Faculté des lettres et sciences humaines, 1964. ; DESCHAMPS Hubert, *Histoire de Madagascar*, Berger-Levrault, 1972. ; RABESAHALA Gisèle, *Us et Coutumes Malgaches*, Société malgache d'édition, 1984.

² DESCHAMPS Hubert, Les sciences humaines à Madagascar, in POIRIER Jean, RAJAONA Siméon et BOTOKEY Laurent, p. 5.

³ « Sociologie du droit ou sociologie juridique sont des expressions courantes pour désigner une approche scientifique dont l'objet est l'étude des rapports entre le droit et la réalité sociale », in ARNAUD André-Jean, DULCE Farhinah, COMMAILLE Jacques *et al.*, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*,

côté d'une Constitution de l'État peut se trouver justement au point de vue des juristes une « Constitution de la société » qui engloberait selon M. le Doyen Vedel « quatre strates, à savoir la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 explicitement repris en 1958, les « Principes fondamentaux du droit reconnus par les lois de la République »¹, et les « Principes particulièrement nécessaires à notre temps »². Et ce n'est justement pas au sens de cette Constitution de la société que notre aperçu se porte même si elle nous intéresse tout particulièrement au point de vue du droit et concernant notre principal objet d'étude qu'est le « respect ».

CHAPITRE I. La société traditionnelle

27. Nous allons examiner dans ce chapitre l'organisation de la société malgache depuis l'ère primitive jusqu'à l'indépendance en 1960 si les règles coutumières, les us et les mœurs en vigueur avant la colonisation eussent été respectés et maintenus par l'administration coloniale. La famille³ est-elle la cellule initiale qui, par agglomération, a produit la société, ou bien est-ce la société, fait primitif, qui a engendré la famille par différenciation ?

28. La réponse à cette question chronologiquement peut découler de l'acception que : « la famille est la société primitive, le père de famille est l'autorité primitive »⁴. Certains faits, cependant, sont dits hors de doute : exemple, l'ancienneté de la famille étendue, de la grande maison, réunissant plusieurs générations dans le même habitat ; l'existence d'un type matrilinéaire de famille où la parenté s'établit en ligne maternelle, le plus proche parent étant son oncle utérin (frère de la mère). Il n'est pas sans intérêt de relever que la famille primitive

Bruylant, 1998.p. 1. ; « Sociologie du droit et sociologie juridique peuvent être définies comme une branche de la sociologie en général... Elle a pour objet une variété de phénomènes sociaux : les phénomènes juridiques ou phénomènes du droit... le droit n'existant que par la société, on peut admettre que tous les phénomènes juridiques sont des phénomènes sociaux, mais l'inverse n'est pas vrai... », in CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, PUF, 2016.p. 13.

¹ Notion provenant de la jurisprudence du Conseil d'État depuis 1944.

² BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 81.

³ La famille au sens de l'INSEE : « Une famille est la partie d'un ménage comprenant au moins deux personnes et constituée soit d'un couple marié ou non, avec ou sans enfants, soit d'un adulte avec un ou plusieurs enfants. Dans une famille, l'enfant doit être célibataire (lui-même sans enfant). », in INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE Madagascar, « Troisième Recensement Général de la Population et de l'Habitation (RGPH-3), Tome 1 », INSTAT, 2020.p. XXVII.

⁴ JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.p. 1.

n'a pas été seulement explorée par la sociologie, mais exploitée par l'idéologie¹. L'exemple malgache n'échappe pas à ce point de vue : « L'ordre social est régi dans ses moindres détails par les *fomba* (coutumes) et les « *lovan-tsofina* » (héritage auditif) qui n'excluent pas de l'idée de prescription générale et inconditionnelle, s'imposant à tous. Dans notre objet concernant les relations familiales et les sanctions aux manquements des devoirs familiaux, il nous paraît important de connaître l'évolution de la famille malgache, des membres qui la constituent et de leurs places respectives en commençant par l'époque mémorable.

SECTION A. La famille

29. « La famille est un groupement fondamental dans l'organisation de la société... un phénomène permanent et universel à base de données biologiques, psychologiques et sociologiques »², même « s'il n'existe pas de définition légale de la famille »³, elle est « le noyau social de base »⁴, le droit intervient pour établir le lien juridique entre les membres d'une même famille dans une société.

30. À Madagascar, à l'époque où nous pensons naître la législation digne de ce nom, la formation de la famille se faisait ou se défaisait par les règles coutumières acquises par un long processus de civilisation, « orale et unique par son fond malayo-polynésien et ses apports africains et arabes »⁵, accumulées par l'« origine des Malgaches »⁶ et de leur acclimatation dans la grande île. En ce sens, la définition de la famille par M. Boulanger coïncide avec l'esprit des Malgaches : « seront membres de la famille tous ceux qui, parents ou alliés ou non, seront unis par une même communauté de sentiments ou d'affection, cette communauté se matérialisant le plus souvent par l'unité de domicile »⁷, si la promiscuité primitive⁸ fut la règle, l'indépendance des enfants plus tard n'efface en rien ce moment de partage dans la

¹ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 17.

² BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ Lextenso éditions, 2010.p. 11.

³ COURBE Patrick et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, Sirey, 2017.p. 5.

⁴ KNAUB Gilbert, Allocutions d'ouverture, SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.p. IX.

⁵ RABESAHALA Gisèle, *Us et Coutumes Malgaches*, Société malgache d'édition, 1984.p. 5.

⁶ Voir notamment MOLET Louis, *L'origine des Malgaches*, in POIRIER Jean, RAJAONA Siméon et BOTOKEY Laurent, *Civilisation malgache, tome 1*, Faculté des lettres et sciences humaines, 1964.pp. 45-52. ; DESCHAMPS Hubert, *Histoire de Madagascar*, Berger-Levrault, 1972.

⁷ BOULANGER François, *Droit civil de la famille, I, Aspects internes et internationaux*, Economica, 1990.p. 14.

⁸ LEWIS Henri Morgan, *Présentation et Introduction à la Société archaïque*, Éditions Anthropos, 1877.p. 15.

maison familiale. La famille traditionnelle malgache est fondée sur la parenté, dominée par les anciens qui eux-mêmes tiennent leur autorité et la sagesse des ancêtres¹. « La famille, qui rassemble les hommes, les transcende par rapport à l'animal », disait M. Savatier en expliquant que l'homme libéré du déterminisme de l'instinct de l'animal « ne sent pas seulement, il raisonne son avenir familial... il le fonde volontairement... »². Cette voie de l'instinct, des lois naturelles et des lois vraiment obligatoires rattrape l'homme par cet instinct même à se créer une volonté de choisir³, une liberté de choix de raisonner et de conduire le destin de sa famille. Cette fondation de la famille par la liberté et la volonté du couple engendre pour eux des choix de vie, de culture et surtout des responsabilités envers les enfants à naître dans leur éducation, dans leurs conditions de vie (nourrir et élever, etc.). Ces derniers toutefois n'ont pas fait le choix d'appartenir à la famille, ils sont tout naturellement rattachés à une famille, non seulement à leurs géniteurs, mais aux ascendants et aux groupes familiaux respectifs de leurs père et mère : une telle acception sur la famille ne peut avoir qu'un reflet exact de la conception de la famille dans la société malgache. La famille malgache s'apparente à celle au sens large que M. Carbonnier⁴ englobe toutes les personnes descendant d'un auteur commun, unies par un lien de parenté, par la communauté de sang jusqu'aux limites reconnaissables, d'un ancêtre commun paternel ou maternel. Il définit la famille en droit comme l'ensemble des personnes unies par le mariage, ou par la filiation, ou par la parenté et l'alliance. C'est une famille étendue comme la « *gens* »⁵ patriarcale du droit romain et au sens du lignage de l'ancien droit coutumier (une famille tournée vers le passé dit-il, pendue à son arbre généalogique) : de ce fait, elle était probablement formée par de nombreuses personnes en rajoutant les liens adoptifs et d'alliance par le mariage et le « *fati-drà* ». « Le lien qui forme la *gens* embrasse l'existence tout entière de l'individu... cela se manifeste d'une double manière : dans le droit de chaque *gentil* vis-à-vis de la *gens*, et dans le droit de celle-ci vis-à-vis de lui »⁶ ; en effet, ce lien de parenté qui unit les membres de la

¹ RAHARIJAONA Henri, *Droit civil II : Successions - Testaments - Donations*, Université d'Antananarivo, Établissement supérieur de Droit, d'Économie, de Gestion et de Sociologie, 1989.p. 9.

² SAVATIER René, *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 1963.p. 24.

³ COLESANTI Jules, « *Esiste una morale* », *La morale supérieure*, Traduit de l'italien de OSTA Eva, PUF, 1940.p. 46.

⁴ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 13.

⁵ Genre, *Genus*, du sanscrit *dschan*, être engendré.

⁶ VON JHERING Rudolf, *L'esprit du droit romain, Dans les diverses phases de son développement*, Traduction Meulenaere Octave, Tome I, 3^e édition, Forni editore Bologna, 1888.p. 186.

famille trouve aussi son application dans la famille malgache où dans la vie citoyenne et sociale de l'individu, il sera toujours rattaché à la famille par le bien ou le mal, par l'honneur ou la honte, par tout ce qui advient de son activité sociale. Le principe de la famille malgache entraîne une obligation réciproque d'aide et d'assistance entre tous ses membres : et le respect des droits de chacun constitue la force régulatrice du fonctionnement de la famille ; ainsi chaque membre de la famille se trouve protégée et soutenue par elle et inversement chacun est soumis à l'intérêt de la famille.

31. Un membre de la famille traditionnelle était facilement identifiable en cherchant cet attachement ou ce lien qui le renvoie à sa famille d'origine : c'est pour cette raison d'ailleurs que nous pensons que l'effet de proximité des membres de la famille élargie imposait à tous les membres de la famille traditionnelle de faire attention à leur geste et comportement puisqu'ils étaient reconnaissables. Ce qui explique que l'acceptation de l'installation d'un étranger dans le village était souvent préjugée, craintive et que la personne devait faire ses preuves pour être acceptée parmi la population locale. On dit souvent de la famille malgache traditionnelle «une constitution patriarcale»¹, voire un «petit gouvernement» ayant son propre chef en la personne du père de famille, «ses coutumes fidèlement transmises de génération en génération et religieusement respectées», à l'instar de l'esprit du droit romain de la famille qui voit en elle un «Etat» dirigé par le père de famille : «de la famille est issue une société plus large, de la puissance paternelle est issue pour partie la puissance sociale»². La structure familiale est formée traditionnellement comme de nos jours par le mariage : le couple marié constitue une famille³, les droits et les devoirs de chacun étaient régis soit par la coutume soit par la législation coutumière orale ; puis par la filiation que le droit crée en considérant soit l'origine biologique soit par l'adoption.

I. Le couple traditionnel

32. L'appellation correspond à l'idée qu'il s'est formé dans un mariage traditionnel et non pas par la considération de sexe homme-femme : un couple lié par le mariage traditionnel formant la famille traditionnelle. Rappelons qu'un homme au début de la naissance du «droit positif» pouvait avoir deux ou plusieurs femmes, le souverain douze femmes et les sujets sept, la polygamie était de pratique où selon le rang social de l'homme, il avait droit à un

¹ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 43.

² JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.p. 1.

³ BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ Lextenso éditions, 2010.p. 11.

certain nombre de femmes¹ : il existait aussi des rangs au sein des épouses ; la première étant appelée « *Vadibe* » (la grande épouse) puis la « *Vady masay* » et « *Vadikely* » (la petite épouse) et selon son « arrivée » d'ordre chronologique : « *Vady faharoa* » (deuxième petite épouse, ainsi de suite). La polygamie fut abolie par la Reine Ranavalona I (1828-1861), puis confirmée par les dispositions ultérieures sur l'interdiction de la polygamie et de la répudiation des Instructions aux Sakaizambohitra². La forme de polygamie la plus répandue fut la polygynie qui résulte de l'union d'un homme avec plusieurs femmes³, quoique le royaume malgache au cours de l'unification du territoire ou de la « pacification » ait connu la « polyandrie » qui autorise l'union d'une femme avec deux ou d'autres hommes seulement dans la période où le mari était envoyé en mission dans l'armée de pacification. Cette règle coutumière assez curieuse trouve sa justification du fait que l'homme pourrait pendant cette période s'unir avec d'autres femmes dans les territoires pacifiés (coutume ancienne du *Tsindry-Fe*) : la polyandrie était donc une sorte de compensation accordée à la femme pendant l'absence de son mari avec son autorisation et sans aucune autre condition que la connaissance de la famille et de quelques membres du *fokonolona* (coutume ancienne appelée *Sao-dranto*) ; une situation de relation de remplacement éphémère. De cette règle coutumière du mariage en sortaient des usages, des habitudes, des rôles, des statuts qu'occupait chaque membre de la famille : l'autorité royale réglait les droits et les devoirs de chacun, il en prévoyait des sanctions ; coïncidant avec le début de l'histoire du droit à Madagascar.

A. Le mariage traditionnel

33. La famille légitime de l'époque primitive s'est formée selon la tradition, le mariage civil légalement transcrit dans un acte n'existait pas : les règles coutumières validaient le mariage à l'égard des époux, de la famille et des tiers d'où l'observation de différentes formes et prescriptions de la coutume locale. L'obligation d'enregistrement des contrats (civils et commerciaux) ainsi que les événements liés à l'état civil ne commencèrent qu'à partir de la

¹ R.P CALLET François, *Histoire des Rois : Tantaran'ny Andriana, Tome III*, Librairie de Madagascar, 1974.p. 30 et s.

² Respectivement dans son art. 38 : « La polygamie n'est pas tolérée dans mon royaume », et dans son art. 45 : « Si quelqu'un renvoie sa femme, conduisez-les deux époux à Avaradrova », c'est-à-dire au Tribunal (la séparation du couple ne pouvait plus découler d'une simple répudiation, mais du divorce prononcé par le tribunal). L'art. 50 du code de 1881 entérine cette interdiction en prévoyant des sanctions sévères de dix bœufs et de dix piastres.

³ LEMOULAND Jean-Jacques, « *L'interdit de la bigamie* », in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 309.

promulgation des règles administratives adressées au service du royaume, dites « Instructions aux Sakaizambohitra de 1878 (74 articles) » et du Code de 1881. L'art. 53 dudit code énonce que « Le mariage n'est valable s'il n'est enregistré dans les livres officiels, et la femme dans ce cas n'est qu'une *vazo* (maitresse entretenue) », cependant la portée de cette règle de forme stricte du mariage n'avait pas atteint son objectif sinon de ses effets de nullité puisque « la coutume » reconnaissait la forme traditionnelle du mariage par l'accomplissement de certaines formalités dont la donation et la réception du « *Vodi-ondry* »¹ comme une signature apposée au bas du contrat² devant témoins, famille et fokonolona.

34. Les législateurs successifs à Madagascar semblent contraints d'adapter le droit à la réalité et au respect des traditions en retenant la forme coutumière du mariage et de la juridicisation des effets du mariage traditionnel : « Traditionnellement en effet, le mariage est conclu dès lors que les formalités coutumières ont été accomplies et principalement lorsque la donation du *Vodi-ondry* ou *fandeo*, *fafy*, *diafotaka*, *orimbato*, *fanokoana*, etc., a été faite »³ (repris par la nouvelle loi de 2007 suivant les formes et le respect des traditions art. 29 à 31).

1) Conditions de formation du mariage

35. L'accord de volonté des époux au mariage traditionnel eût été constaté par des témoins familiaux, de la bénédiction des parents, des ascendants ou des membres de la famille et devant les membres du *fokonolona*, par « la dation et l'acceptation du *Vodi-ondry* »⁴ qui rendaient parfait et définitif le mariage⁵. Le mariage traditionnel n'est pas dispensé non plus d'exigences particulières de fond (volonté clairement émise de chacun des époux et de chacun

¹ Traduction libre, qui signifie « arrière-train d'un mouton », mais peut faire l'objet de dation en paiement également.

² JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome II, E. Guilmoto, 1909.p. 195.

³ Art. 2 de l'ordonnance n° 62-089 du 1er octobre 1962 relative au mariage (J.O. n° 250 du 19.10.62, P. 2366).

⁴ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 120 ; RAHARIJAONA Henri, *Le droit de la famille à Madagasikara*, in MBAYE Keba et ANCEL Marc, *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, G.-P. Maisonneuve et Larose, 1968.p. 197.

⁵ Faut-il souligner qu'il n'y a de pire honte aux yeux des Malgaches et particulièrement pour la famille de l'homme de se mettre en public ou de considérer comme son épouse une femme dont l'homme n'a pas pu verser le *Vodi-ondry* (« *Mitari-bady tsy vita Vodi-ondry* » ou « *Tokantrano maso* » : c'est-à-dire que l'union de l'homme et de la femme n'est que du concubinage).

En contrepartie, toutes les donations faites dans le concubinage et dans cette démarche de promesse au mariage étaient irrévocables, l'art. 54 du code de 1881 réprimait sévèrement à hauteur égale de la chose donnée l'amende que devait payer celui qui la réclama : sous réserve, il faut souligner d'un motif grave d'ingratitude, par exemple d'essayer un futur époux et de côtoyer en même temps un autre avec des ambiguïtés manifestes.

des parents des époux : même s'ils avaient l'âge de se marier). Et même si le droit traditionnel restait quasiment muet sur la majorité matrimoniale et de la majorité tout court, l'usage et la coutume nous démontrent que l'enfant pubère et pourvu de discernement atteignit l'âge de se marier : sur ce point du droit écrit, nous n'avons trouvé aucune disposition expresse sauf du consentement libre et volontaire des futurs mariés, quels que soient leurs âges (art. 51 du code de 1881).

36. La forme de mariage traditionnel fut reconnue par la justice indigène pendant la période coloniale qui relativisa l'effet de l'art. 12 des Instructions¹ aux Gouverneurs et de l'art. 53 du Code des 305 articles². Mais au fil du temps et de la vulgarisation de l'écriture publique, elle est passée du premier plan au second³ : le mariage traditionnel est devenu par la présence du modèle civil, une cérémonie de fiançailles qui n'engage pas légalement les individus promus au mariage civil, mais reste une cérémonie très importante dans la coutume malgache qui engendre des effets similaires au mariage civil.

2) Effets du mariage

37. Même si les autorités royales de l'époque ainsi que l'administration coloniale plus tard, rendirent obligatoires l'enregistrement du mariage devant les officiers de l'État civil, nous voyons que ces dispositions légales n'eussent été appliquées sévèrement, par conséquent le mariage célébré traditionnellement n'entraînait pas moins de droits et de devoirs entre les époux, envers leurs enfants et la famille, aux yeux de la société. Au point de vue du droit, le mariage traditionnel est toujours toléré et n'est que fictivement frappé de nullité, le cas échéant, il pourra être validé auprès du tribunal et notamment par la possession d'état pour établir la filiation légitime des enfants dans un jugement supplétif.

Dans le droit traditionnel malgache, au-delà des obligations entre les époux de se porter aide, assistance, nourriture, soins et attentions particulières, du devoir de fidélité, etc., nous

¹ Accordant un délai d'une semaine pour l'inscription du mariage sous peine d'une amende de 100 piastres.

² C.T du 23 mars 1899 : « ... L'article 53 n'a jamais été appliqué sous l'ancien gouvernement malgache et il est constant qu'à cette époque, les trois quarts des unions n'étaient pas enregistrés ; elles n'en étaient pas moins considérées comme régulières ». Conformément à la Circulaire générale du 5 juin 1897 qui préconisait de ne pas tenir rigueur de ses dispositions (qui n'eut jamais d'application, du fait d'assimiler les mariés traditionnels aux délinquants du droit civil ou pénal).

³ C.T du 5 mars 1897 : « l'art. 53 n'a pas et ne pourrait avoir pour effet d'annuler les mariages non enregistrés et simplement contractés d'après la coutume » ; revirement de la position de la justice, C.T du 13 décembre 1907 ; C.T du 27 mars 1908 : « Les autres cérémonies établies par la coutume, telle que celle de la remise du *Vodiondry*, ne sont plus considérées que comme accessoires ».

sortirons du lot les obligations qui naissaient du mariage concernant les enfants. Si le droit coutumier imposait surtout au père le rôle de chef de famille et de direction du ménage, il en découle de ces dispositions qu'il était le premier responsable de ses enfants : le rôle « secondaire » de la mère n'enlevait aucunement sa participation directe dans l'éducation et la prise en charge des enfants. Ainsi au-delà de l'obligation alimentaire, au sens large, il était des rôles des parents d'élever les enfants selon la coutume et les bonnes mœurs, de les entretenir et de les éduquer¹ intellectuellement, moralement et spirituellement.

B. Les rôles et places des membres de la famille traditionnelle

1) Le rôle de l'homme

38. Le roi Andrianampoinimerina² désigna expressément le père comme chef de famille, il le représenta au sein du foyer, mais cette autorité est partagée avec la femme, maîtres absolus dans la limite du seuil de leur porte³ pour maintenir la discipline, pour nourrir la famille, trouver les ressources nécessaires pour répondre aux besoins de sa famille, les protéger et soigner, faire observer les directives des anciens, veiller aux observations des devoirs envers les aînés, continuer à préserver les héritages laissés par les ancêtres. Il en découle de ce rôle de chef de famille qu'en cas de discordes familiales sur un sujet : par exemple si un enfant demande l'accord des parents pour se marier, si les autres membres de la famille (mère de l'enfant, grands-parents ou autres ascendants) ne s'accordent pas, il revient au père de l'enfant de décider « en dernier ressort » et son verdict a posteriori n'est plus discutable. Mais ce rôle de chef de famille, que l'on connaît privilégier l'homme dans le couple primitif, n'eut pas du tout le même sens en droit coutumier malgache, en effet l'homme et la femme juridiquement étaient sur le même pied d'égalité, la femme disposait de sa capacité juridique, de sa liberté d'action, de son droit de veto dans le couple. Lors d'un kabary, Andrianampoinimerina eut consacré le régime matrimonial malgache : « L'homme et la femme sont également mes sujets. Je constitue leurs biens en "*Kitay telo an-dalana*"⁴, dont deux lots seront ramassés par l'homme et un ($1/3$ *fahatelon-dalana*) par la femme »⁵ : règle du tiers¹. L'inégalité de

¹ L'art. 270 du code de 1881 rendait obligatoire et publique l'école, et des sanctions ou des amendes sévères exposent les parents récalcitrants à l'envoi des enfants à l'école...

² Pour aller plus loin sur le règne d'Andrianampoinimerina : R.P CALLET François, *Histoire des Rois : Tantaran'ny Andriana*, Tome III, Librairie de Madagascar, 1974.

³ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.pp. 299-300.

⁴ Bois de réchaud servant à cuire les nourritures ou à se réchauffer.

⁵ BERTHIER Hugues, *Droit civil malgache*, [s. n.], 1930.p. 47.

l'homme et de la femme résidait dans le partage des biens en cas de dissolution du mariage où le premier disposait du 2/3 des biens, mais chose étonnante durant deux siècles, aucune voix ne s'élevait pour demander le partage équitable des biens et aucune réclamation n'eut été constatée. Faudrait-il considérer le contexte pour la comprendre ; le travail vivrier à l'époque primitive reposait sur la force des bras de l'homme qui laboura la terre à la longueur de la journée. Cette condition de travail très difficile eut été récompensée en cas de rupture du mariage et strictement pour cette cause : la femme eut été épargnée de ce travail pénible, mais le souverain lui réservait quoi qu'il arrive au ménage une part d'un tiers ; et la veuve ou la femme divorcée non remariée profite de la résidence du couple avec les enfants.

2) Le rôle de la femme

39. À une époque de l'histoire de Madagascar (depuis le règne de la reine Ranavalona I, 1828), on se demande si l'organisation familiale malgache ne tournait pas en faveur des femmes, devenant ainsi un système matriarcal. Car si l'homme resta chef de famille, c'était à la femme de veiller à la destination des fruits du travail du père de famille, tandis que le père par sa force veillait à la protection des biens acquis. Elle était associée à toutes les décisions du couple, dans l'éducation des enfants, dans l'acquisition des biens, dans la gestion des affaires familiales. D'ailleurs, si l'homme était censé retrouver les ressources nécessaires aux besoins de sa famille, ce fut la femme qui assurait la gestion et le rôle de trésorière, elle n'avait pas besoin de l'autorisation de son mari pour engager les dépenses du ménage. Bref, si un des rôles du père de famille était de protéger la sienne, la femme en exerçait à son niveau pour éviter tout gaspillage, toutes dérives des membres de sa famille y compris son mari, elle pouvait alerter les autorités publiques. Et même, si elle se retrouve seule dans la maison familiale, les enfants héritiers du père n'étaient pas en mesure de la déloger, une question de moralité : le respect. Certes, elle ne peut disposer seule les biens communs du couple, comme de nos jours, mais elle détenait toujours cette capacité juridique d'agir en justice et de conclure un acte juridique en son nom, bien avant la femme française : ce privilège de la femme malgache n'épargne pas de revendications de nos jours², statutaire ou successorale.

¹ Règles du tiers que l'on voit s'appliquer dans la common law, Wachtel c. Wachtel [1973] 1 ALL E. R. 829 (C.A) ; Lord Justice Philimore, dans Ackerman c. Ackerman [1972] 2 ALL E. R. 420 (C.A), SOUS LA DIRECTION DE JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Centre National de la Recherche scientifique, 1991.p. 80.

² RABENORO Mireille, « Notions de justice et d'injustice : des étudiants malgaches face à la représentation proportionnelle des femmes dans les instances de décision », *BAM*, 2, 2015.

3) La place de l'enfant dans la famille traditionnelle

40. « *Toy ny inona ny fanirian'ny Ntaolo ho an'ny zanany* »¹ (comment les anciens souhaitaient-ils [du bien] à leurs enfants), les enfants étaient censés continuer les œuvres de leurs parents, de ne pas laisser sombrer le nom de famille, nombreux sont les proverbes malgaches qui relatent les relations qui doivent avoir entre parents et enfants. Pour ne citer qu'un passage d'entre eux, les enfants étaient considérés comme des : « ... genoux reliant les muscles, protecteurs des cultures dans les champs, des cornes protégeant le cou... murailles des collines, but désiré et arbre protecteur »². L'enfant, fille ou garçon, est destiné à poursuivre le travail de ses parents et à éterniser leurs noms, dès leur naissance, d'après la tradition. La solidarité familiale prévoyait que les grands-parents ou leurs oncles et tantes prennent l'enfant dans le coin nord-ouest³ de la maison en les lustrant d'huile parfumée (dans le but d'éloigner les insectes, la maladie, etc. ...), et priant « *Zanahary* » ou « *Andriamanitra* » pour que l'enfant soit toujours en bonne santé et brillerait par la suite au sein de la famille et de la société⁴. Aux valeurs morales et croyances sur la pratique de certains rites pour aspirer aux biens des enfants, se trouvèrent leur intérêt dans l'exercice de la puissance paternelle : puisque si les enfants n'avaient pas reçu des soins et de bons entretiens pendant leur enfance, comment peut-on espérer d'eux un comportement exemplaire dans la société ; et par conséquent, on ne pourrait pas s'attendre à de meilleurs retours de leur part quand ils atteignent la majorité. Ainsi, dans le temps ancien, plus le nombre d'enfants augmente dans la famille plus la confiance des parents pour assurer leur avenir ou leur repos s'agrandit : la progéniture fut une richesse indéniable chez les Malgaches. En tant qu'individu membre de la famille et d'une manière globale à travers les opinions publiques, nous pouvons affirmer que l'enfant, quel que fût son statut juridique (légitime, naturel, adultérin et même incestueux) dans la famille traditionnelle avait toujours sa place. Les Malgaches disposent des règles coutumières supérieures ou suprêmes concernant les relations entre parents et enfants, ils utilisent des mots doux pour désigner leur enfant, mais à travers ces appellations se dessinent

¹ RABENJAMINA Androvakely, « Ny zanaka teo amin'ny Ntaolo malagasy », *Isan'Andro*, octobre 1954.

N° 3599, p. 2.

² *Ibid.* N° 3599, p. 2. : « ... *Lohalika itohizan'ny hozatra. Kiady aron'ny voly. Tandrocka aron'ny vozona... manda aron'ny vohitra. Tanjona iantsonana. Foto-kazo ialofana* »

³ Seules les personnes méritant du « respect » et de l'« honneur » peuvent s'y trouver. « *Avara-patana* » peut être traduit comme une « place privilégiée ».

⁴ « *Ho ambora ifatorana. Ala ikirizana. Vonivato ifaharana. Kitro ifaharana... Vovonana iadian'ny lohany. Fefy tsy azo ihoarana. Vadivona ianteherana...* »

les droits et devoirs de chacun au fil du temps¹. En effet, au-delà de quelques règles exceptionnelles, tous les enfants avaient les mêmes droits et les mêmes devoirs, les enfants naturels (simple, adultérin, ou incestueux) peuvent entrer dans la famille de leur auteur par l'adoption coutumière. Ils devaient perpétuer la coutume, la tradition, le nom et la prospérité de la famille : l'enfant grandissant reflétait la sagesse et l'éducation de leur parent, transmettra à ses descendants les règles de vie et de bonnes conduites reçues des ancêtres et des aînés ; un « héritage le plus vivant, la civilisation, accumulée par les générations passées, transmise au fil des siècles par l'éducation. Elle est la continuité spirituelle d'une société, le plus précieux de tous les patrimoines »².

II. Éléments comparatifs de la place de l'homme et de la femme dans le foyer

41. Les termes dégradants et abaissants de la femme par les réactions antiféministes de l'« *Infirmis sexus*, de *l'imbecillitas sexus* »³ furent abordés par les jurisconsultes de l'Empire. Or au moyen âge, la femme disposait sensiblement les mêmes droits que l'homme dans la disposition des biens communs pour régler le passif du couple et les dépenses du ménage : la coutume et le droit malgache n'ont jamais fait illusion à de telles considérations.

A. En France

42. En droit français, la loi du 10 février 1938 a supprimé la puissance maritale dans la conduite des affaires familiales même si le mari reste « le chef de la famille »⁴ dont le rôle a été explicité par la loi du 22 septembre 1942 comme étant une fonction « exercée dans l'intérêt du ménage et des enfants », mais non ni une qualité supérieure à celle de la femme ni liée aux intérêts du père ou du mari. Nous regrettons l'opinion de certains auteurs de dire qu'en droit français comme en droit malgache, à un moment donné, la femme devait obéissance à son mari et en retour ce dernier lui doit, aide, secours et protection⁵. Il existait des dissemblances de conditions notoires entre les femmes françaises et les femmes

¹ RAVELOJAONA, « Ny adidy ifanaovan'ny ray aman-dreny sy ny zanaka », *FIAINANA*, 1930.07, pp. 191-195 : « ... : *isika Malagasy dia manana ny nentim-paharazana ambony dia ambony...* » ; « Sombin'ny aina », « Menaky ny aina », « Solofo sy dimby », « Ny hamelo-maso »...

² MALAURIE Philippe et BRENNER Claude, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ-Lextenso, 2018.p. 17.

³ GIDE Paul, *Etude sur la condition privée de la femme*, in SAVATIER René, *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 1963.p. 81.

⁴ Titre I, chap. V.

⁵ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 178.

malgaches et entre ces dernières et les femmes africaines. La femme malgache avait une situation enviée de la femme française dans une comparaison historique avant la loi française de 1938 : « la femme (malgache) mariée a une capacité complète : la nécessité de l'autorisation maritale n'existe pas en droit malgache »¹, « ... ni l'interdit légal... »², « la femme depuis longtemps est considérée comme la compagne et l'égale de l'homme. Elle peut posséder des biens particuliers : la fille hérite au même titre que le fils, pour le mariage, le consentement de la mère est exigé »³ ; par conséquent, elle peut rejeter un enfant conjointement ou indépendamment de son mari. En effet, la femme française était incapable⁴ juridiquement d'agir au nom de la famille⁵ (anc. art. 213 du CCF), elle ne devient chef de famille que si le père disparaît ou est empêché (jusqu'à l'avènement entre autres de l'Ordonnance du 23 décembre 1958 reconnaissant le concours de la femme dans la direction de la famille). Désormais, l'égalité entre homme et femme dans la famille, depuis les réformes de l'ordonnance de 1972, de la suppression des termes à connotation discriminatoire par des textes communautaires et nationaux, converge vers un partage équitable des droits et des devoirs de chacun dans le couple marié ou pas, hétéro ou homosexuel.

B. Exemple de la famille africaine

43. « En Afrique en général, et au Cameroun en particulier⁶, on ne peut nier que l'administration de toute terre quelle qu'elle soit, ressortit du chef de famille, pour le compte de la communauté. Le chef de famille doit donner son approbation, avant que n'importe quel

¹ C.T du 13 juillet 1899.

² GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 92.

³ CAHUZAC Albert.p. 47.

⁴ Si telle fut le statut de la femme dans les anciennes dispositions du Code civil français, l'histoire nous montra une distinction de la coutume de Toulouse (dans le Midi de la France aux XIIe et XIIIe siècles), art. 69 de 1286 : « statue même en sens opposé : la femme majeure *sui juris*, peut recevoir un prêt, s'obliger, cautionner ou intercéder pour autrui, et cette intercession est valable. « En fait, les femmes collaborent avec leurs maris, passent des contrats avec eux, achètent des biens en commun », in LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Éditions Dalloz, 2010.p. 132, n° 109.

⁵ Ancien Art. 213 CCF : « ... devait porter le nom de son mari. », Anc. art. 214 : elle était incapable et devait obéir à son mari, en vertu de la puissance maritale, ne pouvait ester en justice (art. 215. Anc. CCF) ni disposer de ses biens (art. 217. Anc. CCF) sans l'autorisation du mari jusqu'à la loi du 18 février 1938 J.O du 16 juillet 1938, p. 2058, portant modification des textes du CCF relatifs à la capacité de la femme mariée (suppression de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme mariée)

⁶ SOUS LA DIRECTION DE JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Centre National de la Recherche scientifique, 1991.p. 78.

membre de la famille puisse vendre n'importe quelle part de propriété en sa possession », « pour l'africain, la terre, objet sacré par excellence n'est pas, à vrai dire, susceptible d'appropriation »¹, la femme est soumise à l'autorité maritale, sinon à l'interdiction de propriété foncière. Cette généralité fait ressortir les dissemblances du droit coutumier malgache à celui de ses voisins africains même si de telle approbation était nécessaire notamment contre toute cession de terres à un étranger, le (ou la) malgache ne disposa pas moins de liberté de disposer de son propre gré sous condition d'ordre public.

44. Malgré ces différences dans l'histoire du droit de la femme mariée, la femme détenait et détient toujours un rôle très important dans la direction du ménage et de l'éducation de l'enfant. Nul ne peut ignorer cette vérité camouflée dans le temps par des considérations dégradantes de la situation de la femme mariée. La lutte du droit pour la femme ne se coïncidait pas dans les ordres juridiques malgaches et français ni ne portait pas sur les mêmes revendications, mais le résultat arrive plus au moins au même stade : quelques différences de traitement (p. ex. l'inégalité salariale) restent toujours considérables ; la lutte continue.

SECTION B. Le groupe familial et l'individu

45. Le groupe familial est déterminé comme l'ensemble des descendants d'un ancêtre commun, et qui plus est encore se joint par alliance à un autre groupe familial conséquemment au lien du mariage, alors que l'individu se trouve naturellement membre de ce groupe familial.

I. L'individu

46. Pour la sociologie, la famille est un groupe élémentaire formé d'individus que relie entre eux des faits d'ordre biologique : union des sexes, procréation, descendance d'un procréateur commun² ; les Malgaches pensent que la procréation et la vie dans une société sont définies dans trois ordres respectivement : « l'individu, la famille, et l'état »³. « L'anthropologie sociale nous apprend... que dans toutes les sociétés humaines organisées, deux concepts jouent la fonction de chaînon entre la structure sociale et l'individu : ceux du statut et de rôle⁴... à chaque statut sont liés certains modes de conduite qui prescrivent aux

¹ Op. cit., FRANCESKAKIS Ph., p. 297, in AGOSTINI Éric, *Droit comparé*, Presses universitaires de France, 1988, p. 260.

² CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 13

³ RAVELOJAONA, « Ny adidy ifanaovan'ny ray aman-dreny sy ny zanaka », *FIAINANA*, 1930.07, p. 190.

⁴ ROCHEBLAVE-SPENLE Anne-Marie, « Rôles et statuts », *Encyclopédie universelle, Corpus* 20. Encyclopédie universelle, Corpus. 20.

individus placés dans ces positions comment ils doivent se comporter, notamment envers ceux qui occupent des positions complémentaires, et quelles fonctions ils doivent remplir »¹. Et la recherche est faite « dans l'étude des coutumes et des croyances de ces sociétés, les éléments aptes à faire la lumière sur l'origine et l'évolution de nos institutions »² : le rôle et le statut de l'aîné de la famille, de la société malgache.

47. Ainsi, chaque individu selon son statut comme sujet de droit se voit attribuer un rôle, une fonction dans la structure sociale : si « faire la somme des expériences humaines pour pouvoir dire ce qu'est l'homme »³ signifie être anthropologue, l'anthropologie juridique ne peut s'abstenir d'évoquer le respect dans les relations humaines et dans l'élaboration du droit. Cet empiètement de données entre la sociologie et le droit est le caractère particulier du droit de la famille, ou droit « des familles » selon Batteur Annick imposant le pluriel pour la compréhension du droit. L'enfant en tant qu'individu doit observer certains comportements dans sa famille, mais aussi envers la société où il vit. Dans la société traditionnelle malgache, les regards que portent les membres de la société sur la famille importent beaucoup dans les jugements de valeur, de l'éducation, de la personnalité, de la morale : ce qui influe considérablement les rapports de droit entre les membres d'une même famille. Le droit subjectif en tant que prérogative reconnue à un individu porte nécessairement sur un droit objectif, « le mécanisme de la distribution des droits subjectifs est un processus social continu »⁴, les individus pris dans leur ensemble prennent une part importante dans la formation de la volonté sociale, mais ils sont en retour contraints de répondre aux exigences et contraintes imposées par la société où ils évoluent.

48. Le rapport des enquêtes sur les coutumes précise et préconise aux membres de la Commission de rédaction du Code civil que pour connaître l'esprit du droit malgache, il faut éviter de réduire ses règles aux catégories juridiques traditionnellement enseignées. Il faut replacer ce droit dans l'ensemble de la pensée malgache à travers « ces coutumes [qui] font partie également du système juridique malgache et procèdent des mêmes principes généraux

¹ MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, *Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard CORNU. Textes réunis et publiés par BEAUCHARD Jean et COUV RAT Pierre*, PUF, 1994.p. 318.

² LEWIS Henri Morgan, *Présentation et Introduction à la Société archaïque*, Éditions Anthropos, 1877.p. 17.

³ ALLIOT Michel et KUYU Camille, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Karthala, 2003. *Peut-on devenir anthropologue ?* p. 7, Conférence à l'Association « Le corps à vivre », Paris, 23 février 2001.

⁴ PASCANU Philippe, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Thèse, Faculté de , Paris, 1937.p. 10.

que nous retrouvons dans le droit écrit ... : l'autorité toute puissante des *Ray aman-dreny*, la grande cohésion de la grande famille, la liberté juridique de la femme... »¹. L'individualisation de la personne par le nom à Madagascar porte « une signification qui peut évoquer l'histoire de la famille, des aïeux ou le souhait formulé par les parents pour l'enfant »² : le droit coutumier en vigueur à Madagascar jusqu'à la rédaction du Code civil, laissant encore dans certains endroits reculés son existence « n'a vu que l'intérêt de la famille, que l'intérêt individuel est toujours sacrifié à l'intérêt collectif ; que toute la vie est orientée vers la famille, jamais vers l'individu »³ ; et le rejet d'enfant faisait partie de la protection de ces intérêts collectifs de la famille au détriment de ceux d'un individu.

II. La place du groupe familial dans la société malgache

49. L'appellation correspond à la famille élargie constituée par l'ensemble des parents et alliés, proches ou lointains de l'enfant (art. 4 de la loi n° 2017-014 relative à l'adoption) : néanmoins, son rôle est plus ou moins relatif compte tenu de l'évolution du concept, mais aussi de la réalité sociale qui engendre un écart considérable entre la famille moderne et urbaine et celle traditionnelle et rurale. C'est à travers ces groupes sociaux que s'organisa la solidarité communautaire, une solidarité primaire capable de résoudre en elle-même tous les problèmes internes à leurs groupes, une autonomie des personnes ayant les mêmes intérêts et les mêmes finalités, l'entraide et la paix sociale. « Sur les origines et les caractères primitifs du groupement familial. Il suffit de constater que la famille est considérée dans notre état actuel de civilisation comme une institution nécessaire... Le groupement familial est dans la société politique un noyau irréductible »⁴, l'acception reflète exactement la politique des autorités et les règles qui régissent le droit de la famille à Madagascar. Si les parents s'unissent durablement dans le mariage, c'est pour donner à ses progénitures un foyer d'épanouissement moral et éducatif stable. C'était le mode de vie dans la société traditionnelle malgache où la solidarité, la cohésion, l'entraide, le respect du statut de chacun

¹ RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », ministère de la Justice, 1962. N° 4-5.

² ESOAVELOMANDROSO Faratiana, Les personnes, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 53.

³ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 43.

⁴ PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation), Tome II, 2e édition*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.p. 2.

dans un groupe s'imposent à la base. L'assistance devait d'abord et tout naturellement s'imposer à l'intérieur d'un groupe, d'une collectivité. Et quand il s'agit de rendre service « à une personne connue, il nous semble tout naturel ; qu'il oblige un de nos familiers, il paraît devoir s'imposer à nous »¹. Le groupe familial était consulté dans toutes les affaires de famille, surtout dans les conflits où le père de famille n'arrivait plus à les résoudre par son autorité. Ainsi, la famille nucléaire porta ses différends non résolus devant le groupe familial qui essaya de trouver une solution aux problèmes familiaux les plus complexes, il appela à agrandir l'étendue du groupe familial jusqu'à faire intervenir les membres du fokonolona. L'art. 251 du code de 1881 tout en essayant de supprimer ce pouvoir de justice (trouver à l'amiable une issue aux litiges), l'eut finalement soumis sous condition que tous les membres du groupe familial et tout particulièrement les parties au litige y consentent. Tous les problèmes familiaux eurent été quasiment résolus au niveau de ce conseil de famille « élargi », il eut été averti d'ailleurs que le procès porté devant la cour royale reviendrait cher aux parties devant leurs entêtements. En cas de discordes permanentes à l'intérieur du groupe familial ou envers un autre groupe familial, ou à cause de la démultiplication des membres d'un groupe familial, ce dernier pouvait demander ou décider de leur propre gré d'immigrer dans une autre région proche ou lointaine. Mais cette éventualité d'éloignement de sa famille d'origine ou de sa terre natale rattacha toujours le groupe familial à sa famille d'origine, à leurs ancêtres : les Malgaches malgré leurs différences croyaient avoir au moins un ancêtre commun et donc d'appartenir à la même famille. Cet éloignement ne signifiait aucunement abandon du groupe familial primitif qui prenait à l'époque sur la région de l'Imerina le nom de caste² « défini comme la réunion d'un certain nombre de familles descendant d'un auteur commun »³ : un petit État dans un État ou le chef de caste eut un pouvoir judiciaire, à imposer

¹ ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929.p. 13.

² Pour aller plus loin, DESCHAMPS Hubert, *Histoire de Madagascar*, Berger-Levrault, 1972. ; R.P CALLET François, *Tantaran'ny Andriana eto Madagascar. Documents historiques d'après les manuscrits malgaches, I*, Ouvrage réédité par la colonie, avec le concours de l'Académie malgache Imprimerie officielle, 1908. ; R.P CALLET François, *Histoire des Rois : Tantaran'ny Andriana, Tome I*, Librairie de Madagascar, 1974. ; R.P CALLET François, *Histoire des Rois : Tantaran'ny Andriana, Tome III*, Librairie de Madagascar, 1974. ; CAHUZAC Albert. ; JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909. ; JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome II, E. Guilmoto, 1909. ; par arrêté du Résident général Laroche en date du 26 septembre 1896, considérant sa coloration de discrimination et d'inégalité d'une part et surtout de sa forme esclavagiste déjà abolie antérieurement, mais dont les traces restaient toujours visibles et ressenties voire résistaient à sa décapitation.

³ CAHUZAC Albert. P. 51

les codes de conduite interne, à résoudre les problèmes de production agricole et l'élevage, à assurer la paix de la famille, contribuer à la paix sociale (réprimant les affaires dites « *Heriny* »¹, caractérisées par la dépossession par la violence ou par la séquestration des biens appartenant à autrui) et à la défense territoriale ; certaines castes eurent sur ses membres un droit à l'héritage en cas de déshérence.

50. Les attributions du groupe familial s'amenuisaient progressivement, laissant la place à la centralisation des services administratifs et judiciaires en l'occurrence l'obligation d'enregistrement des actes, des accords de volonté et des événements familiaux. Cependant, dans les régions reculées, loin des services de l'État, le groupe familial détient toujours des prérogatives du conseil de famille, « institution bien ancrée dans les coutumes africaines... reprise par tous les nouveaux codes africains »² que le droit moderne confie le rôle de médiateur, conciliateur avant toute action en justice, à l'initiative des parties ou du juge : p. ex. dans les conflits familiaux (divorce, rejet) ou dans les conflits locaux (droits de propriété, d'usage : art. 54 de la loi n° 2021-016)³.

III. Éléments de comparaison

A. Le groupe familial de la Nouvelle Zélande

51. Traversons les continents et les océans pour aborder le rôle crucial du groupe familial qui semble de nos jours en déclin dans son rôle social et dans sa situation juridique. Or dans certains pays comme la Nouvelle-Zélande, la différence d'origine et de coutume impose à l'État de consacrer le rôle coutumier du groupe familial. En effet, l'étude d'anthropologie physique réalisée sur l'origine des Malgaches révèle des traces génétiques « polynésienne »,

¹ C.S. de Madagascar du 25 janvier 2000, n° 46/93 -CI ; voir aussi RAHARIJAONA Henri, « Contribution à l'étude de l'évolution de la notion de "Heriny" dans le droit positif malagasy », *BAM*, 1968. ; à rapprocher de la pensée de M Ihering sur la fondation du droit et de la force individuelle (heriny) du droit romain : « Partout où elle se montre sans l'autorisation de l'État, nous la punissons et la poursuivons comme une atteinte à l'ordre juridique », VON JHERING Rudolf, *L'esprit du droit romain, Dans les diverses phases de son développement, Traduction Meulenaere Octave, Tome I, 3^e édition*, Forni editore Bologna, 1888.p. 109.

² Exemple : Code de la famille du Sénégal, art. 311, in MOALTA Robenat Ténadji, *L'autorité parentale : Étude comparative des problèmes de droit interne et international privé (France et Pays d'Afrique Noire : Côte d'Ivoire, Congo, Sénégal, Tchad, Zaïre)*, dirigée par F. Boulanger, Paris VIII, 1991.p. 196.

³ Remarque : cet art. 54 est mal rédigé, cependant le lecteur saura interpréter facilement le sens de cette disposition : « Le règlement des conflits entre particuliers relatifs à la propriété foncière non titrée doivent être résolus au préalable par la procédure de conciliation ou de médiation au niveau de la Collectivité concernée, avant d'être soumis au Tribunal compétent ».

du vieil Africain»¹ : d'autant plus que l'étude M. Atkin nous montre des similitudes frappantes des règlements des conflits familiaux et de la protection de l'enfant dans le droit positif malgache².

52. Le groupe familial de la Nouvelle-Zélande détient depuis la loi de 1989 un rôle très important dans la protection de l'enfant, outre les nouvelles attributions et procédures de dénonciation des cas de maltraitance infantile revenant aux praticiens : médecins, travailleurs sociaux, enseignants, etc. Parmi les principes apportés par ladite loi, on aperçoit la responsabilisation du groupe familial dans la protection de l'enfant séparée de la justice des mineurs. « Par exemple, le premier des principes généraux qui gouvernent l'ensemble de la loi est la participation de la famille, du *Whanau*, du *hapu*, du *iwi*³. Pour ces groupes ethniques, « l'identité personnelle et le sentiment d'appartenance reposent plus sur la famille élargie que sur ce que l'on appelle la famille nucléaire, qui est le point de référence pour la plupart des Néo-Zélandais d'origine européenne »⁴. La responsabilité du groupe familial est donc de veiller à la stabilité de la famille sinon aux enfants victimes de maltraitance en relation directe avec les effets de mésentente de leurs parents. Et ces groupes ethniques assurent concurremment avec le groupe familial et la famille le principe selon lequel ils leur appartiennent « le premier rôle dans la protection et les soins à assurer à l'enfant... et non aux parents »⁵. Désormais, c'est le « conseil du groupe familial » qui décide en premier lieu de la recherche d'une solution d'un problème lié à la protection de l'enfant. Ce conseil est composé par des membres de la famille et même des amis de la famille (le plus élargi possible). Il doit

¹ GERNBOECK Lotte, Rapport de recherches à Madagascar sur les Vazimba, in POIRIER Jean, RAJAONA Siméon et BOTOKEY Laurent, *Civilisation malgache, tome I*, Faculté des lettres et sciences humaines, 1964.p. 321.

² Voir aussi : RAHARIJAONA Henri, *La protection de la personne de l'enfant dans le droit positif malgache*, Université d'Antananarivo, 1970. ; RAKOTOBÉ RALAMBONDRAINNY Nelly, Les modifications essentielles en droit malgache de la famille et propositions en vue de leur application, in *Regards sur le droit malgache*, l'Harmattan Jurid'ika, 2010.pp. 125-152.

³ Termes faisant référence à la conception maorie de la famille et du lien tribal. En gros, *Whanau* est la famille élargie, *hapu* est la « sous-tribu », *iwi* est la tribu, in, ATKIN Bill, « Nouvelle-Zélande : enfants contre familles, y-a-t-il conflit ? », 27. *J Fam. L.* 231, 1988.

⁴ ATKIN Bill, *Nouvelle-Zélande : Laisser la famille décider : La nouvelle approche des problèmes de l'enfance*, in SOUS LA DIRECTION DE JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Centre National de la Recherche scientifique, 1991.p. 179.

⁵ ATKIN Bill, *Nouvelle-Zélande : Laisser la famille décider : La nouvelle approche des problèmes de l'enfance*, in *Ibid*.p. 179.

avancer une proposition selon la procédure approuvée par les travailleurs sociaux sous le contrôle du service officiel (police ou autre administration). Et seulement si la proposition est rejetée que l'affaire serait portée devant les tribunaux¹. La consécration du rôle du conseil du groupe familial dans les règlements des conflits familiaux chez le peuple maori et les autres groupes ethniques en Nouvelle-Zélande découle des coutumes à faire participer, impliquer davantage la famille. Aussi, le tribunal peut prendre des mesures en faveur des parents² ou des autorités du groupe ethnique, et en dernier recours la Haute Cour conserve le pouvoir de faire de l'enfant un pupille de la Cour³.

53. Peut-on parler dans cet exemple néozélandais de « la personnalité des lois » qui variait selon les personnes en considération de leur origine ethnique : l'application des lois civiles générales outre-Manche ou continentales européennes sur certaines populations autochtones ne coïncident pas avec les lois coutumières locales et pouvait de ce fait créer d'indignation. Principale raison du maintien des coutumes et lois locales à Madagascar à côté du droit français, tout comme ce qui se passe encore de nos jours dans certains territoires français p. ex. en Nouvelle-Calédonie⁴, à Wallis et Futuna, en Polynésie⁵ ou à Mayotte, sous réserve de respecter l'ordre public français.

54. Résultat. Le groupe familial endosse toujours dans certains pays son rôle de remparts des dérives familiaux en protégeant les membres de la famille, spécialement les victimes de malveillance et de violence (paradoxalement, l'agrandissement exagéré du cercle du groupe familial pourrait générer autant de conflits que la résolution du litige familial). Qu'il s'agisse de problèmes entre les couples ou les enfants, le groupe familial trouvait les mots, les solutions pour raccorder et réunir la famille. Et l'ensemble des règles « se préoccupe avant

¹ ATKIN Bill, *Nouvelle-Zélande : Laisser la famille décider : La nouvelle approche des problèmes de l'enfance*, in *Ibid.* pp.180-181.

² Children, Young Persons, and Their Families Act, § 121. Ou décision contraire, Affaire Cunningham contre D-G SW (1986) 4 NZFLR 129.

³ Children, Young Persons, and Their Families Act, 1989, § 120 (2).

⁴ Qui continue à appliquer les coutumes, où auprès du tribunal judiciaire et de la Cour d'appel de Nouméa siègent « des assesseurs coutumiers » kanaks, et que les « lois de pays » peuvent préciser ses dispositions de règles coutumières (Loi organique du 19 mars 1999) sans minimiser le pluralisme existant qui prenne en compte huit aires coutumières différentes, LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 206.

⁵ Pour aller plus loin : RAU Éric, *La vie juridique des indigènes des îles Wallis*, Domat-Montchrestien, 1935.; DE DECKKER Paul, *Coutume autochtone et évolution du droit dans le pacifique du sud*, L'Harmattan, 2000. ; ORFILA Gérard, *La Nouvelle-Calédonie et le droit*, L'Harmattan, 1998.

tout de maintenir ou de restaurer l'harmonie sociale et cosmique et qui fait dans ce but, primer le collectif sur l'individuel »¹. Le rôle du groupe familial consacré par les textes légaux du système néozélandais favorisa le règlement des conflits par la proximité familiale ou clanique au détriment des lois héritées des systèmes outre-Manche ou continentaux, tout comme l'esprit du « Fihavanana » malgache (que nous verrons plus loin) à favoriser le dialogue.

B. Le groupe familial en France

55. Le groupe familial est entendu selon la situation à laquelle il se trouve, en groupe conjugal, groupe parental et à la grande famille² : il fait l'objet d'un statut de la famille, qui est l'ensemble des règles, regroupant « les effets de droit attachés aux liens de famille », qui gouvernent chaque groupe³. Les grandes familles ont laissé la place à l'individu en France depuis le Code Napoléon, l'État confirmait sa suprématie dans leurs rôles (dans la féodalité, et au moment de la fronde) en prohibant les substitutions, le droit d'aînesse et la masculinité, en prônant l'égalité fondamentale des enfants d'une même famille. La tendance semble s'inverser en France, « la résurgence d'une certaine conception du « communautaire », de la solidarité primaire, autrefois indispensable, entrainerait une autonomie beaucoup plus conséquente aux individus et groupes sociaux dans les règlements des conflits⁴. Au cours de notre rédaction, la réforme de l'administration de la justice française semble bien privilégier et imposer le recours préalable au règlement à l'amiable des conflits. La médiation pratiquée actuellement en France par le secteur associatif⁵ vise l'aide à la décision des parties et du juge : s'efforce à donner un cadre de vie prospère à la discussion et à l'accueil des familles en conflit, tout particulièrement, en ce qui concerne les droits de visite et d'hébergement. La thérapie en matière de divorce utilise le conflit et l'explore contrairement à la médiation familiale qui l'évite dans un cadre où le couple peut déposer leur conflit et se retrouver côte à côte malgré les sentiments de rejet et d'agressivité⁶. Désormais, la jurisprudence reconnaît

¹ POUGOUÉ Paul-Gérard, *La famille et la terre : essai de contribution à la systématisation du droit privé au Cameroun* [microfiche], Bordeaux, 1977., n° 268, p. 231, in AGOSTINI Éric, *Droit comparé*, Presses universitaires de France, 1988.p. 258.

² CORNU Gérard, *Droit civil, La famille*, Monchrestien, 2006.p. 37.

³ *Ibid.* p.37.

⁴ Bonafé-Schmitt Jean-Pierre, *Annales de Vaucresson*, n° 29, 1988/2, p.31, in TOPOR Lucienne, *La médiation familiale*, Presses Universitaires de France, 1992.p.13.

⁵ *Ibid.*p.66 et s.

⁶ BASTARD Benoit et CARDIA-VONECHE Laura, *Le divorce autrement : la médiation familiale*, Syros-Alternatives, 1990.p. 99.

l'effet obligatoire des clauses de médiation en France et toute tentative de règlement à l'amiable que la loi impose (p. ex. en matière d'indivision successorale), par la tentative de conciliation qui interdit aux parties de saisir le juge sans respecter cette étape préalable¹, sauf en droit du travail². Pour terminer cet aperçu de la médiation familiale en France, la reprise du concept de règlement à l'amiable des conflits de la médiation confiée par les parties à des tiers et la médiation-conciliation diligentée par le juge favorisent une autre approche des conflits, et permettent à ceux qui veulent, de s'en sortir par une procédure extrajudiciaire que de passer par une justice lente et onéreuse.

56. Par ailleurs, nous remarquons que l'individualisme n'a jamais fait perdre la valeur de la famille dans la société française, en dépit des contraintes (professionnelles, personnelles ou résidentielles) liées à chaque membre de la famille, les retrouvailles se font de plus en plus, même expressément organisées par les plus jeunes de la famille pour faire connaissance avec les siens ; une tendance qui nous rappelle les traditions festives.

C. Rôle de médiation du groupe familial

57. La définition de la médiation, ou de la médiation familiale ne change aucunement dans l'espace où elle évolue, la médiation familiale en matière de divorce semble trouver leurs premiers terrains d'expériences en Amérique du Nord avant de se multiplier en France : « La médiation est un processus de coopération en vue de la résolution d'un conflit, dans lequel un tiers impartial est sollicité par les protagonistes pour les aider à trouver un règlement amiable satisfaisant »³ ; le but de la médiation est unique, elle peut être imposée par les textes. La médiation est de nature extrajudiciaire, c'est-à-dire conventionnelle quand les parties remettent la recherche de résolution de leur conflit entre les mains d'un tiers, le médiateur pourrait être une tierce personne, un conseil de famille ou tout autre groupe social. Mais les parties peuvent également répondre défavorablement à cette étape ultime avant le renvoi devant le tribunal la connaissance du conflit, une autre médiation peut être cependant

¹ KENFACK H., « La reconnaissance des véritables clauses de médiation et de conciliation obligatoire hors de toute instance », *D.* 2015, 384, 2015.

² Cass. Soc., avis, 14 juin 2022, n° 22-70004 : « en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de médiation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend », in MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick, *Introduction au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2022.p. 170.

³ KELLY Joan B., *The Mediation Process and Role : Comparisons to Therapy*, Group Analysis, vol. 21, 1988, pp. 21-35., in BASTARD Benoit et CARDIA-VONECHE Laura.

ordonnée par le juge, cette fois elle est de nature judiciaire, c'est-à-dire à l'initiative du juge¹. « La médiation familiale se développe en France depuis le milieu des années quatre-vingt » (surtout une systématisation touchant au besoin des protagonistes, des professionnels de la famille)², même si la médiation est universelle et quasiment intemporelle³, le besoin d'éviter la justice se sent de plus en plus en raison de sa lenteur, de son coût et des différentes difficultés de formes et de fonds qu'elle représente, incitant ainsi les parties « ... vers une justice négociée... tend vers la "privatisation" du règlement des conflits... »⁴. En matière de divorce, elle « consiste dans une série de rencontres entre les divorçants et le médiateur. Le but des séances est d'identifier les problèmes à résoudre, de définir les règles selon lesquelles on va négocier... jusqu'à produire un arrangement final satisfaisant pour les deux parties. »⁵

58. Ce qui ressemble à la médiation du groupe familial et du fokonolona en droit malgache, en rapport avec notre objet d'étude qui concerne les conflits familiaux. La finalité est la même : trouver un terrain d'entente entre les parties, même si la procédure et les moyens diffèrent. Le groupe familial ou ethnique à Madagascar ne rédige aucun rapport sur le conflit, mais écoute et amorce le dialogue entre les parties en conflit. Cependant, dans les cas où il existe un pacte liant les habitants ou les natifs d'un territoire, reconnu et homologué par le tribunal compétent, il peut prendre des décisions voire même des sanctions à l'encontre de l'une ou de l'autre partie. Leur décision lie les parties et le groupe, tient lieu d'accord juridiquement valable : quand elle est homologuée par le juge, elle devient la solution définitive au conflit. Cette démarche de médiation par le groupe familial, le groupe ethnique ou le fokonolona n'était pas moins importante dans la résolution des conflits familiaux ou locaux, elle fut d'ailleurs obligatoire pour la deuxième étape de la procédure du rejet, au cas où le rejeté ou son représentant fasse une opposition à l'enregistrement du rejet devant les autorités administratives compétentes. À l'opposé des démarches de médiation sollicitée par

¹ MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick.p. 170.

² TOPOR Lucienne, *La médiation familiale*, Presses Universitaires de France, 1992.p.3, « la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 qui a instauré le Médiateur de la République appelé à intervenir dans l'ensemble des conflits de droit public et le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 qui est à l'origine des conciliateurs chargés de régler à l'amiable les litiges de droit privé... [elle] a toujours été pratiquée empiriquement par les particuliers comme par les professionnels ou les associations amenés à gérer les conflits familiaux... » p.4

³ MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick.p. 170.

⁴ TOPOR Lucienne.p. 11.

⁵ BASTARD Benoit et CARDIA-VONECHE Laura, *Le divorce autrement : la médiation familiale*, Syros-Alternatives, 1990.p. 17.

les parties en conflit, ce sont les anciens textes régissant le rejet, l'adoption ou les contrats privés qui rendaient obligatoires les démarches à l'amiable avant la saisine des autorités judiciaires. Ce qui laisse penser que la médiation familiale exercée par le groupe familial, le fokonolona n'était pas seulement une procédure extrajudiciaire, mais une condition impérative de recevabilité de la procédure à l'instar des règles du droit civil moderne.

SECTION C. Les notions de « Fihavanana » et de « Fokonolona »

59. Les traits distinctifs de la société malgache aux autres sociétés peuvent se caractériser par quelques institutions spécifiques : le respect dû aux aînés, la croyance en l'existence et à l'intervention divine et des ancêtres, l'attachement à la solidarité « Fihavanana »¹ et du vivre ensemble du « Fokonolona ». Héritée des anciens dont personne ne sait exactement quand elle a commencé², l'institution prime la volonté des parties dans leurs relations à toutes autres considérations. Ces deux institutions sont consacrées par le droit positif malgache, le « Fihavanana » est reconnu comme un des principes fondamentaux par la Constitution : elles nous concernent particulièrement, car si la première suppose le cadre idéal d'intervention du respect, la seconde joue un rôle majeur dans la vie quotidienne des individus à Madagascar.

I. Le « Fihavanana »

A. Aspect sociologique

60. Le mot « Fihavanana »³ en malgache porte en lui plusieurs significations, il constitue l'une des composantes de la civilisation malgache et représente toutes les valeurs de la sagesse ancestrale⁴ du peuple et de ses membres, traduit par Merinalavasofina⁵ comme « La morale » malgache. L'auteur pense en effet que les règles de bonne conduite sociales sont

¹ NJARA Ernest, *L'intégration des coutumes dans le droit moderne à Madagascar*, in *Regards sur le droit malgache*, l'Harmattan Jurid'ika, 2010.p. 76.

² JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2015.p. 137 : « ... Pour certains, il n'y aurait de coutume qu'immémoriale... »

³ Étymologie : un nom malgache composé lui-même du mot « havana » (famille), précédé du préfixe Fi- et du suffixe -ana, « Fihavanana » peut signifier à la fois en français : familiarité, amitié, paix, fraternité, alliance, parenté, bonne entente, lien, conciliation, solidarité...

⁴ « Fahendren'ny Ntaolo malagasy » : le « Fihavanana » recommande le « modus vivendi », manière de vivre en communauté dans l'heur que dans le malheur ; compromis en cas de conflit, op. cit, in NJARA Ernest, *Philosophie du droit : Les quelques concepts philosophiques à connotation juridique*, [s. n.], [s. d.].

⁵ MERINALAVASOFINA, « Ny Ntaolo sy ny lalàm-pitodran-tena (Fihavanana na ny Fisakaizana) », *Isan'Andro 1943*, 1943.06.01. p. 1.

naturelles et obligatoires (*vita-na Nahary*), « *Ny fanahy no maha-olona* » : c'est-à-dire que c'est la conscience ou l'âme qui diffère l'homme de toutes autres existences vivantes. Les anciens Malgaches recommandaient aux siens d'entretenir le « *Fihavanana* » par des visites fréquentes « *Izay mahavangivangy tian-kavana* », des prises de nouvelles, ne serait-ce en cas d'indisponibilité que la visite du Nouvel An (du rituel bain royal ou *Fandroana*)¹. En matière de droit successoral, le « *Fihavanana* » doit primer sur toutes autres considérations ; « *Ady lova, ady fanàna, fa tsarovy ny fihavanana* »². Le « *Fihavanana* » dégagait fictivement un « parfum floral »³ (*Hanitry ny Fihavanana*) ou l'on pensait que la maison accueillait un « noble », mais en fait c'était l'amour entre les proches et les personnes se trouvant dans la maison qui créait une ambiance de fraternité et de solidarité dans la tristesse et dans la joie. Les anciens Malgaches détestaient en effet la solitude et l'abandon surtout dans les événements majeurs. Il était tabou pour les ancêtres d'abandonner les siens dans les moments difficiles, et ce quels qu'en soient les différends et les litiges. Tout est pardonnable le jour ou le moment d'un grand événement familial et social (moment propice pour renouer les liens familiaux ou amicaux en demandant ou en accordant le pardon). Et c'est au nom du « *Fihavanana* » que les anciens conseillaient aux siens de ne pas faire du mal à ses semblables, il « justifie tout sauf le mal qui en est d'ailleurs l'antipode »⁴. Ils recommandaient à ses proches que vaille mieux perdre de l'argent que perdre les valeurs amicales⁵ en considérant effectivement que l'obscurité de la nuit peut être éclairée, la profondeur d'un précipice peut être évitée, mais il est inconcevable de faire du mal à sa famille, à ses proches⁶. La pratique de ces règles se fait tout naturellement sans aucune sanction juridique formulée par un pouvoir étatique quelconque, chaque individu tâche de respecter, et de ne pas froisser

¹ R.P ABINAL, « Le Fandroana en Imerina en 1867 », 1940.

² MERINALAVASOFINA.1943.07.01.p. 1.

³ « *Izoky ve no manitra voninkazo sa Izandry no manitra ravinkazo, no dia manitra Andriana ny trano ?*

« *Tsy Izoky no manitra voninkazo na Izandry no manitra voninkazo, fa ny fitia havana no be, ka toa manitra « Andriana ê ny trano ! Eny, fa ny fitia, ho'aho, no mifamaly, ka tody hasiana rarim-pihavanana* », in ANDRIAMANALINA Rombalahivola, « *Ny hanitry ny fihavanana teo amin'ny Ntaolo malagasy* », *Ny sakaizan'ny tanora*, 1970.08, p. 7.

⁴ « *Ny soa atao levenam-bola fa ny ratsy atao loza miantona* ». NJARA Ernest, « L'intégration des coutumes dans le droit moderne à Madagascar », *BAM*, 1, 2006.p. 37.

⁵ « *Aleo very tsikalakalam-bola toy izay very tsikalakalam-pihavanana* »

⁶ « *Maizina ny andro azo tsilovina, lalina ny hady, azo toharana, fa ny ratsy ataon-kavana no tsy mba zon-kevitra* »

ces règles de conduite sociale¹. Enfin, le « *Fihavanana* » est considéré comme la « soie » (« *Itafian-draha velona, ifonosan-draha maty* » : tissu de haute qualité naturelle malgache servant à habiller les vivants et à honorer les morts en les enveloppant), pour une amitié sincère, forte, durable et de confiance. Au nom du « *Fihavanana* », un tort reconnu est vite pardonné et un pardon demandé est facilement accepté : une faute vénielle fait l'objet d'une réparation proportionnée : le conflit est enterré laissant la place à la fraternité, à la familiarité. Si l'affaire peut être ainsi arrangée par le « *matesa anie aho* »², je serais heureux de cette conciliation, car alors on peut dormir sur les deux oreilles (*mandry tsy maravy*) »³. La sagesse des anciens nous donne de nos jours la nostalgie d'une époque paisible et sécurisante : autrefois indispensable à la vie sociale malgache, la considération du « *Fihavanana* » semble laisser la place à celle de l'individu : « la morale naturelle préside invariablement aux rapports des individus entre eux, et si des différends les divisent, c'est avec un grand sens d'équité que les arbitres interviennent et se prononcent »⁴.

B. Aspect juridique.

61. Les anciens textes de loi contiennent d'une manière éparse le mot « *Fihavanana* » sans avoir défini juridiquement son sens et son contenu. La parenté comprise comme une combinaison de filiations, en se recombinaut avec le mariage, produirait en ce que l'on appelle l'alliance⁵, mais cette parenté dans le droit malgache pourrait être étendue à l'ensemble d'une tribu, d'une communauté où elle remonte aussi loin que les arrières grands-parents, par le fait d'habiter dans le même village et de la solidarité mutuellement préétablie. Ainsi, des individus étrangers qui déclarent devant les membres d'une tribu de bien vouloir lui

¹ « *Ny fihavanana toy ny raty : raha henjanina tapaka ; raha ketrarina miboraka* », selon l'adage du Ntaolo, le « *Fihavanana* » est comme une corde, une tresse, si on le tire trop, il se casse, si on le laisse trop détendu, il perd son utilité.

² « ... Si vous avez à vous reprocher d'avoir porté préjudice à une autre personne, il faut commencer par lui témoigner vos regrets en lui disant : pardonnez-moi ! « *Matesa anie aho* » est une formule pour dire « que je meure si je recommence » : une demande de pardon et de l'assurance de ne plus répéter l'acte préjudiciable, plutôt que la traduction littérale de l'auteur : « que je meure plutôt que vous avoir fait de la peine » à notre connaissance.

³ Tiré du discours d'Andrianampoinimerina sur l'organisation judiciaire dans le royaume, in CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 83.

⁴ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. IX.

⁵ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 15.

appartenir pourraient devenir des siennes¹ : inversement, le fihavanana ne pourra jamais être rétabli sans pardon² et sans sacrifice de celui qui a fauté dans cette proximité de relation.

62. Les causes de rupture du « Fihavanana » ont été énumérées d'après les récits de Merinalavasofina³ comme le doute (« *Ahiah* »), les insultes et les injures (« *Teny sy vava ratsy* »), l'ignorance (« *Havonavona* »), l'égoïsme (« *Fitiavan-tena* »), mais surtout tous les comportements déviants (« *Toetra ratsy* ») : p. ex., se servir sans autorisation, voler, boire de l'alcool ou prendre de la drogue provoquant de l'ivresse publique, de laisser les vieux parents travailler sans les aider, l'hypocrisie, la fausse promesse, etc. Ainsi, le Ntaolo malagasy considérerait que si des causes suffisamment graves survenaient ou eurent été commises par les siens, le « Fihavanana » peut être rompue sans regret du moment où la personne avertie allait à l'encontre des conseils, des règles de conduite et ne songe même pas à se repentir. Peut-on alors considérer que l'origine de la médiation familiale dans le Code civil malgache venant de l'institution du « *Fihavanana* », la confirmation ou l'infirmité est difficile à établir, cependant rien ne s'oppose à cette pensée. L'influence forte du CCF sur la rédaction du CCM nous saute à l'œil où certains mots ont été remplacés par leur synonyme : que certains paramètres eurent été modifiés ou adaptés, on dit souvent que la loi civile malgache est la loi civile française « *mutatis mutandis* ». D'autant plus que « l'appartenance du droit malgache à la famille romano-germanique et plus précisément à celle des droits de tradition juridique française ne fait pas de doute »⁴. La Constitution de la République de Madagascar (IVe) reprend, dans son préambule, ses valeurs et principes fondamentaux traditionnels basés sur le « *fanahy malagasy* » (âme malgache) qui comprend entre autres « *ny fihavanana* (amitié, familiarité...). Le principe ancestral que véhicule le « Fihavanana »⁵ dans les règlements des

¹ « *Olona iray no ho vaky ihany ireo hoy izy (Ntaolo), iray fototra, iray nihaviana, na terak'olona iray* » : la sagesse malgache tient à ce que le « Fihavanana » soit protégé, entretenu ; elle conseille à tous les membres de la famille et de la communauté de « sauvegarder coûte que coûte le “Fihavanana” », in MERINALAVASOFINA, « *Ny Ntaolo sy ny lalàm-pitodran-tena (Fihavanana na ny Fisakaizana)* », *Isan'Andro 1943*, 1943.06.02. p. 2.

² ANDRIAMANALINA Rombalahivola, « *Ny hanitry ny fihavanana teo amin'ny Ntaolo malagasy* », *Ny sakaizan'ny tanora*, 1970.08, p. 9.

³ Pour aller plus loin, MERINALAVASOFINA.1943.06. n° 1194 à n° 1215

⁴ RAMAROLANTO-RATIRAY, Histoire du droit, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 14. Voir également à propos : NJARA Ernest, *Philosophie du droit : Les quelques concepts philosophiques à connotation juridique*, [s. n.], [s. d.].p. 393 et s.

⁵ Selon le communiqué du ministère des Affaires étrangères de la République de Madagascar sur la situation en Ukraine du 3 mars 2022 : « ... Madagascar prône en toutes circonstances, les voies et les moyens pacifiques à tout différend et ce en, en attachement à notre tradition de non-alignement et dans le respect de notre valeur

conflits a été privilégié par le Gouvernement malgache¹ dans sa prise de position ou pas (sa neutralité ou encore son non-alignement issu de la guerre froide) concernant la guerre opposant la Russie et l'Ukraine au moment de la rédaction de cette thèse. Nous pensons que le respect du « *Fihavanana* » malagasy ne signifie ni neutralité ni non-alignement, il n'empêche pas, en dehors des circonstances de la guerre, de condamner des actes inhumains ou des conduites notoires dans un groupe social. Le « *Fihavanana* » sait faire reconnaître effectivement le tort à une partie sans accorder la vengeance à la victime, il se transforme en procédure amiable comme disait l'ancien « *Heloka hibaboana, mody rariny* », « Un tort avoué, à moitié pardonné ». Cette forme de familiarité, d'amitié, de parenté élargie nous incite à tourner un peu nos regards dans d'autres civilisations qui connaissent une similitude au « *Fihavanana* » malgache, notre choix s'est porté sur le droit musulman.

C. La parenté indirecte du droit musulman

63. Un petit détour dans le droit musulman nous a permis de constater qu'il ne connaît pas l'adoption du droit occidental et du droit malgache alors qu'il exista tout de même dans certains pays arabes préislamiques. Le principe dépouillant de situation et d'effet juridique de l'adoption tire son fondement des versets du Coran (XXXIII, 4-5-37) : « Dieu n'a pas fait que vos enfants reconnus (adoptifs) soient comme de (vrais) enfants ». L'adoption si chère aux Malgaches et aux sociétés primitives est un phénomène qui n'eut pas moins été regretté dans les pays de droit musulman, d'où les fraudes fréquentes à la loi dans les pays d'Afrique du Nord. De ce fait, le législateur moderne tunisien rajoutait par exemple dix articles sur l'adoption par la loi du 19 juin 1959 et le résultat répond au besoin social puisqu'en cinq ans (1958-1963), 478 enfants ont été adoptés². À côté de cette quasi-inexistence de l'adoption en

ancestrale du « *Fihavanana* », afin que la zone de l'océan indien demeure une zone de paix et de stabilité... », il définit le « *Fihavanana* » comme la paix, entraide et solidarité. Cette valeur constitue un principe de base de la vie communautaire à Madagascar.

¹ La politique de « Non-alignement » coïnciderait au principe du « *Fihavanana* » et justifie l'« abstention » de Madagascar avec 34 autres pays de condamner à l'ONU l'invasion russe, Communiqué du Premier ministre privilégiant la recherche d'une solution diplomatique à la crise qu'aucun pays ne conteste (y compris les belligérants), in <https://lexpress.mg/05/03/2022/sergiusz-wolski-la-position-quun-pays-adopte-est-soigneusement-notee/> : en effet « le concept » du « *Fihavanana* » malagasy a été compris par l'Ambassadeur de l'UE « *comme une existence paisible et aimable entre les gens* », ce qui est vrai, mais incomplet à notre avis puisqu'il demande tout un ensemble de paramètres de la vie en famille, en communauté... ; voir aussi, [Guerre en Ukraine : les autorités sous pression diplomatique - Madagascar-Tribune.com](https://www.madagascartribune.com/actualites/ukraine-les-autorites-sous-pression-diplomatique)

² LINANT DE BELLEFONDS Y., *Traité de droit musulman comparé : Filiation, Incapacités, Libéralités entre vifs*, Mouton & Co, The Hage, and Maison des sciences de l'homme, 1973.p. 61 et s.

droit musulman se trouve la reconnaissance de parenté indirecte qui permet à un individu de reconnaître un autre comme son frère : une métaphore du *Fihavanana* ?

1) Conditions

64. Le bénéficiaire de la reconnaissance de parenté ne doit pas avoir de filiation connue et « repose sur un tiers » parent de l'auteur de la reconnaissance selon les *fukahâ'* (juriste spécialiste de la jurisprudence, *fiqh*) : par l'exemple suscité, l'auteur de la reconnaissance attribue à son propre père la paternité du frère reconnu ou encore si le grand-père reconnaît un petit-fils, il lui attribua la paternité à son fils. La deuxième condition en est tout simplement l'acceptation de la reconnaissance par l'individu reconnu. De ce fait, il s'agit donc d'un contrat synallagmatique entre l'auteur de la reconnaissance et le reconnu avec un rapport sur un tiers : mais si la question divise les écoles de droit musulman, il en ressort de cet accord un principe comme quoi il ne pourrait y avoir de conséquences juridiques qu'entre l'auteur et le reconnu sauf si le tiers parent accepte à son tour la reconnaissance de parenté entre lui-même et le bénéficiaire, cette fois le tiers serait le frère, auteur initial de la reconnaissance.

2) Effets

65. Hormis les cas de succession de reconnaissance de parenté indirecte susmentionnée, le bénéficiaire de la reconnaissance reste étranger à la famille de l'auteur, par conséquent il ne pourra prétendre à une obligation alimentaire ou un droit à la succession ni au père ni à l'auteur lui-même si ce dernier laisse des héritiers par le sang. Cependant, s'il est reconnu par le tiers parent par la reconnaissance de parenté indirecte, c'est-à-dire par le père de l'auteur, le bénéficiaire jouira de ces mêmes droits envers la famille qui l'aurait reconnu. Réserve étant toujours faite selon les différentes écoles hanafite, hanbalite, malékite et chaféite, car la solution et la considération de la situation juridique du bénéficiaire d'une reconnaissance de parenté indirecte connaissent des variantes non moins conséquentes quant aux effets de cette institution toujours en vigueur. La modernisation du droit musulman depuis des décennies en matière de filiation et d'acte d'état civil laisse peu de marges à la manifestation actuelle de la reconnaissance de parenté indirecte. Il faut cependant souligner qu'elle peut pallier à toute succession en déshérence puisqu'au pire des cas le bénéficiaire recueillera la succession *ab intestat* de celui qui l'a reconnu ou de la famille de celui-ci, et même s'il se trouve dans le besoin, il pourra toujours demander soit par une action judiciaire soit par la pitié et la bonté de la famille qui l'a reconnu une pension alimentaire conformément aux lois islamiques : « Malheur donc, à ceux qui prient tout en négligeant (et retardant) leur Salât, qui sont pleins d'ostentation, et refusent l'ustensile (à celui qui en a besoin) », versets sur la charité et les

dépenses pour Allah (107-L'ustensile : Al-Maun 4-7)¹. La parenté indirecte ou l'adoption entraînent entre les deux personnes concernées : obligation de fidélité, obligation de respect, obligation d'assistance et d'aide, obligation alimentaire, obligation de solidarité, obligation de secours, ce que prétend privilégier et protéger le principe du « *Fihavanana* », en l'occurrence, par les effets découlant du pacte de sang.

II. L'extension du groupe familial par l'alliance ou la fraternité du pacte de sang ou « Fati-drà »

66. Le mot « *Fatidrà* » ou « *Fanange* »², ou pacte de sang (contrat oral accompagné de l'observation de certains rites solennels et formels), est composé du mot « *Faty* » (mort ou cadavre) et du mot « *Rà* » (sang) : ce qui peut signifier une alliance par le sang jusqu'à la mort. Le « *fatidrà* » peut être défini comme la marque d'une fraternité ou encore la solidification des liens fraternels entre deux personnes déjà apparentées ou étrangères entre elles³, mais également entre deux tribus ou communautés⁴. Cette alliance fraternelle génère entre les parties intéressées des devoirs et des droits : le pacte de sang est constitutif de normes juridiques. La légende rappelle en effet comment deux personnes qui ne se connaissent pas se doivent secours et loyauté dans le pacte de sang de la coutume malgache⁵.

¹ « Verses about Respect for parents and others », sur *Quran Verses* [en ligne].

² Synonyme, in TRAKALA mpampianatra, « Ny Fanange na Fatidrà », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*, 1er mai 1920, pp. 56-57.

³ RAJOHARIVELO, « Ny fivavahan'ny Sakalava, ny fomba samy hafa fanaony eto Imenabe, Ny amin'ny fatidrà sy ny heriny ary ny fomba fanaony azy », *FIAINANA*, 1931.10, p. 305. Voir en la matière : LEWIS Henri Morgan, *Présentation et Introduction à la Société archaïque*, Éditions Anthropos, 1877. ; AGHASSIAN Michel et AUGÉ Marc, *Les domaines de la parenté*, F. Maspero, 1975.

⁴ P. ex. : le fati-drà entre les « *Vazimba* » de l'Imerina se retirant vers le sud et les « *Antanandro* » Betsileo. Tradition orale transmise par les Taridja Milarô, Tsimahabe et Maromainty, SCHIMANG M., *Rapport d'un voyage chez les Vazimba*, in POIRIER Jean et RAJAONA Siméon, *Civilisation malgache, tome 2*, Faculté des lettres et sciences humaines, Cujas, 1968, p. 322 et s.

⁵ Connue des Malgaches depuis la nuit des temps, la légende nous a transmis l'histoire de deux personnes qui se croisaient sans se connaître dans un endroit isolé (« *an'efitra* »), où l'une d'entre elles tomba malade et décéda plus tard. Le survivant se donna la peine de ramener le corps du défunt à sa famille, cette dernière lui demanda alors, comment une personne qui ne connaissait pas le défunt s'est contrainte de leur ramener son corps.

Le bienfaiteur leur répondit qu'ils s'étaient bu le sang de l'un de l'autre et qu'ils s'étaient jurés en cas de décès de ne pas laisser perdre leur corps, mais de le ramener à leur famille respective. D'autant plus qu'ils se promettaient solidarité, aide et assistance jusqu'à une communauté des biens acquis pendant leur prospection « *Efa nifampihinana rà izahay roalahy : ny rako efa amin'ity maty ity, ary ny ràny aty amiko. Efa nifamively*

La « conscience collective et la solidarité sociale »¹ de l'époque jugeaient que tels comportements ou tels actes méritent d'être suivis, donnant ainsi l'idée aux membres de la communauté de poursuivre l'exemple. Les Malgaches se réfèrent souvent au culte des ancêtres, aux paroles des anciens recueillies et rappelées par les aînés. Il existe quatre catégories de « *fati-drà* » : 1/une « *Fihavanana* », amitié ou familiarité profonde² ; 2/ une « *Fihavanana* » d'aide et de solidarité pour l'épreuve du « *Tangena* » (du tanguin³ ou poison d'épreuve)⁴ ; 3/ une « *Fihavanana itetehana* », c'est-à-dire le partage des butins, une sorte de solidarité entre des voleurs pour le partage, la confiance, et la non-dénonciation des complicités ; 4/ une « *Fihavanana* » (*ratsy*) qui est maléfique également où les personnes se lient par le sang pour avoir un « *ody mahery* » (amulette puissante)⁵. Le roi Andrianampoinimerina interdisait la pratique des deux dernières catégories de *fati-drà*, et punissait à la peine de mort les auteurs et leurs complices sous prétexte de ne pas dénoncer un crime ou un attentat contre la royauté. Celui qui était lié par le sang à un autre criminel devait le « dénoncer » ou le « rejeter »⁶, à défaut il encourait également la peine de mort.

rano tsy hifanary faty izahay roalahy, ary hifanavotra raha very, sy nety hiombompananana koa aza », in RABENJAMINA (Androvakely), « Ny Fati-drà », *Isan'Andro*, 25 juillet 1939.p. 1.

¹ Selon le positivisme sociologique de DURKHEIM (1858-1917), qui s'attache moins à l'étude de la règle du droit positif qu'au fait social que constitue cette règle, études des conditions de vie du groupe social et de leur évolution : si l'idée de solidarité sociale est partagée par DUGUIT Léon (1859-1928), il s'oppose à la conscience collective et préférerait avancer l'idée de « masse de consciences individuelles » qui impose la règle de droit, in AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2020.pp. 29-30.

² Que l'on se promette jusqu'à la mort : ainsi si l'un décède, l'autre l'entertera ; si l'on est en vie, on se rend visite ou on se donne des nouvelles ; si l'on perd le chemin, l'autre le remet sur la bonne route. Enfin, en matière d'obligations : aide et assistance en tout événement de la vie dans la prospérité ou dans le besoin ; et même le bien commun (*fananana iombonana*) en matière patrimoniale.

³ CHAPUS G. S. et MONDAIN G., « Le Tanguin », *BAM*, 1946.

⁴ Même devant la justice divine, mais présentée par l'homme, on doit rester solidaire au risque de sa vie. Voir aussi JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 376 et s.

⁵ Celui qui trouve l'efficacité et la puissance d'un « gri-gri » doit partager à son *fati-drà*, in RABENJAMINA (Androvakely), « Ny Fati-drà », *Isan'Andro*, 25 juillet 1939.p. 1.

⁶ « ... *ary na dia fati-dranao aza, hoy izy, ka manao ratsy amin'ny fanjakana, ka tsy atosikao, tsy ambaranao fa hoe fati-drako, zanaky ny fati-drako, havan'ny fati-drako, dia ataoko mahita faty anao fati-drany koa* », in *Ibid.* p. 1.

A. La finalité du pacte.

67. C'est une tradition dont le but est le raffermissement des liens qui existent entre deux personnes majeures, reconnues aptes à s'engager dans une convention ou un accord, donc susceptibles d'assumer toute responsabilité qui en découle. La finalité d'une alliance ou d'un pacte par le sang peut se trouver sous trois aspects. D'abord, un rapprochement plus étroit ou intime de deux personnes quelconques, qu'elles soient parentes ou étrangères l'une de l'autre (dans la coutume Sakalava¹, celui qui veut raffermir un lien fraternel avec une autre personne lui adresse une demande solennelle, la suite favorable constitue un « accord de volonté »). Puis, se donner « confiance » : les deux parties au *fatidrà* se verraient alors par un engagement de l'une et de l'autre hors de toute trahison. Enfin, la troisième raison étant « de se respecter »² davantage dans les relations familiales, amicales ou commerciales. Il en ressort de ces trois raisons d'être du *fatidrà* que les Malgaches prennent sérieusement les conditions de validité d'un pacte : le « respect » ; le respect de la personne, le respect de la parole donnée (au moment de la cérémonie du *fatidrà*), le respect de la famille par les deux parties³. Ce lien créé par l'accord de volontés de deux personnes de se conduire comme des frères ou des sœurs de sang engendre des droits et des obligations réciproques entre elles : de même, cette alliance est à rapprocher du rapport qui découle du mariage.

B. Les conditions de validité du « Fati-drà » ou « Fanange ».

68. La validité du *fatidrà* ou du *fanange* nécessite des conditions de formes bien précises outre les capacités de contracter. Si la loi civile malgache est muette sur les conditions de sa validité, elle se réfère nécessairement à la tradition pour réaffirmer la reprise des règles coutumières jugées utiles et bienfaisantes dans leur positivité en trois étapes bien précises.

— **La cérémonie ou le rite.** « *Havana aman-janahary* » (famille accompagnée de Dieu soit les personnes liées par le *fanange*), on leur doit respect et honneur. Comme tout acte ou tout événement « officiel » dans la vie des Malgaches, on invoque le nom de « *Zanahary* » ou

¹ Pour aller plus loin, RAJOHARIVELO, « Ny fivavahan'ny Sakalava, ny fomba samy hafa fanaony eto Imenabe, Ny amin'ny fatidrà sy ny heriny ary ny fomba fanaony azy », *FIAINANA*, 1931.10, pp. 305-310.

² TRAKALA mpampianatra, « Ny Fanange na Fatidrà », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*, 1er mai 1920.p. 55.

³ Et d'après les anciens Malgaches : « *Aleo ny iray tampo no tsy tiana toy izay ny fati-drà* » ou vaut mieux ne pas aimer les frères ou les sœurs que le fatidrà ou celui qui est issu du pacte par le sang, in MERINALAVASOFINA, « Ny Ntaolo sy ny lalàm-pitodran-tena (Fihavanana na ny Fisakaizana) », *Isan'Andro 1943*, 1943.06.07.p. 1.

« *Andriamanitra* », d'abord de « Dieu »¹ puis les « Ancêtres » : un rite ayant pour but de faire peur aux personnes des conséquences des trahisons, par la survenance des mauvais sorts ou des malédictions (« *Ozona* »). Pour la cérémonie, il faut donc : un « *lefona* » (sagaie), ou un « *antsy maranidoha* » (couteau pointu et tranchant), une grande assiette remplie d'eau où l'on verse « sept fois » de cendres, des petites « coupures » d'herbes et du gingembre.

— **Le discours solennel.** L'orateur ou le maître de la cérémonie réaffirme que la cérémonie ne peut avoir lieu sans l'intervention et sans le témoignage de « Dieu » et des ancêtres. Les deux personnes lui demandent de s'allier par le pacte de sang en prenant avec leur main droite respectivement l'objet tranchant au-dessus de l'assiette, y laissant leur sang coulé. Il continue son discours en prévenant l'une et l'autre partie de ce qui sont autorisées à faire et de ce qui ne le sont pas entre elles dans le futur. Il souhaite ainsi le pire mal sur terre pour celui qui trahit et toute bonification et le bonheur pour celui qui exécute sans faute ses devoirs².

— **La présentation des membres des familles** des deux parties : ainsi elles considèrent que la famille de son allié par le sang n'est autre que sa famille, telle présentation entraîne des effets considérables de droit.

C. Les effets du pacte de sang

1) Lien juridique entre les personnes liées par le pacte de sang

69. Tout comme les effets de la parenté (une communauté génétique, une communauté de sang³), la coutume du pacte de sang crée entre les deux personnes contractantes une consanguinité⁴ fictive qui génère des effets juridiques considérables entre elles. Le lien

¹ La distinction entre Zanahary et Dieu a fait l'objet de beaucoup de discordes entre les traditionalistes malagasy et les chrétiens : nous nous abstenons d'aller plus loin.

² « Le vœu du mauvais sort au traître » : L'orateur compte « par ses dix doigts » le mal ou le mauvais sort possible au traître, par exemple, en brandissant six doigts de la main, il énonce le sixième « *Ozona* » en lui punissant d'un grave danger, ainsi de suite. L'« *Ozona* », ou « souhaiter du mal », aussi « destin du mal, punition du Zanahary » est une des idées qui diffère entre les ancêtres malagasy et les religions de l'ordre abrahamique de nos jours, ces derniers pensent en effet que « Dieu » ne peut infliger des peines ou de punitions à l'homme ; contrairement aux ancêtres malgaches qui invoquent « Zanahary » pour répondre le mal par le mal s'il le faut.

« Le vœu de prospérité et de bonheur éternel » : Puis l'orateur reprendra de nouveau ses comptes en souhaitant dix bienfaits et bonifications en terminant par « *Sambatra sy tretrika ry zareo ireo, satria nanisy soa ny fatidrandy* »² (heureuses et contentes sont les parties ayant apporté du bien l'une à l'autre).

³ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 547.

⁴ AGHASSIAN Michel et AUGÉ Marc, *Les domaines de la parenté*, F. Maspero, 1975. Dossiers africains. P. 11 et s. ; LEWIS Henri Morgan, *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family* (1870). Ouvrage dans

juridique entre les personnes liées par le pacte de sang produit aussi au-delà de leurs propres personnes des effets envers la famille de l'une et de l'autre : qui pourrait s'étendre aux autres membres des familles respectives par les liens d'amitié et d'affinité. En effet, au cours de la cérémonie de consécration de l'accord verbal entre les deux personnes liées par le sang, ces dernières peuvent déterminer devant les témoins sur le fond du pacte : en quoi elles doivent se tenir solidaire, parfois même il s'agit d'une convention inconditionnelle, c'est-à-dire sans limite et sans restriction au point de vue des droits et devoirs fraternels.

2) Obligation de respect de la parole donnée

70. Le droit traditionnel malgache des obligations tire son fondement sur au moins « trois règles : le respect de la parole donnée, la nullité des conventions frauduleuses ou fondées sur le mensonge et le caractère obligatoire de l'inscription »¹. Dès l'aube de la législation orale malgache, le souverain avait réglé la force des obligations en disant que : « *teni ifanekena ivadiana* » (les obligations contractées lient les parties à la façon d'un mariage) et « *didian'ni antsi misi rumurumuni, fa ni didian'ni vava tsi misi rumurumuni* » (on trouve des aspérités à tout ce qui a été tranché par une lame, mais il n'en existe point à ce qui a été tranché [décidé] par la bouche [parole]) »². La parole donnée est l'engagement d'une personne envers une autre de respecter une conduite claire face à une situation où elle est devenue débitrice d'une obligation dont la nature répond à cette situation. L'obligation de respect de la parole donnée tire sa force obligatoire par le consentement du débiteur dans un acte, d'un service à faire ou à fournir, ou d'une abstention à observer et de celui du créancier qui accuse réception de l'assurance d'exécution de la prestation attendue : ou la promesse publique de récompenser l'auteur d'une prestation, d'un fait ou d'un service accomplis (art. 201 de LTGO).

71. Du point de vue historique du droit³, « la principale rémanence canonique tient à la force juridique qui s'attache à l'échange des consentements et au respect de la parole donnée qui fondent l'obligatorité des simples conventions » où « le consentement oblige à lui seul », *solus consensus obligat* ou *pacta sunt servanda* du droit contractuel. Il fut un temps effectivement où « témoins passent lettres » selon l'adage français du moyen âge ou selon le

lequel sont établies et analysées les 139 tables de systèmes de parenté relevés chez les peuples les plus divers, in Ibid.p. 14.

¹ DÉPARTEMENT DE FORMATION EN DROIT, *La théorie générale des obligations*, CNTEMAD, 2013.p. 4.

² JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome II, E. Guilmoto, 1909.p. 277.

³ SPIESS F., *De l'observation des simples conventions en droit canonique* [microfiche], Nancy, 1928.; LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 192.

Pape Innocent III (1160-1216) : « la parole d'un homme vivant devait prévaloir sur la peau d'un âne mort » (c'est-à-dire sur un document écrit sur une peau de parchemin)¹ ; ces règles anciennes de parole et de preuve d'un autre continent n'ont pas totalement disparu de nos jours dans certains pays traditionnels ou de coutume.

72. Prenons l'exemple de la parole donnée de garder un secret : les personnes liées par un pacte par le sang se sont promises à ne pas divulguer toutes informations personnelles ou professionnelles de chacune d'elles à autrui. Mme Arnaudin² décrit dans sa thèse que « le secret est avant toute chose, un savoir, mais un savoir véritable, authentique, non un savoir déformé » et continue dans sa définition du secret différente du mensonge (affirmation sciemment contraire à la vérité) et au non-dit (qui apparaît comme un mensonge par omission). Nous acquiesçons que l'obligation de respect à la parole donnée de garder un secret peut entraîner la personne de recourir au mensonge. Un autre exemple, il est considéré comme une trahison concernant les effets du *fatidrà* dans la coutume Sakalava, de ne pas aider son *fatidrà* à traverser la rivière, à ignorer d'aider la femme enceinte de son *fatidrà* si cette dernière lui demande « un massage pour la soulager des douleurs »³. Ils craignent les conséquences d'une trahison des paroles auxquelles les deux alliées se sont juré et se souhaitaient la mort des siens en cas de trahison. Il se peut que le parjure soit sanctionné d'un rejet familial ou communautaire : faute de pouvoir demander l'exécution de respect du secret ou de la parole donnée, l'applicabilité d'une sanction non seulement coutumière, mais légale confirme le caractère juridique du pacte de sang et de ses effets, découlant des serments coutumiers faits en public, incluant, par déduction, des témoins.

3) Obligation de solidarité

73. L'obligation de solidarité qui dérive d'un pacte de sang est assimilable à l'obligation de solidarité découlant de la filiation : si la première lie les personnes par leur volonté respective de se conduire comme des frères ou des frères et sœurs, la seconde dérive d'un fait juridique, la naissance et le trait d'union qui lie ascendants et descendants. Dans un esprit réaliste plus qu'idéaliste, l'homme qui est uni à un autre homme par le pacte de sang, ne cherche pas seulement son intérêt personnel et la réalisation de ses vœux, en considérant

¹ LECA Antoine, p. 307.

² ARNAUDIN Cécile, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, MONTESQUIEU-BORDEAUX IV, 1999, p. 2.

³ RAJOHARIVELO, « Ny fivavahan'ny Sakalava, ny fomba samy hafa fanaony eto Imenabe, Ny amin'ny fatidrà sy ny heriny ary ny fomba fanaony azy », *FIAINANA*, 1931.10, p. 305.

l'homme muni de toute sa capacité contractuelle et de sa conscience, mais assure en cas de besoin la solidarité de son frère ou sœur lié de sang. « ... La solidarité [lui] fait penser et vouloir plus de choses que la simple préoccupation de son intérêt personnel, puisqu'elle lui fait en outre penser et vouloir le bien d'autrui. Donc l'homme n'est vraiment homme que par la solidarité » : c'est la notion de solidarité que Mme Piot voit dans le système de Duguit où elle déduit que : « La solidarité est un fait ; les hommes ne peuvent vivre sans vivre socialement, sans vivre sous la loi de la solidarité. Ils doivent coopérer à la solidarité ; elle est la règle de droit »¹. Mais cette règle de solidarité nécessite une sanction, une autorité qui impose aux individus et à leurs relations l'existence d'une règle de droit et d'une sanction à son inobservation. C'est la vision du *Ntaolo malagasy* sur la solidarité qui n'était pas une option, mais une obligation : que tout individu apte à travailler participait à la construction des murs du village, des barrages pour la culture, des digues contre l'inondation, des routes pour leur charrette ; cette solidarité envers les autres et la communauté (littéralement, des travaux d'intérêt général) ne fut que le corolaire de celle qui se pratiquait entre les membres d'une famille. Une règle établie depuis Andrianampoinimerina, puisqu'auparavant les nobles et les souverains ne faisaient que se disputer entre eux et ne faisaient preuve que d'égoïsme et d'individualisme², provoquant un revirement total de la conscience³ collective de l'époque connaissant désormais l'aide aux nécessiteux, aux pauvres, à ceux qui sont dans le besoin.

III. Le « Fokonolona »

74. Le « *Fokonolona* » est quant à lui l'ensemble des individus membres des groupes familiaux vivant sur un territoire ou d'un village commun. Il en va de soi que tout individu est nécessairement rattaché à une famille, qui elle-même est intégrée dans le groupe familial où chaque membre fait partie obligatoirement du *Fokonolona* de sa résidence. Le « *Fokonolona* »

¹ PIOT Alice, *Droit naturel et réalisme, Essai critique sur quelques doctrines françaises contemporaines*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.pp. 33-34.

² « *Iza no hitatatra ho an-dRainilaizafy ? Iza no hisambo-balala ho an-drain-janak'olona ?...* » (des questionnements ironisant sur celui qui se donnait de la peine pour autrui) in RABENJAMINA Androvakely, « Ny zanaka teo amin'ny Ntaolo malagasy », *Isan'Andro*, octobre 1954.1944.07.24-25.p. 1.

³ « *Aleo very tsikalakalam-bola toy izay very tsikalakalam-pihavanana* », « *Maso sy orona ka iray alahelo* », « *Raha tohinina ny fo maharary ny ahero* », « *Trano atsimo sy avaratra, izay tsy mahalena ialofana* »..., autant de proverbes malgaches ressurgissait pour contenir la valeur de la solidarité et l'entraide entre les personnes de même famille, de même village, de même ethnie, de même communauté.

est à la fois une institution sociale et une institution juridique : une « famille agrandie [qui] a un certain droit de regard sur les familles qui le composent »¹.

A. Une institution sociale

75. « L'institution, c'est la reproduction des formes d'activité normale qui se créent par la force des choses dans le milieu social »², à cette définition l'institution reste sociale et non juridique si le législateur ne l'a pas érigée en institution juridique explicitement ou ne l'a pas donnée implicitement une reconnaissance de son existence. Il arrive toutefois que faute d'être légiférée, l'institution est reconnue soit par le pouvoir exécutif ou par le pouvoir judiciaire soit respectivement par un acte administratif soit par une décision judiciaire. Cette organisation spontanée de la société dans une finalité commune qu'est la préservation de la paix sociale et la transparence des actes de chacun des membres de la société locale, définissait même le « *Fokon'olona* »³ comme étant l'ensemble des membres d'une tribu vivant dans la même localité, endroit (comme un quartier, un ensemble de petit village ou patelin). Dans la société primitive analphabète, la mémoire est le moyen essentiel sinon crucial de la transmission de la culture locale et des règles de conduite. Ce qui explique le rôle très important de cette institution sociale dans la vie courante du peuple malagasy, surtout quand un litige surgit dans les relations familiales ou entre les membres de la communauté. La famille fut amenée à agrandir, le groupe familial aussi, la population augmenta inexorablement : « Dans les villages, il devint nécessaire de régler les rapports des habitants entre eux, de créer une autorité qui fit respecter les coutumes anciennes. C'est là, pensons-nous, l'origine de cette institution, qui domine tout le droit privé malgache, et qui porte le nom de *Fokon'olona* »⁴ : nous confirmons. Tout événement ou tout contrat entre eux et envers les autres membres du *fokonolona* d'une autre localité se faisait en toute transparence puisqu'il demandait l'assistance ou l'aval des autres membres : ce fut une condition exigible pour le maintien d'une harmonie sociale productive et paisible.

¹ THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache : les lois et coutumes Hovas, Fascicule I ; Le statut personnel, les personnes et la famille*, R. de Comarmond, Jouve & Cie, 1951.p. 180. ; CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.pp. 74-90 et s. ; BERTHIER Hugues, *Droit civil malgache*, [s. n.], 1930.p. 66.

² MARASCO Georges, *Expression et concrétisation du droit*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 43.

³ Le mot *fokonolona* découle de la jonction de deux mots : « *foko* », tribu ou ensemble originaire d'une localité déterminée et « *olona* », individu ou être humain : nous utilisons indifféremment le mot *fokon'olona*, *fukun'uluna* et *fokonolona* qui désignent à la fois la même institution.

⁴ CAHUZAC Albert.p. 74-92.

B. Une institution juridique.

76. L'institution accède à la vie juridique quand elle trouve un concept ou une personnalité juridique qui confirment son existence. Si elle n'est pas reconnue par l'autorité publique, elle ne reflète que des usages ou des habitudes, tantôt prise en considération tantôt laissée à son état simplement de manifestation sociale : les structures socio -politico-économique sont basées sur le groupe : « le *fokonolona*, l'entraide (ou le *firaisan-kina* se traduit également comme la solidarité) et la croyance en Dieu suprême créateur du monde "*Andriamanitra Andriananahary*", caractérisent la culture malgache à la base de tous les us et coutumes »¹. Le souverain malgache consacra par ses discours les attributions, les devoirs et la « compétence judiciaire des *fukun'uluna* »² de « juger en première instance » les affaires privées et familiales : ils devenaient des personnes morales de droit public, consacrées textuellement par l'état royal dans la Charte type des Fokonolona de Tananarive de 1884³.

1) Les fonctions et attributions du fokonolona

a. Le pouvoir judiciaire et de sanction du Fokonolona

77. Le roi Andrianampoinimerina attribua au Fokonolona des pouvoirs de justice et de sanction⁴, pouvoir restreint et contenu dans le « Dinam-pokonolona »⁵ (que les membres reconnaissaient par des conventions orales et publiques les matières en lesquelles le *Fokonolona* pouvait intervenir et sanctionner sans l'intervention du pouvoir royal). Ainsi il donna le rôle de juge de proximité aux membres de celui-ci réunis devant la cour royale ou sur la place du marché. Le dinam-pokonolona était compétent pour connaître trois catégories d'affaires : 1) « *Ny mananika andry malama* » (« *Ny heloka 12* » ou les « 12 crimes ») punit toute personne qui tente d'escalader la clôture du palais royal, ou porte atteinte à la sûreté de l'autorité royale et à l'ordre public et encourt la peine capitale. La compétence judiciaire du

¹ RABESAHALA Gisèle, *Us et Coutumes Malgaches*, Société malgache d'édition, 1984.p. 6.

² JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 236 et s.

³ RAHARIJAONA Henri, « La langue juridique malgache », *BAM*, 1964.p. 72.

⁴ « *Notoloran'Andrianampoinimerina fahefana hitsara, hanasazy sy hamay araka ny fahefana voafetra ny fokonolona* », in RABENJAMINA (ANDROVAKELY), « *Ny Ntaolo malagasy sy ny dinam-pokonolona* », *Isan'Andro*, 1944.07.29. p. 1. ; voir aussi RAMAROLANTO-RATIAIRAY, Histoire du droit, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 12. ; Colloque du Droit malgache, ministère de la Justice, 1964.

⁵ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p.2 : Le « Dinam-pokonolona » ou « Fanekem-pokonolona » sont des conventions ou « les membres de chaque fokonolona avaient autrefois l'habitude de contracter, doivent être rangées parmi les lois coutumières ».

fokonolona en matière pénale fut restreinte à la reconnaissance de culpabilité et à la réquisition des peines, mais la peine capitale fut rendue au nom du *fokonolona* par le pouvoir judiciaire royal qui lui a été conféré par « Dieu » et les ancêtres¹; 2) « *Ny mandika ahitra arovana* » (Ny heloka madinika : matière correctionnelle), 3) « *Ny ady be mivaona* » : Ny adi madzinika, des menues affaires courantes concernant les rizières, succession et partage des biens, difficultés conjugales, adoption ou rejet ; le *fokonolona*, témoin des actes passés entre les personnes privées, dispose de contrôle des paroles, des faits passés dans leur localité, l'arrêt rendu par un *fukun'uluna* ne sera définitif que s'il est accepté par les deux parties².

b. Les prérogatives du *fokonolona*

78. La première fonction du « *Fokonolona* » était de servir de témoin aux différents engagements d'un individu envers un autre, de marquer à jamais l'existence d'un fait par la transmission orale des événements qui se sont passés. La réception de l'Orimbato l'engage au besoin à venir témoigner, garant de la parole donnée, le respect de la « *fides* » (bonne foi, honneur, etc.) de l'ancienne époque romaine : le refus ou le faux témoignage « *mitsoa-bato* » était un délit ³(art. 211 du code des 305). Le témoignage est un moyen objectif de preuve, parce qu'il émane d'un tiers, non-partie au procès, donc supposé impartial⁴ : le témoignage avait une place importante dans la vie sociale des Malgaches dans le temps, car même si l'appel au *fokonolona* pour constater un fait ou un événement était une preuve extrajudiciaire, on peut l'assimiler à une présomption de la vérité. Andrianampoinimerina compta énormément sur le *fokonolona* pour asseoir sa notoriété et renforcer son pouvoir : il n'hésita

¹ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 100 : « ... Ce roi, avec la sagesse et la prudence que nous retrouvons dans ces actes, ne modifia que dans une très faible mesure les institutions coutumières. Le fokon'olona, le chef de caste et de tribu, le Tompo-Menakely conservent un pouvoir judiciaire assez étendu. Mais il pose le principe de souveraineté absolue du roi : les affaires d'une certaine importance doivent être portées devant lui, qui seul a le pouvoir de trancher définitivement et souverainement... »

² JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909. Pour le « Kabary de consécration du pouvoir judiciaire du fukun'uluna voir. pp. 298-312.

³ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome II, E. Guilmoto, 1909.p. 277 ; voir BALARD Robert, *La notion de preuve en droit traditionnel malgache* [microfiche], Thèse. Droit., Paris, 1965.

⁴ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 340.

pas à lui conférer des pouvoirs aussi importants que sont la justice, la vulgarisation des terres et l'attribution des sanctions aux comportements opprobres¹.

79. « L'institution de Droit privé est une forme que prennent les relations des particuliers avec les choses ou entre eux »², une institution sociale consacrée en juridique trouve la fixité et la pérennité dans le droit, isolée et séparée de ses contenus superflus (moral, sentimental, etc.) dans l'exigence de la construction technique juridique. Elle perd sa spontanéité puisqu'elle est désormais limitée dans son objet, c'est-à-dire que ses contours ont été tracés par le droit. Les règles (gouvernant le témoignage) étaient prévues par l'arrêté³ relatif à la procédure en matière civile indigène pendant la colonisation, dans ses articles 69 à 75, qui ne faisaient que reprendre les règles coutumières, l'art. 75 précise que : « Sont irrecevables, les témoignages des ascendants, des descendants, des frères et sœurs du conjoint et des alliés en ligne directe... sauf dans les procès relatifs aux biens familiaux (et) dans les affaires de divorce... ». Enfin, sur la procédure en matière civile indigène, la coutume malgache n'admettait pas les témoignages des parents ou alliés, des intéressés dans un acte ou dans un procès⁴, pour les raisons d'équité, de justice, d'impartialité et de sécurité des actes et transactions des particuliers entre eux, sauf quand il s'agit des biens familiaux ou toutes les

¹ En effet, si les différentes autorités locales malgaches connaissaient déjà une certaine organisation de la vie sociale, c'est Andrianampoinimerina qui eut donné au « Fokonolona » ou « groupement des individus vivant dans la même localité » sa force et son pouvoir, « *Andrianampoinimerina no nanorina ny hery sy ny fahefampokonolona amin'ny fanatanterahana ny tenim-panjakana, amin'ny fanaovana izay hahamaintimolaly ny tany, amin'ny fandavorariana ny fandriampahaleman'ny Fokontany* » ; « Hianareo fokonolona no rano androana, menaka ihosorana, lamba itafy, isampinana raha faly, isamboritana raha tezitra. Koa amin'izany, ny dinam-pokonolona no ambaratonga anankiray nampamirapiratra ny hatsaran-toetran'ny Ntaolo malagasy », in RABENJAMINA (ANDROVAKELY), « Ny Ntaolo malagasy sy ny dinam-pokonolona », *Isan'Andro*, 1944.07.28.p. 1.

² MARASCO Georges, *Expression et concrétisation du droit*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 46.

³ AG. 8 septembre 1909, réglementant les dispositions du Décret du 9 mai 1909 portant réorganisation de la justice indigène à Madagascar : l'art. 71 prévoit que celui qui a commis un faux témoignage est traduit s'il y a lieu devant le tribunal répressif

⁴ C.T, 13 juillet 1899 : « D'après la coutume malgache, les témoignages des ascendants, des descendants, des frères et sœurs du conjoint, des alliés en ligne directe doivent dans la généralité en être écartés, même d'office. En ce qui concerne les témoignages des parents ou alliés à des degrés plus éloignés ou des personnes intéressées à l'issue du procès en faveur de l'une des parties, il appartient aux juges statuant sur les récusations élevées à leur sujet, ou de les rejeter ou de les admettre, ou encore de n'accorder aux dépositions recueillies dans ces conditions que telle valeur de droit ».

parties sont parents entre elles¹. Si les conditions de formation d'une institution juridique semblent réunies à travers les coutumes orales et le droit écrit respectivement dans des discours et textes épars, le décret du 9 mars 1902 portant organisation de l'administration de l'Imerina (Antananarivo) et son extension aux régions est et nord de Madagascar par arrêté du Gouverneur général entérinaient l'institutionnalisation du fokonolona en le définissant et en déterminant ses attributions, droits et obligations.

2) Le *Fokonolona* affecté à un Fokontany.

a. De l'institution sociale à une institution administrative

80. Dans cette perspective et dans le but de restreindre les pouvoirs du fokonolona, mais aussi pour l'application et l'unification du droit dans la nouvelle colonie, les autorités s'efforçaient de délimiter et de définir le statut juridique du fokonolona. De ce fait, le Gouverneur général décidait de décréter sur l'organisation de l'administration indigène en date du 9 mars 1902 dont l'art.1 prévoit la nomination des gouvernements dans les divisions territoriales et hiérarchiques dont la base se trouve au « quartier ou *fokontany* », et l'art. 4 précise que : « Au quartier ou *fokontany*, qui représente la circonscription administrative indigène, correspond le *fokonolona*, qui comprend l'ensemble de la population habitant le quartier ou le *fokontany*. Chaque village constitue en principe un *fokontany*... ». Tandis que l'art. 5 détermine que : « Tous les indigènes d'un *fokontany*, sans distinction de sexe ou d'âge, constituent le *fokonolona* et sont inscrits sur la liste de recensement de ce *fokonolona*. Tout indigène fait obligatoirement partie du fokonolona de la localité où il réside habituellement : tout indigène doit pouvoir justifier, à toute réquisition de l'autorité, du fokonolona dont il fait partie ». Ainsi clairement prévu et déterminé par des textes écrits, le *fokonolona*, en tant que personne morale de droit public, ne fait plus aucun doute, est représenté dans tous les actes de la vie civile, par l'administrateur, chef de province (art. 21).

¹ C.T, 11 octobre 1900 : « En droit malgache, les parents des parties au litige peuvent, dans les procès relatifs à des biens familiaux, être entendus. Aucun reproche n'est admissible de ce chef » ; C.T, 15 avril 1909. Conformément aux dispositions des arrêtés du 15 juin 1904, du 10 décembre 1904, du 31 décembre 1904, de la circulaire du 20 juillet 1897 réglementant les conditions de formes de l'enregistrement d'un acte, notamment en matière de donation : l'exigence de deux témoins au moins appartenant aux membres du *fokonolona*, outre les deux membres de la famille, était de rigueur. Ainsi, selon la même circulaire, en cas d'absence des témoins membres de la famille : « ... les témoins membres du fokonolona doivent être présents lors de la lecture du testament ou de la déclaration du testateur que tel acte scellé contient ses dernières volontés, doivent être au nombre de quatre au moins ».

b. Le *fokontany* de nos jours.

81. Au lendemain de l'indépendance de Madagascar, le législateur malgache par l'Ordonnance du 24 juillet 1962 relative aux attributions, aux pouvoirs et aux responsabilités du *fokonolona* déterminait que ce dernier « est constitué suivant le cas, par tous les habitants d'un hameau, d'un village, d'un quartier, d'une commune, d'une sous-préfecture ou même de plusieurs sous-préfectures ayant des intérêts communs ». Ce premier essai de définition et de détermination des contours du rôle et des prérogatives du *fokonolona* et du *fokontany* était assez lacunaire puisque ce sont les Ordonnances de 1973 qui ont apporté les détails explicites. Ainsi l'Ordonnance 73-009 du 24 mars 1973 dans son art. 12 et suivant précise que le *Fokonolona* pourrait établir des conventions appelées « Dina » pour la mise en œuvre de leurs attributions et de leurs responsabilités, et selon l'Ordonnance 73-040 du 4 août 1973, art. 32 et suivants, le *Fokonolona* réuni en assemblée générale peut à la majorité de ses membres présents établir des délibérations. Les moyens juridiques que détenait le *fokonolona* sont désormais écrits et définis précisément par le droit positif, et ils sont soumis au contrôle soit du pouvoir judiciaire pour le « *Dina* », soit par les préfets pour les délibérations. En effet, les « *Dina* » ou les conventions sont soumises à l'autorité judiciaire pour éviter toutes dispositions pouvant porter atteinte à la liberté individuelle. Après l'approbation du sous-préfet, elles doivent faire l'objet d'une publicité sinon être présentées au *fokonolona* au cours de l'assemblée générale. Il ne peut ainsi y avoir d'ignorance aux règles imposées par le « *Dina* » aux individus membres du *fokonolona* se trouvant dans le même *fokontany*¹. Plus tard, le pouvoir socialiste malgache, en 1975, essaya d'organiser le rôle du *Fokonolona* dans le développement économique sans « abandonner les valeurs de la société traditionnelle »², et l'intégration d'un individu dans le *Fokonolona* était déjà obligatoire³ pour les Malgaches. Désormais, c'est le décret n° 2004-299 du 3 mars 2004 fixant l'organisation, le

¹ Circonscription administrative prévue par l'art. 3 (ord. 73-009) : « le Fokontany constitue l'unité administrative et économique de base à l'intérieur de laquelle le Fokonolona exerce ses pouvoirs et ses prérogatives ».

² MODERNE Frank, *Étude comparative de deux institutions socialistes du développement rural de l'océan indien : le Fokonolona malgache et le village Ujamaa tanzanien*, CERSOI, 1974.p. 235.

Pour aller plus loin : DELTEIL P., « Les Fokonolona et les conventions de Fokonolona », thèse, Paris, Domat, Monchrestien, 1931 ; RAHARIJAONA R., « Les conventions de Fokonolona, le droit malgache et le développement rural », Bull. Mad. 1964 ; PERRIN R., « Images malgaches du Fokonolona traditionnel », E.P.H.E, Paris, (dactylographié).

³ Ordonnance 73 009 du 24 mars 1973 art. 5 prévoit que : « toute personne de nationalité malagasy, sans distinction de sexe, d'âge ou d'origine, fait obligatoirement partie du Fokonolona du Fokontany où il réside ».

fonctionnement et les attributions du *Fokontany*, qui régit les activités du *fokonolona* : l'art. 2 désigne les habitants du *Fokontany*, « *Fokonolona* » ; les articles 16 et 17 délimitent les activités et les attributions concernant la sécurité publique et l'application du Dina dans les *Fokontany* sous la supervision du représentant de l'État (art. 24).

CHAPITRE II. La société contemporaine

SECTION A. La résilience de la famille traditionnelle

82. La valeur juridique du mariage traditionnel semble s'effacer au profit du mariage civil moderne, or d'après la coutume, quand le contrat de fiançailles est parfait, c'est-à-dire que les parents consentent au mariage de leurs enfants, ces derniers sont considérés comme mariés à leurs yeux (9/10 des mariages connus et « reconnus » par la population et les autorités étaient des mariages traditionnels non enregistrés à l'aube de la période coloniale¹) et n'attendent plus que la bénédiction religieuse ou des ancêtres.

Au lendemain de l'indépendance de Madagascar, le législateur s'efforça de doter à la nouvelle République des législations qui lui sont propres incluant la coutume et les traditions largement suivies sur le territoire dans un corpus moderne de la codification, et en priorité le droit civil et le droit pénal. Paradoxalement, si l'Ordonnance 62-089 du 1^{er} octobre 1962 relative au mariage et la loi n° 67-030 du 18 décembre 1967 relative aux régimes matrimoniaux eurent été promulguées pour refléter l'esprit du droit malgache, elles prétendent plutôt reprendre les textes de lois françaises protégeant le mariage civil et les enfants légitimes nés de cette forme de mariage : tout en reconnaissant la forme de célébration du mariage traditionnel. Désormais, c'est la nouvelle loi n° 2007 - 022 du 20 août 2007² qui régit le mariage et les régimes matrimoniaux et abroge expressément dans son art. 154 les dispositions des anciens textes.

I. Le mariage traditionnel, source subsidiaire de famille légitime

83. Le mariage devenait un contrat civil dans les agglomérations où les prêtres et offices religieux étaient avertis et tenus par arrêté du Gouverneur³ de ne procéder à la célébration

¹ Instructions du 15 juin 1898 relatives à l'application de l'A.G du 15 juin 1898.

² J.O.R.M n° 3163 du 28/01/08, p. 131.

³ En application de l'A.G du 15 juin 1898, circulaire du 15 juin 1898, 1° : « Je vous prie de vouloir bien donner sans retard des ordres précis aux autorités malgaches pour la délivrance des certificats prévus à l'article 1^{er} de cet acte. Je tiens essentiellement à ce que la formalité dont l'accomplissement est rendu obligatoire avant la célébration du mariage religieux ne soit pas une occasion de réclamations par suite du retard ou de la négligence des fonctionnaires indigènes ».

religieuse d'un mariage sans que les époux ne montrent l'acte de mariage civilement conclu et enregistré dans les livres publics : en pratique, les mariages célébrés traditionnellement résistaient deux siècles plus tard et n'engendrent pas moins d'effets de droit.

84. L'art. 2 al. 2 de la nouvelle loi reconnaît le mariage, en dehors de celui devant l'officier de l'état civil, lorsqu'un homme et une femme ayant accompli les cérémonies traditionnelles constitutives d'une union permanente entre eux, et que cette union est enregistrée à l'état civil. L'âge matrimonial est fixé à 18 ans (art. 3), cependant pour des motifs graves, le président du tribunal peut autoriser le mariage à la demande des parents ou tuteurs légaux avec le consentement exprès du mineur et de ces derniers. L'art. 29 confirme la possibilité de la célébration selon les traditions, mais la cérémonie doit se faire en présence du chef de *fokontany* qui « se déplace », constate et dresse un procès-verbal (art. 30) de son déroulement en avertissant le futur couple de l'interdiction de la bigamie et du recueil des consentements libres des époux (art. 31). Le chef du *fokontany* dispose de 12 jours¹ pour remettre un exemplaire du procès-verbal à l'officier de l'état civil compétent (art. 33), ce qui reflète la volonté du législateur de faire enregistrer tous les actes de l'état civil, mais les résultats ne sont pas toujours palpables. D'ailleurs, d'après une enquête² réalisée entre 2018 et 2020 : 44,4 % des femmes mariées ou en couple de 20 à 24 ans disent l'être avant l'âge de 18 ans, si la précocité du mariage s'est avérée et reste un fléau à certains égards, nous pouvons en déduire qu'elles se sont mariées selon la coutume et non devant l'officier de l'état civil.

85. Nous affirmons que la coutume génère du droit à l'égard des couples traditionnels et que chacun des époux doit répondre de leurs devoirs et obligations, de faire valoir leur droit dans le ménage issu d'un mariage coutumier³ jusqu'à nos jours. Ainsi, nous ne ferons pas la différence entre les couples mariés et enregistrés aux registres officiels et ceux qui s'étaient mariés selon la coutume. D'autant plus que les effets du mariage traditionnel naissent au moment de sa célébration et non pas le jour de leur enregistrement, le procès-verbal doit mentionner la date des cérémonies, nul ne peut réclamer les effets du mariage civil s'il ne présente pas un acte de mariage (art. 35).

¹ Sous peine des dispositions de l'art. 473 du CPM

² INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE Madagascar, « Troisième Recensement Général de la Population et de l'Habitation (RGPH-3), Tome 1 », INSTAT, 2020.p. 136.

³ ESOAVELOMANDROSO Faratiana, « Réflexions pour des réformes mieux adaptées en droit malgache de la famille », *BAM*, 1, 2012.p. 202.

II. La fonction de la famille traditionnelle

86. En général, la famille traditionnelle ou la grande famille semblait avoir des responsabilités plus importantes que de nos jours où l'État en assure plus ou moins une bonne partie. Cette substitution de l'État dans le rôle des parents et de la famille rentrait parfois en conflit avec ce que pense la famille sur l'éducation et l'exercice de leur autorité qui manque de plus en plus de moyens de coercition ou de correction. Une puissance paternelle dépassée par le temps et les intérêts en jeu et en considération de l'individu : désormais, la femme et l'homme assurent ensemble l'autorité parentale, aidés et contrôlés par l'État. Même si la loi malgache réaffirme dans son art. 54 que « le mari est le chef de famille », elle confirme aussi l'égalité de l'homme et de la femme dans l'administration matérielle et morale de la famille, dans l'éducation de l'enfant. Et avant même l'élaboration des textes internationaux sur la protection de l'enfance, les lois malgaches de la famille priorisent la protection des intérêts de l'enfant¹. Si l'enfant, individu membre de la famille, avait suivi littéralement ce que les parents ou les membres de sa famille leur indiquaient de faire, cet individu est devenu sous protection permanente d'un droit pour « son intérêt ». L'esprit de solidarité et d'entraide de la famille malgache gouverne les droits et devoirs dans la famille, si une défaillance est constatée dans les obligations qui naissent du mariage, les autres membres de la famille élargie peuvent y pallier et se trouvent naturellement obligés.

SECTION B. La famille moderne

87. L'article 16 des Déclarations universelles des droits de l'homme reconnaît comme un droit de l'homme le droit de fonder une famille et la présente comme l'élément naturel et fondamental de la société. Elles lui confèrent, comme à une personne morale, un droit subjectif à la protection de la société et de l'État² : mais elles la relient au droit de se marier, ce qui semble nier la famille naturelle.

I. La grande famille laissant la place à la famille « foyer »

88. La borne temporelle de l'indépendance de Madagascar en 1960 semble coïncider hasardeusement aux profondes mutations sociales et de l'évolution des mentalités en France où « les valeurs traditionnelles... [comme] l'autorité du chef de famille... la dépendance de l'épouse, la supériorité de la filiation légitime... vont s'effacer au profit de l'égalité et de

¹ Voir sur le sujet, RAHARIJAONA Henri, *La protection de la personne de l'enfant dans le droit positif malgache*, Université d'Antananarivo, 1970.

² CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 14.

l'autonomie des époux, des enfants... »¹, ayant comme effet le rétrécissement du cercle familial. L'évolution de la famille moderne s'est traduite par un resserrement du cercle familial, un passage de la « grande famille » à la famille étroite². Les réformes apportées au droit traditionnel de la famille par le législateur malgache s'ordonnent autour de deux idées ; l'autonomie de la famille conjugale et la protection de l'enfant³. Le souhait de la famille d'avoir de nombreuses progénitures (de sept garçons et de sept filles) et d'une grande famille aux nouveaux mariés a fait son temps. La perpétuation du nom de famille et des œuvres des ascendants ne préoccupe plus les époux, on disait même que dorénavant : « vaut mieux avoir peu d'enfants, mais de qualité que de nombreux enfants bons à rien » ; « l'un des plus grands désirs du Malgache... d'avoir une famille nombreuse qui put se perpétuer »⁴ ne représente plus qu'un souvenir. Cependant, la famille au sens large continue à apparaître comme une zone de protection entourant l'autre, et elle produit toujours un effet juridique important dans la succession ab intestat à la mort de l'un de ses membres⁵. Comme disait Mme Vial : « La famille lignagère est celle des liens de parenté. Composée du ménage, ainsi que des descendants, des ascendants et des collatéraux, elle ne possède d'autres limites que celles de la connaissance généalogique »⁶, nous confirmons. Cependant, nous regrettons l'assimilation qu'elle a avancée : « La famille s'entend aujourd'hui indistinctement du lignage -la famille étendue- et du ménage -la famille conjugale ou nucléaire. ... La famille ménagère est celle qui vit sous le même toit, indépendamment des liens juridiques ou biologiques des cohabitants »⁷, du moins en comparaison à la famille malgache et notamment en matière d'obligation familiale. De même, que si la famille recomposée n'est pas établie juridiquement, les autres situations juridiques découlant de la filiation préétablie avant la recomposition de deux familles en une n'entraînera pas nécessairement des obligations familiales. Donc, au-delà des obligations civiles ou pénales d'assistance et de secours, rien ne lie les membres d'une famille (biologique) des autres membres qui vivent sous le même toit. En effet : « la famille moderne

¹ COURBE Patrick et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, Sirey, 2017.p. 13.

² CARBONNIER Jean, p. 14.

³ PÉDAMON Michel, *La modernisation des structures familiales : Les grandes tendances du droit de la famille à Madagascar*, Faculté de droit et des sciences économiques de Madagascar, 1965.pp. 59-85.

⁴ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 125.

⁵ CARBONNIER Jean, p. 14.

⁶ VIAL Géraldine, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Grenoble II, 2006.p. 8.

⁷ DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, *Le droit de la famille et ses évolutions*, Famille(s) et politiques familiales, Cahiers français 2004, n° 322, La documentation française, p. 73.

et restreinte concerne les époux et leurs enfants mineurs, c'est la famille ménage contrairement à la famille lignage »¹, une famille orientée vers l'avenir, vers la procréation et l'éducation des enfants : famille vivant sous le même toit du preneur du bail et sous la responsabilité de ce dernier, la maison (art.1735 du CCF également applicable en droit malgache), la maisonnée, *la domus*.

89. Changements de structure. C'est la thèse du rétrécissement : de la promiscuité (situation où plusieurs personnes sont contraintes à vivre dans un espace restreint²) de la horde à la famille étendue à la famille nucléaire (le noyau), conjugale, à deux têtes, donc égalitaire et libérale ; « si l'exiguïté des logements urbains, la régression des entreprises familiales, la soif d'indépendance des belles filles rendent difficile la cohabitation de deux générations sous le même toit, elles n'empêchent pas le maintien d'un réseau de relations »³. Si les mentalités changent au fil du temps, que la reconnaissance de fait du concubinage ne fait aucun doute, et que le divorce n'est plus une question tabou comme autrefois. La réalité est encore loin de la tendance européenne de la famille recomposée ou d'accepter l'union par mariage des personnes de même sexe. La moralité publique n'est pas encore apte à adopter de telles hypothèses. Toutefois, des opérations de sensibilisation sont menées par des associations gouvernementales ou civiles pour éradiquer toute discrimination basée sur le genre. Le but est de promouvoir les droits de la femme et de l'enfant, d'éradiquer les violences intrafamiliales dont ces derniers sont souvent les victimes.

II. La famille légitime

90. L'art. 35 de la loi n° 2007 - 022 du droit malgache sur le mariage écarte d'étendre les effets du mariage en dehors de celui qui est légalement enregistré devant l'officier de l'état civil et contenu dans un acte dressé par lui. Seul le mariage peut être un acte constitutif de la famille, les autres modèles de famille malgache que nous avons vus précédemment n'ont plus ou ne génèrent plus de cadre juridique reconnu par les autorités publiques. Dorénavant, la célébration du mariage civil devant l'officier de l'état civil constitue la seule famille légitime : ce qui n'exclut pas de l'existence du mariage traditionnel célébré devant l'église ou devant les chefs tribaux ou le fokonolona ; mais ces derniers modèles de mariage ne forment pas une famille légitime que lorsqu'ils seraient déclarés a posteriori devant l'officier de l'état civil.

¹ CARBONNIER Jean, p. 13.

² « *Velona iray trano, maty iray fasana* », littéralement « Vivants unis dans la même maison, morts unis dans le même tombeau », traduction libre.

³ L. Roussel, *La famille après le mariage des enfants*, 1976, op.cit., CARBONNIER Jean, p. 18.

A. Les effets du mariage

91. Des devoirs et des obligations naissent du mariage, en l'occurrence, de l'obligation de résidence commune (art. 50), mais ce qui nous semble important dans notre objet d'étude n'est autre que la disposition de l'art. 55, al. 1 : « les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance et respect ». Le devoir de « respect » entre les époux est confirmé par la loi et devient une norme juridique, pas que morale, une règle régissant des relations horizontales de la famille. L'alinéa 2 prévoit en outre l'obligation des époux, par le seul fait du mariage de « nourrir, entretenir, élever et instruire les enfants. Ils ont les mêmes droits parentaux et subviennent ainsi à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ». Mais le droit positif prévoit de respecter les parents et ascendants, et ce, par la réception des futurs époux de leur bénédiction au mariage. Si traditionnellement, cette bénédiction ou autorisation à mariage eût été nécessaire sans considération de l'âge du ou de la futur(e) marié(e). La majorité matrimoniale de dix-huit ans imposée par la loi présume la fin de l'autorisation à mariage voire de la bénédiction des siens. Le droit moderne pourrait créer une acculturation et un conflit de générations : les psychologues et sociologues parlent effectivement de cette acculturation de la personnalité de la jeune fille malgache¹ et du conflit de générations qui pourrait en découler, « accusant les parents d'avoir l'esprit borné » (en ce sens, à la question « êtes-vous toujours d'accord avec vos parents ? Les réponses sont à relativiser même si le « non » remporte sur les échantillons)². Au-delà de l'importante place de l'obligation alimentaire dans les rapports familiaux, l'éducation des enfants arrive juste derrière avec une force impérative égale qui ne dérive pas nécessairement du mariage, mais d'un fait : le lien de filiation. Nous allons procéder à une analyse comparative des concepts d'enfants légitimes, naturels et adoptifs et de leurs places en droit malgache et français.

B. Approche comparative sur les enfants légitimes, naturels et adoptifs

92. « Le désir d'enfant est de toutes les époques, mais l'émergence d'une législation est plus que la somme de désirs individuels »³, il est admis par les auteurs que la filiation est définie comme un lien partiellement partiel⁴ : une filiation charnelle ou adoptive.

¹ CLAPIER M., *Contribution à l'étude de la personnalité de la jeune fille malgache*, in POIRIER Jean et RAJAONA Siméon, *Civilisation malgache*, tome 2, Faculté des lettres et sciences humaines, Cujas, 1968, pp. 41-58.

² *Ibid.*, « Acculturation et conflit de générations ».

³ CARBONNIER Jean, p. 539.

⁴ HAUSER Jean et HUET-WEILLER Danièle, *Traité de droit civil, La Famille, Fondation et vie de famille*, LGDJ, 1993, p. 201.

1) Les enfants légitimes ou légitimés

93. En droit français comme en droit malgache¹, l'enfant légitime est l'enfant conçu et né dans le mariage, les deux législateurs entendent protéger le modèle de famille légitime par la même disposition de preuve de présomption. En droit de la famille, les présomptions ont été consacrées pour protéger la paix et la tranquillité de la famille, elles permettent d'éviter les épreuves fatidiques et difficiles de la constitution de preuve sur la distribution des droits des membres de la famille. Elles assurent une protection des enfants nés dans le mariage où seul le désaveu de paternité peut être opposé à l'inconduite de la femme : les preuves matérielles et biologiques peuvent être soulevées pour contester la paternité. Les présomptions permettent aussi de protéger les enfants dans une éventuelle recherche de paternité comme dans la filiation naturelle. Les preuves qui conditionnent le statut d'enfant légitime reposent sur le mariage des parents, le fait matériel de l'accouchement de la mère (en droit malgache et repris par les réformes du droit français sur la filiation des enfants nés de PMA) et de la reconnaissance préalable ou de fait, enfin le fait d'être né des œuvres du mari et de sa femme.

94. La reconnaissance volontaire des enfants nés avant le mariage par les futurs époux entraîne leur légitimation, ils ont donc les mêmes droits et devoirs que les enfants naissant pendant le mariage. Mais la vulgarisation de nouvelles formes d'unions libres nous oblige d'étendre notre regard sur les droits et obligations des parents et des enfants naturels et adoptifs. Si les présomptions protégeant les enfants nés du mariage lui sont égales, notre étude portera surtout sur leurs effets : les droits et devoirs réciproques des parents et des enfants, une distribution des droits qui intéresse le devoir de respect et la sanction à son manquement.

2) Les enfants naturels

95. Les enfants qui naissent hors mariage ont été considérés comme des enfants nés d'une situation irrégulière en faisant référence à celle qui est régulière des enfants légitimes. Ils sont nés d'une union libre de ses parents et se retrouvent dans une situation inférieure à celle des enfants nés des unions régulières². La déconsidération par le terme outrageant de « bâtard »³

¹ Loi n° 63-022 du 11 septembre 1963 : art. 1^{er} : « la filiation maternelle résulte du fait de l'accouchement » ; art. 2 : « la filiation paternelle résulte, soit des présomptions légales, soit d'une reconnaissance de paternité, soit d'une déclaration en justice ».

² CAPITANT (H), I, p. 305, note 1, in PASCANU Philippe, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Thèse, Faculté de droit Paris, 1937.p. 81.

³ *Ibid.*p. 83. Voir aussi MALAURIE Philippe et FULCHIRON Hugues, *Droit de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2016. Sur l'inégalité de statuts dans l'ancien droit : « Bâtards ne succèdent pas. Ils n'avaient que les

des enfants naturels, une honte de la famille et de la société, et qui ne méritait pas d'une action en revendication de droit, diffère des termes désignant les enfants naturels malgaches : « *Zanadranitra* » ou de « *Zazasary* ». Car ils n'avaient pas les mêmes connotations péjoratives que celui de l'ancien droit français, leur qualité n'enlève en rien leur droit dans la famille ancienne malgache. Mais les législateurs respectifs n'entendent pas céder sur la protection du modèle de la famille légitime. Si tout le monde reconnaît d'ailleurs que le cadre familial est une stabilité sociale certaine, un endroit d'épanouissement et de développement d'un individu où il peut grandir dignement et convenablement : les droits des enfants naturels étaient autrefois négligés. « Trop de normes tuent-elles les normes ? » ou à en vouloir trop s'immiscer dans les affaires de famille, le législateur ne se trompe-t-il pas ?

Ces revirements de la conscience collective, parfois provoqués par des décisions des pouvoirs politiques s'étaient rencontrés dans les deux droits franco-malgaches, les sociétés évoluent et se transforment, les modes de vie, l'ordre public et les mœurs suivent leurs rythmes. La famille de nos jours connaît des situations autrefois impensables voire même indignes, les enfants naturels trouvent leur place au fil du temps dans la famille, non seulement ce que l'on appelle enfant naturel simple, mais aussi les enfants naturels adultérins et incestueux. Le réalisme semble doubler le rationalisme, les lois civiles permettent aux parents naturels, après une « lutte de droit » de reconnaître leur enfant naturel. Si en droit malgache, la maternité tient par présomption de l'accouchement par la mère, la reconnaissance de paternité fut autorisée plus tard en considération de l'intérêt de l'enfant qui ne demandait aucunement cette situation handicapante de naître « irrégulièrement ». La preuve de la filiation naturelle étant la liaison effective de ses prétendus père et mère au moment de la conception de l'enfant.

a. La place de l'enfant naturel en droit français

96. Dans l'ancienne France, la recherche de paternité eut été autorisée sans restriction, dans le but d'obtenir des aliments. Puis survint l'interdiction absolue par l'ancien article 340 abrogé du CCF : « quant aux enfants naturels non reconnus et aux enfants adultérins et incestueux, alors même que la filiation de ces derniers serait certaine, leurs père et mère n'ont à aucun titre sur eux le droit de puissance paternelle... »¹. La loi du 16 novembre 1912² a pu

droits attachés à la parenté : les droits alimentaires... dans certains pays de droit écrit, mais aussi dans certains pays de coutume où « nul n'est bâtard de par sa mère », l'enfant succédait à sa mère », n° 931, p. 370.

¹ JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.p. 148.

² Journal officiel n° 0313 du 17 novembre 1912, p. 9718.

concilier les intérêts opposés entre le sort de l'enfant naturel et le souci d'éviter le scandale¹. Rappelons brièvement les cinq cas prévus par la loi d'ouvrir une action en recherche de paternité : l'enlèvement et le viol, la promesse non tenue de mariage ou l'abus d'autorité, l'aveu sans équivoque de paternité, le concubinage notoire et enfin la participation du père à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Puis la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 a refondé tout le système de la filiation à travers les modes d'établissement de la filiation à savoir le droit de la preuve et le droit d'action. Parmi les sujets qui nous intéressent se trouvent les droits et les devoirs attribués aux parents et ceux qui gouvernent les enfants : changement de la puissance paternelle en autorité parentale, et (le plus marquant) le principe d'égalité entre les enfants légitimes et les enfants naturels par les dispositions relatives aux successions et libéralités². Dans les changements apportés à l'établissement de la filiation, et particulièrement de ses effets : nous pouvons déterminer les enfants titulaires de droits et tributaires de devoirs envers ses parents. L'art. 310-1 (ancien) a prévu que tous les enfants ont les mêmes droits et les mêmes devoirs envers leurs parents (la loi parle des enfants nés dans le mariage et ceux hors mariage). « L'égalité juridique était parfaite »³, cette égalité parfaite a été reconduite par l'ordonnance du 4 juillet 2005 dans la nouvelle rédaction de l'art. 310 (abrogé) dans les effets de la filiation et dans l'établissement même de la filiation. À juste titre, il s'agit de faciliter et d'harmoniser les modes de preuve de la filiation et de l'action ouverte en matière de recherche de paternité qui diffère de l'établissement de la maternité : la différence s'établit traditionnellement et contre toute considération péjorative entre les enfants nés ou hors mariage. Les nouveaux articles 310-1 et 310-2 prévoient respectivement les modes d'établissement de la filiation légitime et naturelle, et au cas où une filiation seule peut être établie en raison des empêchements à mariage des articles 161 et 162. « La reconnaissance de filiation est traditionnellement présentée comme un mode non contentieux d'établissement reposant sur la volonté de son auteur de créer un lien de filiation »⁴, les dernières réformes du CCF (sans les réformes apportées par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la

¹ CHEVALIER Georges, *La recherche de la paternité naturelle en droit français (Étude sur la loi du 16 novembre 1912)*, Faculté de droit, 1917.p. 165.

² COLOMBET Claude, FOYER Jacques, HUET-WEILLER Danièle *et al.*, *La filiation légitime et naturelle, Étude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Dalloz, 1977.p. 227 et s.

³ CORNU Gérard, *Droit civil, La famille*, Monchrestien, 2006.p. 329.

⁴ MIKALEF-TOUDIC Véronique, *La métamorphose de l'établissement de la filiation par reconnaissance*, in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 341.

bioéthique des articles 6, 47, 342-9 et s. du CCF) concernent l'ajout de nouveaux articles 316-1 à 316-5 pour un contrôle à priori permettant à l'officier de l'état civil d'auditionner le déclarant et de saisir le procureur de la République en cas de suspicion de fraudes.

b. La place de l'enfant naturel en droit malgache

97. La coutume malgache et le droit traditionnel (« ce qui inclut les règles écrites des codes royaux »¹) ne faisaient pas de différence entre les statuts des enfants, « Un enfant est toujours le bienvenu », la qualité d'enfant naturel n'entraîne aucune flétrissure ni aucun désavantage »². Cette vision de l'enfant naturel est partagée par l'ensemble « des coutumes négro-africaines : qu'il soit né "dans" ou "hors" mariage, l'enfant est un "don du Ciel" qui doit être accueilli comme tel »³. Il fut fréquent que la femme, avant son mariage, ait déjà eu un enfant d'une autre union ou d'un « essai » de cohabitation avec un autre homme. La mentalité malgache de l'époque considérait en effet que c'est une preuve de fertilité de la femme qui pourrait donner des descendants à son futur époux : « la stérilité était considérée comme un opprobre et l'expression "*Bada-be*" (femme stérile) était une des plus grosses insultes »⁴. Les enfants naturels appelés aussi « *Zaza momba reny* » ou enfant suivant le statut de sa mère pouvaient être adoptés par le mari légitime et même par les parents de ce dernier et devenaient un membre à part entière de la grande famille ou du groupe familial.

98. La loi n° 63-022 du 20 septembre 1963 confirme ce point de vue des Malgaches sur la place de l'enfant naturel, dans son chapitre I sur l'établissement des liens de filiation maternelle et paternelle : « l'enquête préalable sur les coutumes juridiques a révélé que la société traditionnelle malgache n'accordait pas aux problèmes juridiques de la filiation l'importance que les juristes modernes leur donnent : quelle que soit son origine, l'enfant représente une force nouvelle dans la famille et sa venue est toujours accueillie avec joie ». La loi facilite l'établissement de la filiation paternelle en écartant la règle ancestrale merina d'interdire l'établissement de la filiation paternelle hors mariage et en autorisant la reconnaissance de paternité (art. 16 à 22) et de la déclaration en justice de paternité (art. 23 à

¹ RAMAROLANTO-RATIAIRAY, Histoire du droit, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 13.

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 121.

³ MOALTA Robenate Ténadji, *L'autorité parentale : Étude comparative des problèmes de droit interne et international privé (France et Pays d'Afrique Noire : Côte d'Ivoire, Congo, Sénégal, Tchad, Zaïre)*, dirigée par F. Boulanger, Thèse, Paris VIII, 1991.p. 7.

⁴ CAHUZAC Albert.p. 126.

32). Enfin, l'art. 4 de la même loi sur la filiation est indifférent à la forme de célébration du mariage et de ses effets sur l'établissement de la filiation en indiquant que : « l'enfant conçu ou né durant une union célébrée selon les coutumes, mais non enregistrée a pour père l'homme engagé dans cette union ». L'exercice de l'autorité parentale est assuré conjointement par les parents mariés légitimement ou pas, de plus les articles 16 et 17 de la loi 2007 - 023¹ n'établissent « pas de différence quant à l'exercice de l'autorité parentale entre enfant légitime et enfant naturel »², et pour la monoparentalité (art. 20, la mère).

99. Ceci étant et compte tenu de l'assimilation des droits des enfants dits « légitimes » et ceux des enfants « illégitimes », nous pouvons en déduire que tous les enfants en droit français comme en droit malgache ont leur place « légitime » dans le groupe parental et du groupe familial et ils doivent nécessairement à leurs parents selon leur âge respectivement obéissance, respect, honneur, aliments, assistance, soin, etc.

c. L'enfant adultérin dans les deux droits malgache et français

100. Les enfants adultérins sont au temps de leur conception issus d'un père ou d'une mère engagés dans les liens de mariage avec une autre personne, ils ne sont pas moins des enfants naturels simples³. À Madagascar, l'art. 30 de la loi sur la filiation interdit toute reconnaissance d'un enfant issu des articles 5, 9 et 10 de la loi nouvelle sur le mariage⁴ (adultérin et incestueux). Mais l'art. 31 accorde toutefois à l'enfant le droit de réclamer des aliments à ses auteurs ou à l'un d'eux, et même si les enfants adultérins ou incestueux n'ont aucune vocation successorale à l'égard de leur auteur⁵, cette injustice touchant les enfants par la faute de leurs auteurs peut être palliée par la faculté de l'adoption malgache⁶ qui autorise la création fictive d'un lien filial ou le raffermissement d'un lien existant entre deux personnes contrairement aux conditions des adoptions françaises. Au surplus, un droit à la succession est toujours possible par la volonté libre de disposer de ses biens du parent adultère sans exhériter les autres enfants légitimes ou du premier lit. En effet, le droit traditionnel malgache imposa à

¹ Loi n° 2007 - 023 du 20 août 2007 sur les droits et la protection des enfants.

² ANDRIAMANANTENA Mandresy Onja, *L'autorité parentale*, Institut d'études judiciaires, Faculté DEGS, 2013.p. 4. ; RAHERIFENOMANANA Norohanitra, « Les rapports juridiques entre parents et enfants : l'autorité parentale », Faculté DEGS Antananarivo, 2010.

³ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 492.

⁴ Art. 11, 12, 13 de l'ordonnance 62-089 abrogée, prohibant le mariage des parents.

⁵ RAHARIJAONA Henri, *Droit civil II : Successions - Testaments - Donations*, Université d'Antananarivo, Établissement supérieur de Droit, d'Économie, de Gestion et de Sociologie, 1989.p. 23.

⁶ Loi n° 2017-014 sur l'adoption, art. 28 et s. sur l'adoption simple.

l'auteur de ces enfants adultérins ou incestueux de les adopter, faute de quoi ils n'héritent pas¹, encore une fois tous les enfants dont le père reconnaissait être l'auteur rentraient dans la famille de ce dernier sans en faire une distinction.

101. En France, la doctrine traditionaliste met en accusation la législation moderne pour avoir affaibli le devoir de fidélité, voire légitimer l'adultère, en autorisant la légitimation des enfants adultérins (Lois du 07 novembre 1907 et postérieures). Mais toujours était-il que dans la loi de 1912, la modification apportée à l'ancien art. 340 n'a pas précisé les conditions de la filiation adultérine : la subsistance des anciens articles 342 et 335 ne laisse pas d'ambiguïté ; la reconnaissance volontaire et la reconnaissance judiciaire d'un enfant adultérin sont interdites. Les raisons de l'interdiction de la reconnaissance volontaire et de la reconnaissance forcée de la paternité adultérine furent avancées par M. Violette² à la Chambre des députés, pour que les effets du procès ne soient pas supportés par l'épouse légitime et ses enfants, « c'est surtout le danger que la légitimation des enfants adultérins fait courir à l'institution du mariage qui constituait la raison essentielle de la prohibition... souvent insisté sur le caractère immoral »³. Puis la Loi du 3 janvier 1972 apporte une diminution de moitié de la part successorale de l'enfant adultérin (anc. art. 760) en présence des victimes directes de l'adultère commis par son auteur, c'est-à-dire le conjoint et les enfants. Paradoxalement, frapper l'enfant à cause de la faute que ses parents avaient commise était trop directement contraire au principe d'égalité, ce n'est pas la permissivité des mœurs qui a dicté ici les réformes, c'est la justice du cas par la protection de la famille légitime⁴. Toutes les justifications et argumentations avancées sur la moralité publique et sur la base des familles ont été laissées de côté pour la « justice » du cas.

¹ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909, p. 309 : « Ni zazasari si ni zana-dranitra tsi mandova – Les enfants illégitimes n'ont pas droit à l'héritage de leurs parents ; Art. 53 du Code des 101 articles du jeudi 18 Alakarabu (3 septembre) 1868 ; seuls les enfants adoptés régulièrement peuvent prétendre à hériter de leurs parents, art. 236 du code de 1881.

² Rapport de M. Violette, Doc. Parl. Chambre, Sess. Ord. 1911, annexe 796, p. 1439, in CHEVALIER Georges, *La recherche de la paternité naturelle en droit français (Étude sur la loi du 16 novembre 1912)*, Faculté de droit, 1917, p. 98.

³ PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation), Tome II, 2e édition*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952, p. 839 et s.

⁴ COLOMBET Claude, FOYER Jacques, HUET-WEILLER Danièle et al., *La filiation légitime et naturelle, Étude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Dalloz, 1977, p. 230 et s.

Malgré les avis partagés, le législateur avait justifié ses arguments en posant les fondements sur la moralité publique et la nuisance que cela pourrait apporter aux bases de la famille, principale assise de la famille moderne¹ : la Cour de cassation² confirme l'interdiction d'établissement de la filiation même adoptive de l'enfant incestueux à l'égard du père si à l'égard de la mère, la filiation a été établie. Sauf que l'engagement du père de pourvoir aux besoins de l'enfant, nonobstant l'existence d'une filiation non légalement établie, ne constitue en aucun titre une cause illicite³ : on estime même que l'art. 735 (anc. 762) est extensible à cet effet et qu'il n'est pas contraire ni à l'art. 335 (filiation), ni aux articles 342 et s. (subsides).

3) L'enfant adoptif

102. Les règles régissant l'adoption dans le droit moderne malgache et dans le droit français sont sensiblement similaires et se divisent en deux formes : l'adoption simple et l'adoption plénière⁴ (appelée aussi judiciaire dans l'ancienne loi n° 63-022 sur l'adoption). En France, le code Napoléon a restauré l'adoption⁵, la loi sur la filiation adoptive⁶ a été maintes fois réformée, elle est régie par les articles 343 à 370-5 du Code civil. La filiation adoptive est une filiation purement juridique⁷, reposant sur la présomption d'une réalité non pas biologique, mais affective. À la demande d'une personne, le droit établit artificiellement entre elle et une autre personne un rapport de père (ou de mère) à enfant. C'est une filiation d'imitation, le droit cherche à imiter la filiation légitime (plus exactement, la filiation légitimée)⁸ : elle produit les mêmes effets que la filiation charnelle et repose sur la volonté et l'appréciation de

¹ CHEVALIER Georges.p. 97.

² Cass. Civ. 1^{re}, du 6 janvier 2004, D. 2004, concl. J. Sainte-Rose, note T. Vigneau

³ PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation), Tome II, 2^e édition*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.p. 836.

⁴ Art. 1 de la Loi n° 2017 - 014 du 30 juin 2017 relative à l'adoption.

⁵ COURBE Patrick et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, Sirey, 2017.p. 449.

⁶ Loi du 19 juin 1923 sur l'adoption des mineurs ; décret-loi du 29 juillet 1939 sur la rupture des liens de filiation entre l'adopté et sa famille par le sang ; la loi du 11 juillet 1966 a prévu deux formes d'adoption : adoption plénière et simple ; Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 Loi du 22 décembre 1976 (additions de facilité) ; Loi du 8 janvier 1993 sur les conditions de recherche de paternité naturelle ; Loi du 5 juillet 1996 (adoption par une personne seule et âge requis) ; Loi du 14 mars 2016 limitant la révocation de l'adoption simple ;

⁷ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p.529.

⁸ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 519.

la justice des intérêts en jeu, en particulier celui de l'enfant. Ci-après un aperçu des régimes juridiques de ces deux formes d'adoption et de leurs effets envers les familles concernées.

a. L'adoption simple

103. En droit malgache, les conditions de l'adoption simple sont régies par la loi 2017-014 dans ses articles 28 à 33 (l'âge légal pour adopter est de 21 ans, art. 28 ; la restriction de l'adoption simple d'un enfant mineur aux nationaux malgaches, art. 29, alors que l'adoption simple d'un adulte peut être internationale ; enfin, l'adoption simple se fait par déclaration devant l'officier de l'état civil en présence de deux témoins de préférence membres de la famille de l'adopté et de la personne dont le consentement est requis... art. 33). L'adoption simple ne rompt pas les liens de l'adopté et de sa famille biologique, ils sont tenus de leurs droits et obligations respectifs l'un envers l'autre (art. 34) et notamment sur l'autorité parentale selon la loi, les coutumes et les usages (al. 2). Il faut souligner, entre autres effets de l'adoption simple, la création (de l'adoptant envers l'adopté) des obligations d'aliment, d'entretien et de secours au cas où sa famille d'origine ne puisse lui fournir, et de leur réciprocité si l'adopté est ou devient majeur (art. 35). Mais le changement de position du législateur malgache réside surtout sur la possibilité de révoquer l'adoption simple pour des motifs graves appréciés par la justice (art. 37) : pour rappel, l'adoption simple était irrévocable dans les anciennes dispositions de la loi n° 63-022. Le législateur malgache s'aligne donc sur ce point aux dispositions de la législation française sur l'adoption simple : mais il a gardé la procédure extrajudiciaire si rattachée à la forme coutumière de l'adoption.

104. En droit français, l'adoption simple peut concerner une personne, l'adopté, quel que soit son âge (art. 345-1 du CCF), mais l'adoptant doit avoir au moins 15 ans d'écart (art. 347, al. 1) à celui de l'adopté sauf pour de justes motifs appréciés par le tribunal (art. 347, al. 2, 370-1-1, al. 1 & 2) et pour l'adoption de l'enfant du conjoint (art. 370-1). L'adoptant ou les adoptants doivent être âgés au moins de 26 ans (couples mariés¹, pacsés ou en concubinage). L'adopté consent personnellement à l'adoption à l'âge de 13 ans révolus (art. 349) et les consentements de ses parents sont requis si l'enfant est mineur (art. 348). Il faut remarquer que contrairement à l'esprit de l'institution de l'adoption malgache, l'adoption entre ascendants et descendants en ligne directe et entre frère et sœur est prohibée (art. 346). Et contrairement à la procédure malgache de l'enregistrement de l'adoption simple devant l'officier de l'état civil, elle doit être prononcée par le tribunal (art. 355), le jugement n'est pas

¹ Étendu logiquement aux couples mariés de même sexe depuis la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

motivé (art. 353-1, al. 7). Si telles sont succinctement les conditions communes des adoptants et de l'adopté de l'établissement de la filiation adoptive, voyons brièvement les effets¹ de l'adoption simple, car nous allons avoir l'occasion de les approfondir plus loin.

105. Tout comme en droit malgache, l'adoption simple confère à l'adopté des droits extrapatrimoniaux (P. ex. le nom de l'adoptant, art. 363) et patrimoniaux à l'égard de son adoptant par la filiation ainsi créée même s'il continue à appartenir à sa famille d'origine et y conserve tous ses droits. Les effets de l'adoption simple s'étendent aux descendants de l'adopté, et par l'interdiction aux mariages. L'obligation alimentaire est réciproque entre l'adoptant et l'adopté, ce dernier doit des aliments à l'adoptant dans le besoin (certainement sous conditions de majorité et de moyens de l'adopté). Or l'obligation d'aliments envers ses père et mère cesse si l'adopté a été admis en qualité de pupille de l'État et tombe sous les dispositions de l'art. L. 132 du CASF.

106. En ce qui concerne les droits héréditaires, l'adopté et ses descendants ont des droits successoraux dans le patrimoine de l'adoptant même s'ils n'ont pas la qualité d'héritiers réservataires à l'égard des ascendants de l'adoptant (art. 365, al. 1 et 2) : ils ont dès lors quasiment les mêmes droits que les enfants légitimes de l'adoptant.

107. Enfin, l'un des effets caractéristiques de l'adoption simple du droit français que le législateur malgache a repris n'est autre que la faculté de la révoquer² à la demande de l'adopté ou de l'adoptant s'il existe des motifs graves et seulement quand l'enfant est majeur (art. 368, al -1), ou par le ministère public si ce dernier est mineur (art. 368, al. 2) : la révocation de l'adoption est prononcée par la justice et elle doit être motivée (art. 369, al. 1).

b. L'adoption plénière

108. En droit malgache. La nouvelle loi sur l'adoption plénière conditionne celle-ci non seulement à la décision de justice, mais aussi à une demande préalable adressée à l'Autorité Centrale de l'Adoption Malagasy (ACAM)³ pour instruction (art. 39). Les conditions et la procédure de l'adoption plénière sont nombreuses, voire même fatidiques, mais elles seraient nécessaires à la protection de l'intérêt de l'enfant dont la finalité n'est autre que de lui octroyer une famille stable et épanouissante. Faut-il remarquer que les adoptions plénières

¹ Art. 360 à 369-1, 370-1-7 et 370-1-8 du Code civil français.

² Introduite par la Loi du 19 juin 1923, la Loi du 14 mars 2016 restreint la révocation de l'adoption simple à l'enfant majeur pour des motifs graves (anc. art. 370) appréciés souverainement par le juge.

³ Conformément à la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

nationale et internationale ne sont ouvertes qu'aux couples de sexes différents (art. 55 et 56) et que seul l'enfant de moins de 15 ans peut faire l'objet d'adoption plénière (art. 59). L'adoption plénière « emporte rupture de tous liens entre l'adopté et sa famille d'origine et confère à l'adopté le statut d'enfant légitime au sein de sa famille adoptive » sauf l'adoption plénière de l'enfant du conjoint qui laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard du conjoint, parent de l'enfant (art. 99) : l'adoption plénière est irrévocable (art. 100). Comme à l'égard des enfants légitimes, les parents adoptifs sont tenus de toutes les obligations parentales vis-à-vis de l'enfant adopté (art. 102), ce dernier est soumis à la réciprocité des droits et obligations.

109. En droit français. Les conditions des adoptants et de l'adopté de la filiation adoptive simple et plénière sont identiques sur plusieurs points dont les consentements à l'adoption, l'âge et les statuts de l'adoptant et de l'adopté. Sauf que pour l'adoption plénière, une procédure particulière de placement est nécessaire en vue de l'adoption des pupilles de l'État, ou des enfants délaissés¹, et les enfants consentis valablement et définitivement à cet effet (art. 352 et s.), le placement écarte toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine et fait échec à toute déclaration de filiation et de reconnaissance. De même, il faut mentionner la faculté de transformer l'adoption simple en adoption plénière de l'enfant du conjoint, pacsé ou concubin (même si l'enfant a été adopté, une exception à l'interdiction de l'adoption par plusieurs individus, art. 370-1-3, 2°). Concernant tout particulièrement les enfants consentis à l'adoption par ses parents de sang, « ce transfert du lien de filiation par l'effet des volontés privées paraît contredire le principe selon lequel l'état des personnes est inaliénable... même si cette exception n'est admise que dans la mesure où elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »². Cette parenthèse nous renvoie dans les effets de l'adoption plénière.

L'adopté n'appartient plus dans l'avenir à sa famille d'origine en dehors des interdictions au mariage, les effets de l'adoption plénière lui attribuent une nouvelle filiation, celle du ou des adoptants et il se voit attribué le nom de ces derniers (art. 356-357) : l'adoption plénière est irrévocable (art. 359). Autres effets en dehors de l'exercice de l'autorité parentale que détiennent désormais le ou les adoptants, l'adoption plénière intègre complètement l'adopté à la famille de l'adoptant, jouit de ses droits patrimoniaux, mais perd tous droits et obligations vis-à-vis de sa famille d'origine. Ainsi l'obligation alimentaire est réciproque entre l'enfant adopté et l'adoptant et les ascendants de ce dernier : l'adopté est assimilé à l'enfant par le

¹ Voir p. ex., JUZAN Léa, *L'enfant refusé*, dir. Paricard S., Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.

² COURBE Patrick et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, Sirey, 2017.p. 458.

sang dans ses rapports avec sa famille adoptive¹ et jouit également des droits héréditaires et du statut d'héritier réservataire².

110. Ce passage crucial par la connaissance des éléments contextuels de la famille malgache éclairera les questionnements sur cette notion à la fois anodine et exigeante des relations entre les personnes qu'est le « respect ». Il est toutefois indispensable qu'il soit accompagné par l'histoire du droit à Madagascar, car celle-ci n'est pas seulement justificative, mais explicative en nous fournissant les fondements et la construction du droit positif.

TITRE II HISTOIRE DU DROIT A MADAGASCAR

111. « L'histoire occupe une place dans la connaissance du droit qu'on ne retrouve pas dans d'autres disciplines, notamment les disciplines scientifiques »³, « le droit ne s'inscrit pas seulement dans la vie quotidienne du peuple, mais perdure comme coutume dans laquelle la communauté s'exprime et se reconnaît »⁴. Nous partageons ces assertions : pour connaître le droit, il faut porter un regard sur son passé et non seulement sur son état actuel. De plus, certaines sources du droit positif reposent sur l'histoire, le maintien des règles anciennes ou coutumières trouve sa justification en elle : « si l'étude de l'histoire du droit porte en elle-même sa propre légitimité, son intérêt est multiplié lorsqu'elle développe ses investigations jusque dans l'actualité. Inversement, les positivistes ne devraient jamais oublier combien la perspective historique est éclairante »⁵. La législation malgache pendant un siècle environ s'apparente beaucoup aux « common law » qui n'était pas écrite, mais qui l'est plus tard par l'écriture⁶ : l'étude des sources du droit à Madagascar commença par l'appréciation du « *Fomba*, qui est étymologiquement la ligne de conduite, la règle à laquelle chacun doit se plier. Règle commune, cette bonne voie à suivre, *lalana*, ce qui signifie la connaissance de ce que chacun doit faire ou ne pas faire. Cette loi ne pouvait être écrite, elle vivait dans le

¹ BÉNABENT Alain, *Droit de la famille*, LGDJ, 2022.p. 440.

² COURBE Patrick et GOUTTENOIRE Adeline.p. 472.

³ LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 11.

⁴ CIANTELLI Veronica, « Penser l'origine : Johann Jakob Bachofen et la réhabilitation du mythe face à l'histoire » [en ligne], *Grief*, 4, Éditions de l'EHESS, 2017.p. 117.

⁵ SIMLER Philippe, Allocutions d'ouverture, SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.p. XI.

⁶ FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien, *Décrire le droit... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, 2017, p.51

souvenir des gens et se transmettait, comme un flambeau de génération en génération. C'est pourquoi on l'appelait *lalàna velona*... loi vivante »¹. Mais au fil du temps, « *lalàna velona* »² désigne non seulement les coutumes en vigueur, mais le droit écrit, bref tout le droit positif. Les différents codes malgaches promulgués au 19^e siècle font perdurer expressément les règles orales du royaume et les coutumes sauf celles qui eurent été abrogées expressément.

CHAPITRE I. De la législation orale

112. Les discours normatifs n'étaient pas seulement contenus dans ce qu'on appelle le droit écrit, mais aussi dans la coutume juridique, en effet : « tant que les besoins d'une société se limitent à peu de choses, des principes coutumiers suffisent largement à y maintenir l'harmonie »³. De telles pensées trouvèrent tout leur sens à l'aube de l'avènement et même pendant la construction juridique des choses intéressant le public et le privé par le roi Andrianampoinimerina qui marqua de sa notoriété la royauté Merina⁴.

SECTION A. De la genèse du droit

I. La source : « Kabary » ou discours royaux

113. Le roi Andrianampoinimerina reçut son pouvoir des mains de son père.⁵ Dans sa prise de fonction, en tant que nouveau roi de l'Imerina, il érigea des pierres (Orim-bato)⁶ dans trois endroits différents à *Ambohimanga* (où se trouvait le palais royal) marquant solennellement son autorité royale et pria dans sa tâche pour retrouver le juste, la « vérité » (*Fahamarinana*) et la bénédiction d'« Andriananahary » (Dieu). Les deux autres endroits de l'Orim-bato se

¹ JULIEN Gustave, *Questions de droit malgache, Études de sociologie et d'ethnologie juridiques, dirigées par Maunier René, Domat-Montchrestien F. Loviton et Cie*, 1931.p. 4.

² BERTHIER Hugues, *Lalàna velona sy fomban-tany mbola arahina eto Madagascar*, [s. n.], 1921.

³ TACITE, Germania, XIX, in SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.p. 57. « *Numerum liberorum finire, aut quemquam ex adgnatis necare, flagitium habetur : Plusque ibi bonos mores valent, quam alibi bonae leges* », en parlant des mœurs des Germains.

⁴ Pour aller plus loin, RAMAROLANTO-RATILARAY, Histoire et Source du droit, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.pp. 11-24.

⁵ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 14 et s.

⁶ La levée des pierres dans ces endroits trouva son fondement, notre traduction : « Si une personne commet un crime ou un délit grave, elle serait condamnée à mort sur cette place, et la sentence est proclamée à ce lieu : ce qui confirme l'autorité judiciaire et l'existence des peines sévères et exécutoires dans le royaume », in RAVELO Mpitandrina, « Orim-bato sy vavaka nataon'Andrianampoinimerina raha vao nandray fanjakana izy », *Teny Soa*, Krüger Etienne, Gérant responsable, juin 1930.p. 92..

trouvaient : à l'entrée du royaume (*Ambavahadimasina* : ou littéralement « à l'entrée sacrée ») où la sentence de peine capitale pouvait être allégée ou amnistiée (« *Zanahary mamindra fo. Ary Andrianampoinimerina dia tsy mba manao madio arahany-kery* », le bon Dieu est miséricordieux et le roi ne punit pas les innocents ou ceux qui ont reconnu leur faute) ; et au sommet d'*Ambohimanga* (du côté nord-ouest, *anjoro firarazana*) nommée « *Mananjaran'Ihanary* » (lieu de prière du roi).

A. Le pouvoir totalitaire du souverain

114. Il avait pour ambition première de réaliser l'unité politique de l'Imerina, Antananarivo de nos jours, puis de conquérir tout Madagascar : « *Ny ranomasina no valam-parihako* »¹. Il est réputé être ambitieux, intelligent, et résolu selon les termes de M. Cahuzac, vaillant et soucieux du bien-être de son peuple, nous le pensons. Il le dirigea d'une manière assez stricte et très disciplinaire : pour ce faire, il accumula les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire ; d'où le terme pouvoir totalitaire. Il organisa ainsi la chose publique selon sa propre conception politique et sociologique en étant illettré, dont le but était de maintenir l'ordre public, de vaincre la famine et de renforcer son autorité dans son royaume. Le cadre institutionnel des pouvoirs royaux ne fait aucun doute, les conditions générales de production du droit sont remplies et que les discours oraux à caractère juridique sont de véritables règles de droit, mais non pas de simples aphorismes moraux. D'après M. Hauriou, « le pouvoir gouverne par la création continue de l'ordre et du droit »², dans la société primitive malgache où le pouvoir royal devait assurer tout d'abord l'ordre public et l'ordre social : ses directives eurent été appliquées sans contestation, et le cadre institutionnel d'où elles émanaient n'a jamais été remis en cause. Idée que partage M. Eisenmann³ : « droit positif en entendant par-là les systèmes juridiques qui sont en vigueur ou l'ont été dans une société politique quelconque, car seule la totalité de ces systèmes mérite d'être nommée droit positif » ; le souverain proclamait lors de ses discours des règles de droit civil, de droit pénal, de droit fiscal, de droit « administratif » que l'on imagine non matérialisées. Il produisait, validait, abrogeait, transformait l'ensemble de normes juridiques incluant la législation orale, le pouvoir exécutif, la justice royale, le culte des ancêtres, la coutume, l'usage et la sagesse (moralité publique et collective). Le pouvoir totalitaire du roi Andrianampoinimerina

¹ *Ibid.* p. 93.

² HAURIOU M., Précis de droit constitutionnel, Librairie de la Société du recueil Sirey, Paris, 1923, p.143

³ EISENMANN, Centralisation et décentralisation, p. 3., in ROBIN Maurice, *Droit subjectif et pouvoir fonctionnel*, Thèse, Paris, 1953.p 15.

s'exerçait souverainement sur son peuple et sur son territoire, et en assure la contrainte sans aucun doute. Les règles coutumières qu'il sanctionna et rappela sont des règles de droit légiférées qu'aucun juriste ne peut nier quelle qu'en soit leur tendance sur la théorie des sources du droit selon l'exigence de la forme étatique et la qualité pertinente de ces sources.

B. La positivité de ses aphorismes juridiques

115. Selon la conception de M. Dabin¹, le normativisme serait : « le droit des juristes, règle posée par la société de manière très précise, règle garantie et sanctionnée au fors externe par un appareil de contrainte également étatique... droit de la discipline sociale »... en ajoutant par ailleurs que « le droit, est l'ensemble des règles de conduite édictées, ou du moins consacrées par la société civile, sous la sanction de la contrainte publique... ». Mais cette définition du normativisme ne nous suffit pas à déterminer que les règles orales prononcées par le souverain soient des normes juridiques au sens du « droit des juristes ». Nous rajoutons qu'une norme, une règle doit être impérative², obligatoire pour qu'elle s'exprime en droit : « le droit est révélé par la loi, la coutume et la jurisprudence »³.

1) Le caractère normatif de la législation orale du souverain

116. Les discours du Roi ne s'imposaient pas seulement par sa force rhétorique, à chaque règle de vie et de conduite dans son royaume correspondait une sanction⁴ : une contrainte par corps ou une contrainte pécuniaire, rien n'était laissé au hasard. Et quand des litiges naissaient et persistaient dans la société, il se levait en arbitre, parfois en véritable juge qui imposa la sentence ; c'était le pouvoir judiciaire royal. Il va sans dire qu'aux yeux des constitutionnalistes et au nom de la séparation des pouvoirs exécutif, législatif, judiciaire, les

¹ DABIN Jean, *La philosophie de l'ordre juridique positif spécialement dans ses rapports de droit privé*, Sirey, Paris, 1929, p.4., in *Ibid.* p. 151 et s.

² « L'impérativisme est une conception selon laquelle le droit est un ensemble d'ordres appuyés de la menace d'une sanction, d'un mal quelconque, et qui émane d'une autorité politique supérieure détentrice de la pleine souveraineté », op.cit., in LA TORRE Massimo, « Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart » [en ligne], *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, Klub Revus – Center za raziskovanje evropske ustavnosti in demokracije, 2013.p. 120 ; voir p. ex. TANI Alex et BEIGNIER Bernard, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Defrénois, 2020.

³ MARASCO Georges, *Expression et concrétisation du droit*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 7.

⁴ Pour « L'œuvre législative et sociale d'Andrianampoinimerina : Promulgation des lois du royaume et Organisation de la justice », voir JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 235 et s.

règles orales prononcées par le souverain ne peuvent être que des règles autoritaires ou dictatoriales. Mais nous sommes dans une époque d'un pouvoir primitif et traditionnel où ce qui nous importe est de démontrer que la règle est prévue et sanctionnée par une autorité publique. Il importe peu qu'elle soit écrite ou orale, que seule la formulation de la règle par le pouvoir en place suffise à entraîner son caractère normatif de règles juridiques désignant les sujets et l'objet du droit : tout en reconnaissant sa force impérative et son suivi effectif par la population. C'étaient les mêmes discours oraux du roi qui reconnaissaient et consacraient les normes coutumières en règles juridiques¹, retenues et reconnues pareillement par le droit écrit plus tard. Les historiens du droit reconnaissent le caractère normatif des discours du souverain, et par conséquent classent les normes édictées dans les Kabary en droit positif. M. Leca constate que : « dans les sociétés traditionnelles, où il n'existe pas d'autorité "publique" au sens où nous l'entendons et où l'écriture n'est pas nécessairement en usage, les lois sont souvent orales »², il cite notamment un paragraphe de M. Gilissen concernant les lois orales du souverain Andrianampoinimerina³. Le droit écrit par l'art. 263 du code de 1881 reprenait « les lois et coutumes anciennes jusqu'à ce jour observées (lalàna velona), alors même qu'elles ne figurent pas parmi les présentes, restent en vigueur et doivent être appliquées à l'égal des lois écrites figurant dans ce code »⁴. La théorie du droit de M. Bobbio nous montre qu'elle « est toute entière fondée sur cette idée simple que les normes ne sont rien d'autre que des énoncés prescriptifs... et l'oppose à la dogmatique... non pas du contenu normatif, mais de ses caractères formels et structurels »⁵, l'idée fonctionne parfaitement avec

¹ RAMAROLANTO-RATIARAY, Histoire du droit, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 11.

² LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 109.

³ « Elles sont proclamées par le chef, un groupe de chefs ou un conseil de sages et répétées à usage plus ou moins régulier pour en assurer la connaissance et le respect. Exceptionnellement, elles peuvent former un long exposé de règles juridiques, par exemple, les Kabary (= discours) des souverains du royaume malgache d'Imerina, vers 1787-1810 et souvent repris depuis. L'ensemble fut transcrit pour la première fois dans le "code de 305 articles" en 1881 » ; GILISSEN J., *Introduction historique au droit, esquisse d'une histoire universelle du droit*, Bruylant, 1979.p.38 ; « Historische inleiding tot het recht », Kluwer, Anvers, 1981, dernière édition néerlandaise.

⁴ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome II, E. Guilmoto, 1909.préface.p VI, dont l'objet principal de ce tome II est la codification des coutumes ; BERTHIER Hugues, *Lalàna velona sy fomban-tany mbola arahina eto Madagascar*, [s. n.], 1921.

⁵ GUASTINI Ricardo, Préface, « Norberto Bobbio, ou de la distinction », in BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, BRUYLANT LGDJ, 1998.p. 3.

la construction primitive du droit coutumier malgache que le roi Andrianampoinimerina accomplissait à travers ses discours oraux «prescriptifs» qui contenaient des normes à observer dans la vie quotidienne, dans les relations des individus entre eux, mais aussi les règles régissant les relations entre les individus et le royaume. Par ailleurs, M. Robin pense que «les sciences positives du droit décrivent le droit en vigueur»¹ : pour dire ainsi que ces discours portaient des règles prescriptives de droit et qu'ils étaient effectivement suivis par un groupe de personnes sur un territoire donné à moment donné. Comme formulait M. Bobbio du mode d'approcher l'étude du droit en tant que positivisme juridique sur un jugement de convenance et d'opportunité de «prendre le départ du droit tel qu'il est, plutôt que le droit tel qu'il doit être sert mieux au but principal de la science juridique...»². Le caractère obligatoire de ces règles orales est confirmé par les sanctions prévues et retenues contre les défaillants : à côté de ces sources formelles découlant des pratiques sociales coutumières, les théoriciens du positivisme juridique manifestent leur intérêt «pour l'articulation de tests fondamentaux (commandements d'un souverain, règle de reconnaissance, norme fondamentale) qui établissent de manière positive et décisive la validité formelle des règles de droit et les conditions de vérité des propositions de droit»³. Les sanctions pouvaient être des privations de droit ou de liberté, des contraintes par corps ou pécuniaires, des amendes ou des peines en nature ou par équivalence (p. ex., des zébus, la confiscation des terres, refus d'une demande, etc.). Si la coutume contient l'ensemble des normes sociales en vigueur à un moment donné dans un endroit donné, le droit coutumier se réfère à ces normes en prévoyant leurs sanctions, ce que le droit traditionnel écrit en rappelle leur validité.

2) À l'instar des anciennes coutumes de Rome

117. Les discours du roi renfermaient outre ses règles directives dans son royaume, la perpétuation des règles coutumières qu'il jugea utiles à son peuple, à l'égal des «plus anciennes coutumes de Rome "*mores maiorum*" : de l'époque où la Société était composée de *gentes* dirigées chacune par un pater familias, qui était une sorte de législateur au pouvoir sans

¹ ROBIN Maurice, *Droit subjectif et pouvoir fonctionnel*, Thèse, Paris, 1953.p. 18.

² BOBBIO Norberto. p. 3 et 29.

³ Pour Hart, la règle de reconnaissance «déterminera un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle visée qui les possède constitue bien une règle du groupe, et qu'elle devra être soutenue par la pression sociale exercée par ce groupe»; HART Herbert.L.A., *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 à la p. 120, op.cit., in TREMBLAY Luc B., «Le normatif et le descriptif en théorie du droit» [en ligne], *R.D.U.S.*, 33, 2002.p. 73.

limites, le *mos* était la règle de vie qui s'imposait à tous les membres d'une *gens* à l'égal d'une loi »¹. Sur les sources du droit, concernant tout particulièrement le droit coutumier, de sa conception et de sa conviction juridique : des points communs à tous les peuples aient été admis par la pensée de M. Jhering². Le roi avait en effet confié au père de famille le pouvoir de le représenter dans chaque foyer où il était question de l'application des règles de conduite dans la famille. Et « si l'on tient aux grandes règles de droit privé qu'il a posées, on peut dire que le principal souci d'Andrianampoinimerina a été d'organiser la famille, de protéger les biens de ses sujets et d'installer un embryon d'organisation judiciaire »³, tout comme la consécration des coutumes à Rome qui la rendit la première ville de l'antiquité (une métaphore de la ville d'Antananarivo). Le discours du souverain s'apparenta comme un commandement d'un chef militaire. Il justifia les règles imposées par la bénédiction de Dieu et des ancêtres pour le bien de son peuple, tout comme à Rome où « La religion apparaît chez les Romains comme la compagne inséparable de toute institution importante de la vie publique ou privée »⁴. Et c'est dans cette confusion entre la religion, le commandement

¹ SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.p. 7.

² VON JHERING Rudolf, *L'esprit du Droit Romain, Dans les diverses phases de son développement, Traduction Meulenaere Octave, tome II, 2^e édition, Maresq Ainé, 1886.p. 20 et s. : « L'aspect primitif qui signale les origines du droit de tous les peuples et que nous retrouvons « d'une manière isolée dans le droit coutumier, présente au premier abord, au point de vue d'une « appréciation purement sentimentale, un côté fort séduisant. C'est précisément le motif pour lequel « une saine critique doit le considérer comme entaché d'une imperfection radicale. La perfection « apparente de cet état originaire du Droit qui cache une imperfection réelle consiste dans « l'harmonie et l'unité qui le caractérisent. Le Droit est avec son sujet, il vit dans son cœur comme « sentiment, comme conviction juridique (*opinio necessitatis*). Il est un avec la vie, il ne la heurte pas « ainsi que le fait la loi, comme une exigence étrangère, mais il lui est immanent, il est à son ordre « propre, formé par elle-même. Il est un avec le temps, il progresse toujours et ne retarde jamais « comme la loi. Enfin, la conception du Droit tout entière est une en elle-même, point de contrariété « des lois. La décision ne se présente pas dans un paragraphe isolé, elle résulte de l'ensemble du « droit. Mais cette unité générale, cette cohésion est précisément le signe de l'imperfection. Le « progrès du droit réside dans la destruction de cette cohésion naturelle, dans une séparation, dans « une isolation continue ».*

³ RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », ministère de la Justice, 1962.n° 6 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, Président de la commission de rédaction du Code civil, 1964.p. 11.

⁴ VON JHERING Rudolf, *L'esprit du droit romain, Dans les diverses phases de son développement, Traduction Meulenaere Octave, Tome I, 3^e édition, Forni editore Bologna, 1888.p. 254.*

militaire, la finalité politique et de la production des règles normatives que se manifesta son pouvoir totalitaire. Mais comme aux premiers siècles de la fondation de Rome¹, il est des plus délicates manœuvres de distinguer le droit et la morale, puisqu'il était fortement imbriqué de valeurs morales à l'époque des premières législations malgaches. Le *Ius* et le *Mos* ne faisaient qu'un, le droit n'était que la coutume, la sanction du droit coutumier n'était autre que l'application des sanctions coutumières. En France, il faut remonter au-delà de l'ancien droit, à cette époque du droit romain où l'écriture était rare et le droit coutumier « réellement non écrit »². Si des esprits de résistance se manifestèrent, le pouvoir royal évoqua la volonté des « *Razana* » pour démontrer le caractère impératif de ses règles par la systématisation des sanctions : le culte des ancêtres s'entremêla avec les règles de loi et les règles coutumières.

II. La justice royale

118. La justice royale n'en fut pas moins lotie d'une organisation judiciaire et connut déjà les différentes instances du droit moderne et de la protection du droit de la défense : les *fukun'uluna* jugent en première instance, les *Vadin-tany*³ en appel et le roi en dernier ressort⁴.

A. Une justice royale basée sur la législation orale et les règles coutumières

119. La justice royale malgache jugeait les conflits les plus tenaces à l'intervention du *Fihavanana*, le souverain prévoyait d'ailleurs « Entendez-vous bien dans vos relations, car la justice royale vous coutera cher »⁵. L'existence de la trilogie des pouvoirs (exécutif, législatif, judiciaire) constitutifs d'un État ne fait aucun doute : la notion de séparation des pouvoirs n'implique pas l'inexistence d'un État ou d'un pouvoir public. C'est en partie pour cette raison que le souverain laissa son peuple participer au fonctionnement de la justice où il ne jugea que les crimes capitaux et lorsque la plèbe lui demanda d'appliquer la sentence. Une participation directe du peuple au maintien et à l'application des règles coutumières « réconcilier et rapprocher... les justiciables... »⁶. L'état de droit semblait effectif, l'exemple

¹ SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse, Bordeaux, 1941.p. 7.

² PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, *Traité élémentaire de droit civil*, [s. n.], 1932., 3e éd., F. Pichon successeur éditeur, Paris, 1904, n° 12, p.5

³ *Vadin-tany* signifie dans notre langage actuel « Huissier de justice » exerçant la fonction d'auxiliaire de justice.

⁴ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 352 et s.

⁵ *Ibid.*

⁶ RAKOTO Ignace, op.cit. RAMAROLANTO-RATIMARAY, Histoire du droit, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 12.

sur la compensation du « dommage subi » ou « *Onitra* »¹ (malgache) fait partie des règles de droit qui définissaient et encadraient les relations des personnes privées entre elles : elle était obligatoire pour un délit, un crime, la dégradation ou la perte des biens d'autrui. À côté de la compensation du dommage subi, le droit traditionnel malgache connaissait également le dommage moratoire quand le délai d'exécution d'une obligation n'eut pas été respecté : cependant, l'abus de ces droits à réparation ne pouvait être admis. De ce fait, nous estimons que la justice traditionnelle malgache jugeait inadmissible la demande d'intérêt lié à une perte et prévoit expressément la sanction pénale aux usuriers qui demandaient un intérêt exorbitant au-delà d'un taux légal² : mais il est erroné de dire que le droit malgache ne connaît pas les dommages-intérêts³ puisqu'elle accorda la réparation du dommage en excluant d'indemniser les intérêts liés à la perte de gain potentiel. Les préoccupations du monarque étaient « de confier le règlement des litiges d'abord aux « deux trois maisons érigées en tribunal familial »⁴ c'est-à-dire aux parents et voisins réunis en assemblée, puis en cas d'échec au fokonolona, sinon au *Vadin-tany* et enfin, « en dernier ressort au Roi lui-même »⁵. L'unification espérée du droit coutumier sur tout le territoire n'eut jamais été réalisée : les règles fiscales, administratives, civiles ou pénales étaient appliquées en fonction des territoires et des origines tribales.

B. Une justice royale construite par la force de l'équité à l'instar du Common Law

120. Le constat est assez frappant si l'on analyse les décisions de la justice royale⁶ et de la motivation des autorités judiciaires du royaume au stade embryonnaire de l'organisation

¹ « *Andraikitra tsy azo ialana na idifiana, raha tany maharatra olona na mahafaty ain'olona na mahasimba zavatr'olona, ny manome onitra ho solo na ho takalon'ny simba na ny maratra na ny maty* », in MERINALAVASOFINA, « Ny Ntaolo sy ny lalàm-pitodran-tena (Fihavanana na ny Fisakaizana) », *Isan'Andro* 1943, 1943.06.22. p. 1. ; AUJAS L., « Étude sur les dommages-intérêts en droit malgache », *BAM*, VII, 1909.

² Fixé à 24 % par an par l'art. 161 du code de 1881

³ Sur ce point, nous estimons que la Cour d'appel de Tananarive se trompait en déclarant que : « les dommages-intérêts n'existent pas en droit malgache » dans deux arrêts : C.T du 12 octobre 1899 et C.T du 30 novembre 1899. Jurisprudence contraire, C.T du 20 décembre 1906.

⁴ RAKOTO Ignace, *Recueil des jugements et arrêts rendus par les tribunaux à Madagascar, 1841-1896*, l'Harmattan Jurid'ika, 2009.p. 309 et s.

⁵ RAMANGASOAVINA Alfred, Garde des sceaux, ministre de la Justice, Les impératifs de la justice dans les pays en voie de développement, in Colloque du Droit Malgache, ministère de la Justice, 1964.

⁶ Pour aller plus loin, voir entre autres : RAKOTO Ignace, « La justice malgache était-elle symbolisée par le glaive ou par la balance ? », *Bulletin de l'Akademia Malagasy*, 2, 2006. RAKOTO Ignace ;

judiciaire malgache. En effet, les décisions prises par le roi, la reine ou de leurs substituts aient été motivées non seulement par les règles en vigueur, mais surtout par la prise en compte de l'«équité». Dans un procès, la partie demanderesse n'a jamais obtenu gain de cause totalement et son adversaire n'a jamais perdu totalement. Si en Angleterre, les sources formelles, proviennent du droit *Common Law*, étaient construites d'un côté à partir de la coutume générale immémoriale (*general immemorial custom*), des décisions de justice conservées dans les archives authentiques (*Records*) et de ses «succédanés» (*Reports*) et des décisions récentes (*all modern English decisions*) contenues dans les *Digest of English Case Law* et un peu plus tard par les Écrits sur le droit privé (Prérogative législative du Parlement anglais : *Act of Parliament*) faisant autorité. De l'autre côté, «l'équité» est une source non moins importante de droit, l'équité anglaise peut être définie comme «un corps de règles juridiques (*a body of rules*) ayant eu pour origine première, non la coutume ou la loi écrite, mais les données impératives de la conscience, règles exceptionnellement dégagées et développées par certaines Cours de Justice, principalement par celle de la Chancellerie»¹. La comparaison entre la justice royale malgache et les tribunaux anglais nous montre des similitudes dans l'application des règles coutumières et des règles nouvellement écrites où la justice était basée non seulement sur des règles coutumières et des décisions précédentes des tribunaux, mais de la prise en considération de l'«équité» comme un ensemble fictif de règles basé sur les données impératives de la conscience. «Les Malgaches, en effet, ont un profond attachement pour, suivant leur expression favorite, les lois des ancêtres, qui, depuis un temps immémorial, ont été fidèlement transmises par la tradition, et pour la justice»². M. Cahuzac reconnaît aussi dans ses récits la fidélité du roi Andrianampoinimerina à sa propre loi en sanctionnant par la peine de mort une de ses épouses pour avoir volé «quelques feuilles d'arum sans autorisation... (Où sans l'intervention de son peuple pour demander sa grâce, elle allait être exécutée et)... qu'il est resté populaire... à cause de ce trait d'égalité et d'impartialité dans la justice... ». Un témoignage de l'effectivité du principe de l'égalité de tous devant la loi coutumière et de ces données impératives de la conscience. Les règles en

RAZAFINDRATSIMA Fara Aina, DURAND Bernard et RABEARIMANANA Lucile, *Entre droit français et coutumes malgaches* [microfiche], Thèse, Fondation Varenne diffusion LGDJ, 2011.

¹ LEVY-ULLMANN Henry, Le système juridique de l'Angleterre, Tome 1, Le système traditionnel, Paris, 1928, p. 431, in POPESCO Georges-Iorgu D., *Le droit de rétention en droit anglais («Lien») avec des aperçus comparatifs sur les mêmes institutions juridiques correspondantes en droit français, en droit allemand et en droit suisse*, Thèse, Faculté de droit, 1930.p. 30.

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 2-3.

matière judiciaire étaient appliquées par la justice royale malgache dans les conflits privés comme les principes de l'équité du droit anglais « qui portent sur la considération d'un devoir ou sur l'intention présumée du titulaire d'un droit de propriété »¹ par exemple : la justice traditionnelle malgache est pensée à la fois comme recherche du juste et du vrai².

SECTION B. Au droit écrit

I. Les Codes écrits de l'époque royale

121. Les règles applicables dans le royaume Merina devenaient écrites tout en maintenant les règles orales et coutumières traditionnelles. Le droit moderne étant dans ce sens un droit légiféré contenu dans un texte et sanctionné par le pouvoir royal : l'écriture est devenue une technique de formalisation du droit et prononce la validité et la continuité d'existence des coutumes orales, et en consigne les règles coutumières, « ... il existe depuis longtemps un droit écrit, le droit Merina, qui a très souvent pris le pas sur les coutumes orales. »³.

– Depuis l'arrivée de la reine Ranavalona I (1828-1861), la législation malgache se mettait timidement à l'heure du droit moderne du continent européen et commençait à l'écrire sous la forme de Code : le 1^{er} Code malgache de 48 articles dès la première année de son règne en 1828. Cependant, les nouveaux codes promulgués faisaient référence aux règles orales et à la coutume des anciens sauf dans les cas où ils les abrogeaient expressément : p. ex., la polygamie, et un peu plus tard la répudiation. L'écriture devient la forme substantielle du droit, ce qui n'enlève en rien sa source coutumière et traditionnelle, mais améliore sa matérialité et ne dépend presque plus du souvenir des anciens de l'oralité et de son existence.

– Code de Radama II (1861-1863) : le Code des 71 articles en 1862 atténue la rigidité des dispositions du précédent code en abrogeant l'épreuve du Tangena, et la plupart des crimes passibles de la peine de mort, mais la Reine Rasoherina (1863-1868) veuve de Radama II les rétablissait. Et la sagesse malgache se perpétue ainsi que le pouvoir assez totalitaire des souverains qui s'étaient succédé : en 1863, le souverain Radama II, en continuant les œuvres de pacification de ses prédécesseurs, s'entourait néanmoins, et pour dire que le pouvoir royal malgache se transforma au fil du temps en un pouvoir partagé et à l'écoute des anciens et

¹ POPESCO Georges-Iorgu D. p. 31., et l'auteur cite les cas principaux : The vendor's lien for his purchase-money (le droit de rétention du vendeur pour le prix d'achat) ou encore The purchaser's lien for deposit (le droit de rétention de l'acheteur pour son versement).

² RAKOTO Ignace, *Recueil des jugements et arrêts rendus par les tribunaux à Madagascar, 1841-1896*, l'Harmattan Jurid'ika, 2009.p. 7.

³ POIRIER Jean, *Études de droit africain et de droit malgache, Présentation de Jean Poirier*, CUJAS, 1965.p. 2.

nobles du pays, d'un Conseil des Sages (Sénat malgache, composé des plus considérables notabilités hova ou Merina, appellation plus appropriée et juste, âgés au moins de 50 ans)¹.

– Code de Ranavalona II (1868-1883) : Code des 101 articles en 1868², Code des 305 articles en 1881 (ou Instructions aux Antily), en passant par la promulgation des instructions aux Sakaizambohitra en 1878, la reine retenait Jean Laborde, rappelé par le précédent souverain de son exil à La Réunion et de Maurice, comme Consul de France pendant tout son règne et ouvra même aux Français le droit d'acquérir des biens immobiliers à Madagascar³.

II. Le dernier Code du droit traditionnel malgache

122. C'est ce Code des 305 articles promulgué par la reine Ranavalona II en 1881, conforme aux différentes coutumes ethniques ou tribales largement suivies qui régissaient les Malgaches jusqu'à l'annexion de Madagascar par le pouvoir colonial. L'art. 263 dudit Code continue à maintenir les règles coutumières orales consacrées par les kabarys d'Andrianampoinimerina⁴. Les lois et les coutumes orales prenaient le chemin de l'écriture, de la codification, mais celles qui ne sont pas répertoriées n'en seraient pas moins source de droit, et la loi demandait de s'y référer, et déclarait qu'elles ont la même force que la loi.

L'existence des dispositions expresses dans le Code du renvoi aux coutumes et lois anciennes, en ce qui leur concerne, donne à ces dernières une forme scripturale, et confirme l'adage « *forma dat esse rei* » (la forme donne l'être à la chose) : « *quelle que soit la tradition théorique dont on peut se réclamer pour préciser le sens de la forme en droit, il faut reconnaître que celle-ci est toujours, pour la discipline juridique, une modalité d'existence de ce qu'elle formalise* »⁵. Depuis 1878, le formalisme est devenu obligatoire pour la première fois dans l'enregistrement d'un acte ou d'un fait juridique : la forme libre faite devant la famille et le Fokonolona ou du chef de la communauté ne suffit plus. Il faut que les actes

¹ RABEMANANJARA Jacques, *Les Dieux malgaches*, Hachette, 1964.

² 1^{er} Code imprimé sur ordre du Gouvernement malgache par l'anglais John Parrett, Imprimeur à Imarivolanitra.

³ Traité de commerce du 4 août 1868 aux termes duquel les Français obtenaient le droit d'acquérir en toute propriété des immeubles à Madagascar, et de se livrer, sans aucune restriction, à toutes les opérations commerciales et industrielles.

⁴ JULIEN Gustave, *Recueil de lois malgaches. Code des 305 articles promulgué le 29 mars 1881*, Imprimerie officielle, 1900. La traduction de M. Cahuzac : art. 263 prescrit « Que les lois et coutumes antérieures continuent à avoir leur valeur et à être en vigueur, alors même qu'elles ne sont pas reproduites dans le code de 1881 », in CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 184.

⁵ PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, *Traité élémentaire de droit civil*, [s. n.], 1931. 2^e éd., t. II. Pichon, Paris, 1902, p. 302 et s.

(civil : contrat, rejet ou d'adoption, etc.) soient enregistrés par les Sakaizambohitra (officiers de l'état civil) : la forme fait corps avec la volonté pour que l'acte juridique soit valide. Enfin, Ranavalona III promulgua « Les Instructions (ou ordres) aux gouverneurs » en 1889, code de procédure (administratives, etc.) contenant 61 articles. Il est à noter que « dans les esprits des souverains “Merina” (Hova), une seule loi, la loi “Hova” devait exister sur le territoire de Madagascar... »¹ et c'est le dernier code de 1881 et les Instructions aux gouverneurs qui eurent été les textes les plus répandus dans l'île. C'est sans doute pour cette raison que l'administration coloniale ne faisait que poursuivre au mieux l'unification du droit indigène en essayant toutefois d'adapter ces règles écrites aux coutumes locales les plus suivies (art. 116 du décret de 9 mai 1909).

CHAPITRE II. Au pluralisme juridique de l'époque coloniale

123. L'idée d'un pluralisme juridique et judiciaire à Madagascar était une réalité jusqu'à l'avènement de la 1^{re} République en 1960 (selon l'ethnologie et l'anthropologie juridiques : à côté de sa vocation originelle « consacrée à l'étude des droits exotiques, au moins par rapport aux sociétés occidentales »²). Pendant la période coloniale, deux droits étaient applicables en même temps et sur le même territoire (Section A) : d'une part, le droit écrit contenu dans les Codes (lois) et le droit coutumier pour les Malgaches, dont les conflits, étaient jugés par le tribunal spécial indigène, et d'autre part, le droit français applicable aux citoyens français et assimilés ainsi que les Malgaches ayant choisi d'être soumis au droit français dont les litiges étaient portés devant le tribunal de droit français (Section B).

SECTION A. Maintien du droit traditionnel malgache à côté du droit français

I. La source

124. Suite logique du Traité de paix entre la France et le royaume de Madagascar, signé le 1^{er} octobre 1895, le décret du 11 décembre 1895 rattache ce dernier au ministère des Colonies françaises et détermine les pouvoirs du Résident général à Madagascar. La reine malgache Ranavalona III proclame par une loi locale le 9 mars 1896 dans son art.1^{er} que « Le sol du royaume appartient à l'État (français)... » et rajoute que « les habitants continueront à jouir des parcelles sur lesquelles ils ont bâti et de celles qu'ils ont eu l'habitude de cultiver jusqu'à

¹ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 4.

² ROULAND Norbert, Anthropologie juridique, in ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadriga/Lamy-Puf, 2012.p. 64.

ce jour » (art.2). La loi française du 6 août 1896 proclame dans son art.1^{er} que : « Est déclarée colonie française l'île de Madagascar et les îles qui en dépendent ». C'est dans l'exposé des motifs qui maintient le droit écrit et la coutume malgaches en vigueur et applicables aux populations locales : « ... Le gouvernement (français) n'entend nullement porter atteinte au statut individuel des habitants de l'île, aux lois, aux usages et institutions locales » ; « la coutume juridique et le droit traditionnel écrit »¹. Par conséquent, dans les colonies françaises, et notamment à Madagascar et de ses dépendances, il fut maintenu aux indigènes l'application de leurs lois propres et de leurs coutumes ainsi que de leur statut personnel. L'application pure et simple de la loi française ignorée par la population et parfois contraire à leurs coutumes et mœurs créeraient des chocs de cultures et de civilisations, mais surtout des désordres inévitables : « abroger les us et les coutumes indigènes... serait une folie... »². En effet, « l'acculturation juridique va de pair avec la pluralité des ordres juridiques au sein du milieu social récepteur »³. La justice coloniale reconnaissait « les lois coutumières, manifestation spontanée des habitudes et des besoins des particuliers, ne sont renfermées dans aucun texte, mais leur existence a été souvent consacrée dans les kabary ou proclamations des souverains. Les kabary d'Andrianampoinimerina (1787-1810) constituent à ce sujet une source très précieuse du droit coutumier... »⁴, des lois coutumières à l'égal des lois écrites applicables sur le territoire malgache.

125. C'est pour cette finalité qu'il avait été mentionné dans les traités de paix et dans la loi d'annexion toutes les dispositions nécessaires à une organisation rationnelle facilitant la continuité du droit et du maintien de l'ordre public. L'arrêté du Résident général Gallieni du 28 février 1897 dans son art. 1^{er} édicte que « Les lois indigènes de l'Imerina sont maintenues dans celles de leurs dispositions qui ne sont abrogées ». En ce sens, la propriété royale sur le

¹ « ... En présence des faits acquis et consommés, le gouvernement, considérant les sacrifices par la France pour la conquête de l'île, vous propose de déclarer par une loi que l'île de Madagascar et les îlots qui en dépendent sont désormais une colonie française. Cette disposition n'implique dans notre pensée aucune modification dans la méthode à appliquer en ce qui concerne le gouvernement et l'administration intérieure de l'île. Le gouvernement n'entend nullement porter atteinte au statut individuel des habitants de l'île, aux lois, aux usages et aux institutions locales. Selon le régime de droit commun en matière coloniale, les lois françaises s'étendront désormais à l'île de Madagascar : mais, modifiées ou non, elles n'y entreront en application qu'au fur et à mesure qu'elles y auront fait l'objet d'une promulgation spéciale... ».

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 113.

³ Op. cit., PAPACHRISTOS A., *La réception des droits privés (...)*, p. 111, in AGOSTINI Éric, *Droit comparé*, Presses universitaires de France, 1988.p. 258.

⁴ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 2.

foncier et des impôts qui en découlent par exemple furent abrogées explicitement ou implicitement : ainsi, la « fête du bain (royal) » considérée comme la fête nationale a été remplacée par la fête du 14 juillet¹. Désormais, les jugements rendus par les autorités judiciaires indigènes seront au nom de la République française (art. 2). Cet arrêté reprenait les dispositions de maintenir la législation malgache par l'arrêté du 20 novembre 1896, confirmé par celui du 30 décembre 1898. Si M. Cahuzac parlait de l'embarras des magistrats, administrateurs et officiers chargés de présider les tribunaux indigènes puisqu'« aucun document, en effet, relatif aux usages et coutumes malgaches n'a pu leur être fourni »², M. Julien avait découvert des manuscrits³ inédits, jamais interprétés, mais qu'il eut pris en compte dans la traduction du code des 305 articles malgaches. **L'A.G du 1^{er} décembre 1900 déclare** dans son art. 1^{er} que : « Le Code des 305 articles des lois malgaches promulguées le 29 mars 1881, traduit par M. G. Julien, administrateur des colonies, ancien interprète principal du Gouvernement Général de Madagascar, édité et publié le 1^{er} décembre 1900, par l'Imprimerie Officielle de Tananarive, sera considéré à ce jour, comme étant le seul texte desdites lois »⁴. Et précise que ce caractère officiel est conféré au texte du Code lui-même et non aux annotations : art. 2 ; « ce texte devra à l'exclusion de tous autres, être usité devant les Cours et Tribunaux et dans les administrations de la colonie ». Par conséquent, droit civil et droit pénal⁵ indigènes étaient applicables si conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Les lois indigènes de l'Imerina ont été étendues et généralisées dans toute l'île par l'arrêté du 10 décembre 1904, puis confirmées par l'arrêté du 8 septembre 1909 dans ses art. 69 et 138.

¹ AG, 5 mars 1897.

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 4.

³ « Ici pour la première fois, nous disposons du témoignage précis, irréfutable, d'un Européen bien mieux, d'un Français... MAYEUR connaissait à fond les mœurs et les usages des Malgaches ; il nous a laissé des récits dont l'importance historique et géographique n'avait jamais été signalée avant la communication que fit M. A. Grandidier au Congrès des sociétés savantes le 11 avril 1896 », in JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 157 et s.

⁴ JULIEN Gustave, *Recueil de lois malgaches. Code des 305 articles promulgué le 29 mars 1881*, Imprimerie officielle, 1900.; GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910. ; GAMON Amédée, *Code annoté de la Législation et Dictionnaire de la Réglementation de Madagascar et Dépendances*, Imprimerie officielle, 1906. Tome 1 A-H, Tome 2 I-Z.

⁵ OZOUX Léon, *Droit Pénal Indigène*, Imprimerie officielle, 1939.

II. Les conditions : l'ordre public et les bonnes mœurs

126. Si au XIX^e jusqu'au début du XX^e siècle en France, la légalité et la suprématie du Code civil focalisaient toutes les attentions de la doctrine, ne laissant place aucune à la coutume. Par la conquête des territoires, la France eut adapté les lois françaises à la réalité de terrains : la colonisation, l'annexion, et les conditions de sous-protectorat (on parlait même de colonisation juridique¹) impliquaient un décret d'application sur le terrain conquis des lois civiles et pénales françaises. En même temps en France métropolitaine, la doctrine « s'est bien affranchie de ce culte : les miroitements jurisprudentiels lui (la coutume) offraient de plus vives satisfactions intellectuelles, pendant que la loi, de son côté, était dévaluée par le trop de lois. Par la brèche ainsi ouverte, la coutume a pu se faire une place _ pas toujours, il est vrai, en avouant son nom, mais en se cachant sous les apparences de jurisprudences invétérées ou dans le maniement pratique de notions à contenu variable »². Des auteurs définissent l'ordre public comme un « ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée, mais aussi des lois étrangères et des actes des autorités étrangères »³. Le droit civil français à travers le Code fait appel aux notions d'ordre public, de bonnes mœurs, de bonne foi, d'équité, de bon père de famille. Des notions imprécises et vagues, à contenu variable⁴, qui laissent souvent l'appréciation à la liberté du juge en matière pénale comme en matière civile et que la doctrine attache particulièrement à elles leur fondement moral. Le juge de proximité indigène ne faisait qu'appliquer la coutume et les règles indigènes, parfois il ne se borne pas à interdire, mais impose, de manière positive, des obligations aux parties. C'est aussi le point de vue des auteurs comme M. Laurent ou Brissaud : « ces expressions (ordre public et bonnes mœurs) sont tellement vagues qu'elles échappent presque à une définition rigoureuse » même s'il pense que le droit exige de les préciser et elles ne doivent pas rester vagues, ou encore ; « rien de plus variable que cette notion (les bonnes mœurs), rien de plus insaisissable ; elle se

¹ SERMET Laurent, *Le droit de la famille à Madagascar dans la décennie 1960, Les années soixantes dans le sud-ouest de l'Océan Indien : La Réunion, Madagascar, Maurice, Mayotte* [en ligne], Revue historique des Mascareignes, 2002.p. 227.

² CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 26.

³ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022.p. 715.

⁴ CARBONNIER Jean.p. 21.

moule sur la forme incessamment modifiée de la Société ; le temps et le lieu influent sur elle avec une trop grande puissance pour que l'on ait le droit de renfermer, à un moment donné, ses éléments dans le cadre précis d'une définition »¹. Dans cette étude préliminaire, nous ne prétendons pas à étudier ces notions, mais essayons de répondre à une seule question concernant l'institution malgache du devoir de respect aux aînés et de son éventuelle sanction « le rejet d'enfant ». Sont-elles l'une et l'autre conformes aux bonnes mœurs, à la morale publique, à la morale sociale, à l'ordre public « une institution essentielle et incertaine »², à l'ordre social, bref au droit civil français pour qu'elles puissent résister au principe d'incompatibilité des lois ? Autrement posée, la question est de savoir si les institutions sociales et juridiques du « devoir de respect aux aînés » et le « rejet d'enfant » ne sont pas en conflit avec la loi française ? La réponse à cette question nous semble évidente et permet de répondre positivement que les deux institutions malgaches sont conformes à la loi française puisque les faits sont là. D'abord, la coutume juridique et les codes traditionnels malgaches prévoyaient le devoir de respect aux aînés comme obligatoire : p. ex. dans la prise en charge des indigents, des personnes devenues vulnérables par leurs âges et sanctionnaient de saisie le patrimoine des familles qui les laissaient à l'abandon. Puis, l'administration coloniale prenait en charge l'enregistrement des actes de rejet dans les bureaux de l'état civil et posait les conditions de forme : le tribunal indigène³ validait ou annulait les actes de rejet suite à l'opposition du rejeté à deux reprises devant l'officier de l'état civil.

SECTION B. Un véritable pluralisme juridique selon le statut de l'individu

127. Le but de l'État colonisateur étant de ne pas brusquer les règles gouvernant les relations entre les individus et celles entre eux envers le pouvoir central. Il a été avancé la finalité de préserver autant que faire se peut la paix et l'ordre public en faisant des concessions sur l'application systématique des règles du droit français inconnues de la

¹ LAURENT, T. 1, p. 82 et BRISSAUD, op.cit. in RAYNAL Jean, *Etude sur les Conventions immorales*, Thèse, Paris, 1900.pp. 82-89.

² MALAURIE Philippe, Rapport de synthèse, in BEIGNIER Bernard et REVET Thierry (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996.pp. 105-111.

³ Tribunal du droit local du 1^{er} degré de Tananarive, jugement inédit n° 508 du 23 novembre 1957 validant l'acte de rejet n° 13 du 4 janvier 1957, confirmé en appel par le TPI de Tananarive, Chambre du droit local, arrêt inédit n° 230 du 16 juin 1958 ; jugement contraire en annulation de l'acte de rejet, Tribunal du droit local du 1er degré de Tananarive, jugement inédit n° 199 du 14 avril 1951, annulant l'acte de rejet n° 12 du 24 janvier 1951 à Tananarive-Ambatomainy.

population locale. Peut-on parler de pluralisme juridique¹ ou plutôt de dualisme puisqu'il existe deux lois applicables sur un même territoire déterminé ? Parallèlement, l'ethnologie² juridique faite en recensant les différentes coutumes encore en vigueur en considération des origines ethniques ou tribales avait démontré l'existence d'au moins six coutumes différentes.

I. Le droit traditionnel applicable aux citoyens indigènes

128. Selon Julien,³ « *Fady, fomba, lalàna velona, didindrazana, lovan-tsofina* (traduits : tabou, ligne de conduite, loi des ancêtres, héritage des oreilles) qui sont les véritables et seules sources du droit malgache... un droit coutumier auquel il faudra se référer chaque fois que l'on voudra rendre une justice équitable et conforme à la tradition » à côté du droit traditionnel écrit.

A. En matière civile

129. Outre le préambule de la loi du 6 août 1896 qui maintient le statut individuel des habitants de l'île que nous venons de citer, il fallait attendre plus de dix ans pour que le décret du 3 mars 1909 dans son art. 1 définisse l'état des personnes et le statut d'indigène en déclarant que : « L'indigène né avant l'annexion à Madagascar ou de ses dépendances, ou né depuis cette époque où elle s'est produite est sujet français : il conserve néanmoins le statut indigène et continue à être régi par les lois et coutumes malgaches sous les réserves et sauf les exceptions prévues par la législation en vigueur ». Et l'art. 2 précise que : « sont indigènes dans le sens du présent décret et justiciables des juridictions indigènes, les individus originaires de Madagascar et Dépendances ou autres possessions françaises ne possédant pas la qualité de citoyen français ou une nationalité étrangère reconnue ».

Il en ressort de ces dispositions que les Malgaches, devenus indigènes malgaches, étaient régis par le droit traditionnel écrit et les lois coutumières dans leurs relations entre eux, dans leurs

¹ SERMET Laurent, *Le droit de la famille à Madagascar dans la décennie 1960, Les années soixante dans le sud-ouest de l'Océan Indien : La Réunion, Madagascar, Maurice, Mayotte* [en ligne], Revue historique des Mascareignes, 2002.p. 225 et s.

² LEWIS Henri Morgan, *Présentation et Introduction à la Société archaïque*, Éditions Anthropos, 1877.p. 13 : « Morgan a été le fondateur de l'ethnologie en tant que science. Sa découverte des systèmes primitifs de la parenté a donné la première base concrète à la recherche ethnologique et a montré que cette discipline avait des buts distincts de ceux des autres branches de la sociologie : les phénomènes des sociétés primitives étant spécifiques, ils ne pouvaient être interprétés que dans les termes des croyances et des comportements propres à ces sociétés ».

³ JULIEN Gustave, *Questions de droit malgache, Études de sociologie et d'ethnologie juridiques, dirigées par Maunier René*, Domat-Montchrestien F. Loviton et Cie, 1931.pp. 4 et 12.

droits civils : en étant « simples sujets français », ils ne jouissaient pas des droits politiques. Et compte tenu de l'abolition de l'esclavage et des différentes castes (nobles, roturiers, esclaves : et les différents statuts de noblesse)¹, il ne pouvait plus y avoir qu'un seul et unique statut de Malgache, indigène : par conséquent, il ne pouvait plus y avoir d'autre considération catégorielle des indigènes malgaches « même au point de vue des règles de droit privé »².

B. En matière pénale

130. L'art. 116 du décret du 9 mai 1909 portant organisation de la justice indigène prévoit que : « Les tribunaux indigènes appliquent en matière répressive : 1° les lois et les coutumes indigènes en ce tout ce qu'elles n'ont pas de contraire aux principes de la civilisation française ; 2° la loi française en tout ce qui n'est pas prévu par la loi malgache et dans le cas où celle-ci serait contraire aux principes de la civilisation française ». Ce même décret de 1909 offrait une organisation réelle de la justice indigène en assurant aux indigènes la meilleure justice basée sur leurs lois et leurs coutumes. Au-delà de l'application des droits Merina sur tout le territoire et des textes repris dans l'organisation de la justice et de l'administration indigène, le juge endossa un rôle important pour pouvoir déroger à l'application du code de 1881 et de la coutume Merina. Il leur était permis en cas de règlement de conflits en dehors de l'Imerina d'appliquer la coutume locale en constatant et en formulant « avec soin, la coutume retenue par dérogation..., de la préciser, d'en indiquer le caractère général pour la région et de fournir toutes indications de droit et de fait de nature à justifier sa décision »³. Ainsi, le maintien des lois et des coutumes malgaches fut une priorité de l'administration française, nous verrons quelques exemples dans notre démonstration sur les règles coutumières ou le droit écrit malgaches. La loi pénale française fut une source subsidiaire en cas de défaillance, d'inexistence, ou de contrariété entre les deux droits français et malgache de l'époque et notamment par l'excessivité des règles de ce dernier. Le juge pénal était lui-même obligé de relativiser la portée des dispositions de la loi répressive malgache, entre autres les infractions, réprimées par la peine capitale dans l'art. 1 du code de 1881, qui se trouvaient caduques dans la plupart de ses alinéas du fait de la disparition de l'État royal où c'est l'élément constitutif de l'infraction lui-même qui manquait. L'inapplicabilité ou l'applicabilité des lois et coutumes indigènes trouvent leur limite aux principes de la civilisation française : il en découle de cette condition que les règles de droit

¹ A.G du 26 septembre 1896.

² C.T du 20 avril 1905 ; C.T du 20 septembre 1906.

³ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 5.

malgache ne pouvaient aller à l'encontre des bonnes mœurs et de l'ordre public français. Cette limite touche les conditions d'établissement de l'acte constitutif d'une infraction, mais également la proportionnalité de la peine prévue par rapport aux faits punissables. Il était notamment constaté selon le droit coutumier que le vol était considéré autrefois comme un crime sans distinction ou sans évaluation de la valeur pécuniaire de la perte.

P. ex., en cas de tentative de meurtre prévue par l'article 4 du code de 1881, la peine de mort a été jugée excessive et il y avait lieu d'appliquer le Code pénal français art. 304, §3 (ancien) sauf sur les crimes prévus par les anciens articles 296, 299, 300, 301, 302, 303, 304 § 1 et §2 d'assassinat, de parricide, d'infanticide, d'empoisonnement ou de meurtre précédé, accompagné, ou suivi d'un autre crime ou ayant pour objet, soit de préparer, faciliter ou exécuter un délit, soit de favoriser la suite ou d'assurer l'impunité des auteurs ou complices de ce délit¹. La confiscation des biens des personnes condamnées par l'art. 1 du code de 1881 semblait disproportionnée aux yeux de la civilisation française, il fallait relativiser l'application de cette peine supplémentaire selon les cas. Or le législateur malgache de l'époque pensait aux effets prophylactiques de cette peine sévère en pensant que l'éducation et la dissuasion familiales pourraient prévenir à toutes personnes malveillantes qu'elles risquent de tout perdre et la vie et la fortune en cas d'infraction criminelle.

II. Le droit « moderne » applicable aux citoyens français et assimilés

A. Les citoyens français et assimilés

131. En présence d'une distinction en fonction du statut de la personne, le citoyen français originaire de la France métropolitaine se voyait être régi par le droit français et justiciable devant les juridictions françaises de la colonie, ceux qui sont originaires des autres pays pouvaient se voir régir par le même droit commun français outre les originaires de Madagascar qui en faisaient la demande. Selon le décret du 3 mars 1909 dans son art. 1 suscité, l'indigène, sujet français, peut sur sa demande, à partir de l'âge de vingt et un ans, être appelé à jouir des droits de citoyen français² : la procédure à cette finalité est réglée par les articles 2 à 7. Le droit moderne désigne ici le droit français connu sous le nom de droit commun prévu par le Code civil et le Code pénal, mais il peut coïncider notamment à la pensée du droit moderne de la doctrine française. Cette situation a créé des solutions différentes de la Cour d'appel quant à la loi réellement applicable et à la compétence des

¹ Pour aller plus loin, voir *Ibid.* p. 127 et s.

² Art.1er du décret du 3 mars 1909 fixant les conditions d'accession des indigènes aux droits de citoyen français.

tribunaux : soit, les tribunaux indigènes étaient compétents quand toutes les parties étant indigènes¹ malgré le fait que l'une d'entre elles a choisi d'être soumise au droit français, soit quand la loi applicable au litige est la loi française et écarte la compétence des tribunaux indigènes. La solution retenue étant la loi indigène si les parties en cause sont indigènes et que le litige porte sur les droits réels ou personnels, régis par la loi ou la coutume indigène² : si une des parties se trouve régie par le statut de droit français, elle ne peut être soumise aux tribunaux indigènes, l'affaire est portée devant la justice française.

B. Le droit « moderne » des codes français

132. Le droit moderne au sens des « Modernes »³ du continent européen, même si une métaphore pourrait être acceptée du fait de l'existence des normes de droit malgache codifiées et promulguées par les autorités royales et qui étaient toujours en vigueur jusqu'en 1960, désigne le droit commun applicable sur le territoire français. La codification conduit à son paroxysme ce mode de réalisation du droit moderne⁴ : le droit positif trouve dans la forme légale son point d'origine, sa source. La pensée juridique moderne est marquée par la domination du modèle de la loi et de la règle. Non pas qu'un tel modèle date de la modernité, mais il déploie toute sa force sur l'idée que les modernes se font du droit. En particulier, la loi s'accorde à l'injonction rationaliste du droit naturel et des Lumières⁵, au poids persistant de la tradition, ainsi qu'à l'exigence démocratique qui soutient la centralisation de la production du droit entre les mains du pouvoir politique⁶. « La loi constitue alors le type idéal d'un droit des

¹ C.T du 17 mai 1933, Penant, 1934. 1. 209. En l'espèce : « Par testament, un indigène décédé ayant accédé au statut civil français a exhéredé ses deux enfants légitimes, méconnaissant ainsi les règles de droit français... », les enfants exhéredés demandaient au tribunal français d'annuler le testament en violation de l'art. 913 du CCF, l'arrêt de la Cour a rappelé que : « la compétence des deux ordres de juridictions tient uniquement à la qualité personnelle, française ou indigène, des parties en cause. Dans le procès actuel, toutes les parties étant indigènes, seuls les tribunaux indigènes sont compétents » ; décision contraire, C.T du 18 avril 1940 n° 61, « la succession d'un indigène de statut français devait être dévolue selon les règles du CCF et que seuls les tribunaux français étaient compétents pour en connaître » en adoptant le principe « la loi personnelle du défunt régit sa succession »

² THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache : les lois et coutumes Hovas, Fascicule III ; Les successions, les donations, les testaments*, R. de Comarmond, Jouve & Cie, 1953.p. 487.

³ FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien, p. 92 et s.

⁴ GAUDEMET Jean, *Les naissances du droit*, Montchrestien, 2006.p. 175.

⁵ VILLEY, « La formation de la pensée juridique moderne de la loi », op.cit. in FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien, *Décrire le droit... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, 2017.

⁶ LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002. p.349 et s

sociétés humaines qui est désormais posé (au contraire de la loi, divine ou civile, simplement recueillie dans les textes, fruit d'une révélation ou d'un héritage). Posé, c'est-à-dire également positif, ce qui lui permet encore de représenter des qualités d'objectivité, de vérité et d'accessibilité. »¹. Le droit moderne repose donc sur une certaine articulation de la loi et de l'interprétation : elles sont complémentaires, mais dans un ordre déterminé : la loi est première et l'interprétation seconde.² La loi détermine un point fixe à partir duquel se déploie la force du droit, la coutume malgache ne s'applique pas dans les relations qui intéressent au moins un citoyen français ou assimilé, et inversement un indigène ne peut se voir être régi par le droit moderne français s'il n'en fait pas une demande expresse, étudiée puis décrétée par le pouvoir colonial. Si telle est l'histoire du droit et de l'organisation de la justice avant l'indépendance de Madagascar, voyons maintenant ce qui en est du « droit positif » et de nos objets d'étude comparative. En effet, nous pensons avoir effectué un tour d'horizon des substrats nécessaires à la compréhension des deux institutions traditionnelles, objets de notre étude, permettant de poser préalablement les contextes malgaches dans la production du droit réellement en vigueur régissant en l'occurrence les rapports juridiques entre les membres de la famille dont le respect ou le droit au respect est sollicité relativement.

¹ FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien, *Décrire le droit... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, 2017, p. 93.

² FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien. p. 93.

PARTIE I LE DEVOIR DE RESPECT AUX AÎNÉS

133. L'origine du devoir de respect¹ aux aînés nous fait allusion à la notion de *bonis mores* qui entrainait dans tout l'*Ius* du droit romain : en effet, ces bonis mores «*étaient des usages domestiques ne s'étendant qu'à la cité et ne visant à la perfection morale que du seul civis romanus, débordèrent bientôt le cadre de la conscience individuelle et de la petite patrie pour acquérir un caractère d'universalité et devinrent les bonis mores populi romani*»².

Le devoir de respect était un usage des anciens, une règle de conduite, bonnes manières, bonnes mœurs, une règle de comportement : cette dernière d'après l'analyse de la distinction de Hart est la formulation claire et pénétrante de « celle que l'on peut faire entre les normes qui donnent des pouvoirs et les normes qui imposent des devoirs »³. Autant de

¹ Étymologie : du latin *respectus*, répit : respect porte plusieurs sens, 1° Sentiment qui porte à accorder à quelqu'un de la considération en raison de la valeur qu'on lui reconnaît -> déférence, révérence, estime... -> politesse... sentiment de vénération -> le respect pour les morts -> culte, piété – le respect d'un idéal, 2° au pluriel, Témoignage de respect -> hommage, 3. Considération que l'on porte à une chose jugée bonne, avec le souci de ne pas lui porter atteinte. Le respect de la parole donnée. 4. Loc. vieillie. Respect humain ; crainte du jugement des autres, qui conduit à se garder de certains actes. 5° Tenir quelqu'un en respect, dans une soumission forcée (en montrant sa force...), in LE ROBERT (dir.), *Le Robert illustré 2022*, Dictionnaires le Robert-Sejer, 2021.p. 1673 ; ou encore : 1. Considération qu'on a pour quelqu'un manifestée par une attitude déférente envers lui. 2. Souci de ne pas porter atteinte à. Le respect des lois. Loc. respect humain : crainte du jugement d'autrui. Sauf votre respect : sans vous offenser. Tenir quelqu'un en respect : le menacer d'une arme, in HACHETTE (dir.), *Dictionnaire Hachette encyclopédique de poche*, Hachette éducation, 2021.p. 491 ; enfin, du latin *respectus*, regard en arrière, égard, de *respicere* : respecter. Action de respecter au sens 1 (non-atteinte, non-immixtion, non-ingérence), au sens 2 (observation, accomplissement) ou au sens 3 (considération particulière, égard, déférence... (ex : droit au respect de la vie privée (art. 9, CCF) ; respect de la parole donnée, respect filial (art. 371, CCF). Antonymes. Troubles, violation, transgression, injure, légèreté blâmable. V. Honneur, réputation, fidélité... droit au respect « des œuvres de l'esprit », respect dû au mort (art. 225-17 CPF), droit au respect du nom de l'auteur : Respecter, au sens 1 (négativement). Ne pas porter atteinte, au sens 2 (plus positivement). Se conformer à... ex. : respecter la loi (l'observer), respecter ses devoirs (les remplir), respecter les délais requis, au sens 3 (à un degré encore supérieur). Marquer et manifester une considération particulière envers une personne, une institution, etc., in CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022.p. 909.

² SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.p. XXXVI et s.

³ HART Herbert L. A., *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, F.U.S.L, 1976, pp. 127-138, in SCARPELLI Uberto, GIANFORMAGGIO Letizia et CLAVREUL Colette, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, LGDJ Bruylant, 1996.p. 43.

correspondance d'attitude à avoir dans le cercle familial avant de se développer et atteindre les rapports individuels dans une communauté, dans la société, puis de trouver sa place dans les usages, les rites, la culture, la coutume, les règles de droit, bref dans une civilisation. Une métaphore que nous n'excluons pas de démontrer son caractère naturel, mais que nous nous efforçons d'en déterminer la portée juridique de cette institution sociale malgache. De savoir par quelle force elle a atteint le stade d'institution juridique : un fait social transcendant en fait juridique ; l'hypothèse d'une conception organiciste¹ d'une institution juridique semble se confirmer, c'est-à-dire se transformer, évoluer, vieillir et disparaître.

134. D'un côté, au point de vue de l'évolution du droit malgache, le devoir de respect et autres « préceptes de sagesse spécifiques au domaine sociologique et anthropologique, mais censés être désormais des régulateurs constitutionnels de la vie sociale, économique et politique (Le *Fihavanana*, le *fanahy maha-olona*, le *fifanajàna* [respect] et la croyance en un Dieu créateur) »² ont trouvé leur place dans la constitution et deviennent des valeurs fondamentales du droit. Si l'histoire nous apprend l'origine du respect des valeurs humaines individuelles, elle nous renvoie vers les données religieuses du décalogue et des révélations divines sur l'égalité des hommes devant Dieu. De nos jours, la « Modernité politique et la laïcisation de la société » ont développé une notion moderne d'égalité en droit « puisque c'est la seule raison humaine qui constate – ou déclare – que certaines facultés sont constitutives de l'essence de l'être humain, et doivent à ce titre être considérées comme autant de “droits”, dont le respect s'impose au législateur comme au juge »³. Une analogie de la faute morale à la faute civile devient une réalité dans des conditions où le précepte moral accède à la vie juridique et que le manquement à un devoir moral n'est autre que la violation d'une règle ou d'une obligation civile constitutive d'une faute. D'après Rau et Aubry⁴ : « le débiteur est en faute lorsqu'il a contrevenu à une obligation de ne pas faire ou lorsqu'il n'a pas apporté à l'exécution d'une obligation de faire ou de donner tous les soins dont il était tenu ». De l'autre

¹ En sociologie juridique, « la société est présentée comme un organisme vivant, un corps doté d'une vie... », son explication est souvent rapportée... à chaque institution particulière du droit », CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, LGDJ, 1988.pp. 11-12.

² RAMAROLANTO-RATILARY, Histoire du droit, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 15.

³ RENOUX-ZAGAMÉ M. -F., *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, 2003, p. 76, in LEVINET Michel, *Droits et libertés fondamentaux* [en ligne], Presses Universitaires de France, 2010. *Fondements métajuridiques* pp. 17-32.

⁴ AUBRY et RAU, La responsabilité civile, T. IV, 5^e édition par Rau, Falcimaigne et Gault, § 308, n° 2, p. 162.

côté, une institution sociale n'accède à la vie juridique que si elle est prévue et sanctionnée par le droit : il importe alors de déterminer si le devoir de respect est un droit et non un précepte uniquement moral (Titre I), puis d'analyser et de confirmer si le devoir de respect aux aînés trouverait à son tour sa qualification d'obligation juridique (Titre II).

TITRE I LE DROIT ET LE RESPECT

135. Le respect en rapport avec le droit est-il une norme sociale ou une norme juridique à part entière ayant les caractères de généralité, de permanence et de contrainte ? Le respect est-il un droit impliquant donc une obligation, est-ce qu'il se suffit à lui-même pour imposer sa force ou dépend-il d'un objet spécifique du droit ? En effet, l'instabilité de la notion de respect à chaque fois qu'il change d'objet ou qu'il agit tout seul pourrait influencer la classification que nous lui attribuons. Des choix s'imposent pour comprendre ce phénomène social tant réclamé par les individus, les institutions ou l'État en phénomène juridique, ce qui confirme la thèse comme quoi tous phénomènes juridiques sont des phénomènes sociaux tandis que l'inverse n'est pas exact. « Le respect de l'homme pousse le législateur à prendre certaines mesures destinées à assurer à celui-ci une certaine ambiance morale : ces dispositions sont prises parfois en codifiant simplement ce qui existe, la morale traditionnelle ; en introduisant, d'autres fois, des règles nouvelles. Ainsi on organise la répression de toute activité non conforme à l'état idéal moral, ou, au contraire, on organise un vaste encouragement des activités conformes »¹. Nous confirmons. Par le respect de la volonté collective, le législateur change d'appréciation de la valeur de l'idéal moral et entame un revirement radical : tout dépend de la considération de l'idée dominante à un endroit précis et à un moment donné, ou dans une reconnaissance internationale élargie². Dans ce 1^{er} titre de la Partie I, nous allons répondre à cette question cruciale : existe-t-il un devoir ou un droit au respect ? (Chapitre I). En effet, les constatations et analyses faites à travers les manifestations du respect dans le droit, nous induiront à confirmer ou à infirmer s'il existe un devoir de respect ou un droit au respect et d'essayer de déterminer sa nature juridique (Chapitre II).

¹ PASCANU Philippe, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Thèse, Faculté de droit Paris, 1937.p. 27.

² DUDH, al 1^{er} du préambule : « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde », adoptée à Paris le 10 décembre 1948, signée implicitement par Madagascar à la même date étant donné son rattachement à la France.

CHAPITRE I. Existe-t-il un devoir de respect ou un droit au respect ?

SECTION A. Les sources du droit à Madagascar depuis l'indépendance

136. Avant l'indépendance des pays africains, « l'attachement au droit traditionnel apparaissait comme un facteur de résistance »¹, or paradoxalement, « celle-ci obtenue, les nouveaux États ont généralement opté pour une modernisation juridique à l'occidentale »². La Commission malgache de rédaction du Code civil, entre l'urgence d'élaborer de nouveaux codes dans la nouvelle République et l'attachement à la civilisation malgache, n'a pas lésiné sur les moyens pour inventorier toutes les coutumes encore en vigueur et largement établies sur tout le territoire, pour essayer de synthétiser la culture juridique malgache et la modernité. La Commission entendait réaliser « un code authentiquement malgache parce qu'il tiendra compte dans la plus large mesure possible des coutumes juridiques constamment suivies et constatées lors des enquêtes coutumières et de l'esprit qui anime ces éminentes institutions »³. Ainsi le Président de la Commission préconisait à tous les composants et membres de veiller à respecter « les éléments fondamentaux rattachés à la coutume des ancêtres et des usages de chacun dans une finalité cohérente à l'unicité de l'instrument, de la technique juridique et des principes généraux, à l'originalité et authenticité, à la tendance à l'unification et à la modernisation ». Ce qui à notre humble avis ne constitue pas ni d'« acculturation juridique parfaite (qui équivaut à une déculturation juridique du milieu social récepteur) » ni de rejet définitif, mais d'une « gamme de métissages »⁴ de la culture juridique française (d'origine romano-germanique)⁵, « d'une base coutumière correspondant à l'âme du peuple »¹ et du droit traditionnel écrit malgache.

¹ POUGOUÉ Paul-Gérard, *La famille et la terre : essai de contribution à la systématisation du droit privé au Cameroun* [microfiche], Bordeaux, 1977., n° 198 à 223, pp. 166-186.

² ALLIOT Michel, *Ethnologie générale, L'acculturation juridique*, Paris, 1968, pp. 1180-1236, in AGOSTINI Éric, *Droit comparé*, Presses universitaires de France, 1988.p. 262.

³ RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », ministère de la Justice, 1962. Annexe I. p. 16.

⁴ PAPACHRISTOS A. C. et PAPACHRISTOU A. K., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975. p. 138.

⁵ ESOAVELOMANDROSO Faratiana, « Réflexions pour des réformes mieux adaptées en droit malgache de la famille », *BAM*, 1, 2012.p. 202.

I. Les sources principales du droit

137. Les sources du droit à Madagascar si l'on se réfère à la pyramide de M. Kelsen partent du plus haut niveau par la Constitution, les traités internationaux, la loi, les principes généraux du droit et/ou la coutume, le décret, l'arrêté et enfin la circulaire². La loi est ainsi entendue au sens le plus large comme « toute disposition émanant de l'autorité publique et présentant un caractère général impersonnel et obligatoire³ », même si certaines normes sont incontestablement des sources du droit⁴. Selon M. Cornu⁵, il existe des sources formelles du droit entendues comme « la forme sous l'action de laquelle la règle naît au droit ; moule officiel (...) qui préside positivement, à l'élaboration, à l'énoncé, à l'adoption d'une règle de droit » et des sources matérielles ou réelles définies comme « l'ensemble des données morales, économiques, sociales, politiques, etc., qui suscitent l'évolution du droit ».

À travers le recueil des lois civiles, les sources du droit dans le système juridique malgache à la veille de la codification sont le droit traditionnel écrit, les coutumes orales, le droit moderne (en l'occurrence le droit français) et enfin la jurisprudence (avant la colonisation et pendant la période coloniale). Pour ne pas confondre les sources traditionnelles de droit depuis la codification, nous emploierons le terme « droit traditionnel » (« *lalàna nentim-paharazana* » : *le droit venant des ancêtres*)⁶ incluant le droit traditionnel écrit et la coutume juridique (règles orales non écrites) ; ainsi nous aurons la pertinence de séparer et de distinguer d'une part le droit coutumier ou coutume juridique et des lois anciennes écrites rapportant ou consacrant ces règles orales coutumières et d'autre part les règles du droit positif malgache.

¹ Exemple de la Loi *Stratae* de la Catalogne française qui est incrustée dans le peuple depuis le XII^e siècle et y demeure ancrée malgré l'évolution du droit, in ASSIEU-ANDRIEU Louis, *Le destin de la loi Stratae : droit des puissances et droits du peuple en Catalogne* [microfiche], Toulouse, 1985. ; ASSIER-ANDRIEU Louis, *Le peuple et la loi (...)*, Paris, 1987, c., spéc.p. 219 : « où l'auteur estime que la vertu de cette loi est de montrer les « processus par lesquels le fait devient droit et le droit devient fait », in AGOSTINI Éric, *Droit comparé*, Presses universitaires de France, 1988.p. 267.

² Classification des Sources du droit selon RAMAROLANTO-RATIRAY, Sources du droit in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 23 et s.

³ AUBERT Jean Luc, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, A. Colin, 2000., n° 76, p. 61.

⁴ DEBET Anne, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil* [microfiche], Dalloz, 2002.p. 27.

⁵ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022. V° « Source », pp. 971-972.

⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, Président de la commission de rédaction du code civil, 1964.p. 10 et s.

A. Une position équivoque

138. Le Président de la Commission traçait la ligne du futur code malgache en disant que « ... ce code civil soit un code authentiquement malgache, une harmonieuse synthèse entre les grands systèmes coutumiers... « Mais si ce code doit respecter les coutumes, il doit aussi refléter la volonté d'unification et la volonté de progrès »¹. Diverses commissions régionales eurent été créées pour enquêter auprès de la population les coutumes encore suivies concernant le droit civil, notamment sur l'état des personnes et de leur patrimoine. La coutume perçue et suivie par la majorité des Malgaches ne pourrait être que la confirmation des données réelles, rationnelles, historiques et idéales comme sources fondamentales et matérielles du droit que le droit n'a pas figées dans sa forme positive écrite.

Nous avons constaté que les législateurs du droit traditionnel malgache et ceux du droit moderne de la République depuis l'indépendance ne cessent d'affirmer que la coutume se trouve côte à côte avec la loi, voire primer à cette dernière². Contrairement à l'avis de certains auteurs de placer la coutume à côté des principes généraux du droit tout en signalant qu'« une mention à part doit être émise à l'endroit des décisions des communautés villageoises, appelées Dina ou Dinam-pokonolona »³ ou encore Dinabe : des conventions villageoises ou « chartes populaires » qui s'appliquent pour une population donnée dans un endroit donné, après avoir été homologuées par le Tribunal. L'inversement des sources du droit par le législateur en voulant tout codifier et « moderniser » les coutumes, nous semble à l'origine de tous les maux et conflits qui subsistent de nos jours. Alors même que les autorités royales et coloniales qui se sont succédé appliquaient relativement le droit traditionnel écrit suivant les coutumes réellement établies et suivies, nous avons vu. Il est en effet incohérent dans l'esprit des législateurs successifs de vouloir « respecter » absolument les coutumes si chères aux

¹ RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », ministère de la Justice, 1962. N° 13.

² « On découvre alors que dans cette société traditionnelle, le droit, au sens romain du terme, ne joue qu'un « rôle secondaire. Le fondement de l'ordre social, de l'organisation de la société est constitué par les « *fomba* » (coutumes) qui prescrivent avec rigueur et précision ce qui se fait et ce qui ne se fait pas, ce qui est « *fady* » (tabou ou interdit), ce qui doit être dans toutes les circonstances de la vie sociale, et partant, de la vie juridique de chaque individu », nous confirmons, in *Ibid.* n° 5.

³ RAMAROLANTO-RATILARY, Sources du droit, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 23; RAHARIJAONA Henri, Le droit de la famille à Madagasikara, in. MBAYE Keba et ANCEL Marc, *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, G.-P. Maisonneuve et Larose, 1968.p. 196.

Malgaches et de moderniser le système juridique où même le juriste avisé peut se tromper pour situer la place de la coutume dans les sources du droit, faudra-t-il apporter une précision claire et non équivoque¹. D'un côté une affirmation volontaire et fondamentale du législateur de conserver la coutume comme source à part entière de droit, d'un autre, l'emprunt des solutions offertes par le droit français pour régler le droit malgache.

139. Par exemple, au regard des civilistes convaincus dont l'ordonnance n° 62-041 du 19 septembre 1962 régit leur matière, l'art. 11 prévoit que : « aucun juge ne peut refuser de juger un différend qui lui est soumis, sous quelque prétexte que ce soit ; en cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, le juge peut s'inspirer des principes généraux du droit et, le cas échéant, des coutumes et traditions des parties en cause, à condition que ces coutumes et traditions soient certaines, parfaitement établies et ne heurtent en rien l'ordre public et les bonnes mœurs » ; l'interprétation de ce texte plaçait la coutume et la tradition au même rang que les principes généraux de droit. Dans ce contexte conflictuel, puisque le texte parle de l'obligation du juge de connaître et de dire le droit, la coutume et la tradition ne sont que des sources subsidiaires en cas de vide juridique, ou d'imprécision de la loi. Or même si la jurisprudence n'est pas une source de droit², le juge, appelé à trancher un différend, peut s'inspirer de ces coutumes et traditions pour rechercher les mobiles et l'esprit qui ont déterminé l'acte qui lui est soumis, en apprécier les suites comme les résultats (art. 12). L'appel aux coutumes et aux traditions diverge dans ces deux articles où dans le premier cas l'interprétation de la loi à travers les coutumes et les traditions place ces dernières en seconde position tandis que pour l'interprétation de l'esprit et des mobiles dans l'acte, elles se positionnent au même titre que la loi, nous verrons plus loin que la coutume peut effectivement s'aligner avec la loi voire même s'imposer face à elle, même « s'il est dangereux de l'avouer »³.

140. Enfin, la place que l'on accorde à la doctrine comme source de droit en droit malgache⁴ ne se présente pas de la même manière de ce qu'on trouve dans les pays européens.

¹ ESOAVELOMANDROSO Faratiana, « Réflexions pour des réformes mieux adaptées en droit malgache de la famille », *BAM*, 1, 2012. « ... le droit coutumier coexiste avec le droit positif ». p. 201.

² AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2020. Avant-propos de M. Aubert, p. XI.

³ LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 98.

⁴ Nous invitons les lecteurs qui s'intéressent aux œuvres doctrinales malgaches au répertoire conçu et réalisé par le Pr, KNETSCH Jonas, *Bibliographie juridique de l'océan Indien* [en ligne], LexOI, 2021.

En effet, nous n'avons pas trouvé de notes ou de réflexions (sur la jurisprudence par exemple) abondantes apportées par la doctrine que nous pouvons constater dans les pays développés, manque de moyens ou de structures lui permettant de jouer son rôle dans son interprétation, dans sa description normative, nous regrettons que rares sont les œuvres doctrinales accessibles aux praticiens, aux étudiants, aux citoyens qui s'intéressent à leurs droits.

B. Éléments de droit comparé

141. Tout en considérant les différences d'opinions des auteurs sur les sources de droit (notamment de l'esprit positiviste qui ne considère que la loi étatique et constitutionnaliste), en général on admet quatre sources principales : la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine¹. Les sources du droit peuvent intégrer les principes (juridiquement reconnus), la tradition et d'autres formes qui génèrent implicitement ou explicitement du droit comme le contrat oral ou la convention collective. En France comme en Allemagne, la coutume a été rétrogradée, voire abrogée par les codifications respectives ne laissant de place que par l'appellation « selon l'usage ». Or une « tendance est à la réévaluation du rôle de la coutume. L'Autriche et l'Italie, des formules consacrent son application en renvoyant expressément les juges... En Espagne, le Code civil renvoie à la coutume à défaut de loi et il est attribué à celle-là un rang supérieur aux principes généraux du droit². Plus audacieux encore, plusieurs

¹ JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2015.p. 3.

² Art.1 du Code civil espagnol définit les sources de l'ordre juridique : « al.1, les sources de l'ordre juridique espagnol sont la loi, la coutume et les principes généraux du droit...al.3, la coutume ne fait foi qu'en l'absence d'une loi applicable, pour autant qu'elle ne soit pas contraire à la morale ou à l'ordre public et qu'elle soit éprouvée... al. 4, les usages juridiques qui ne sont pas simplement l'interprétation d'une déclaration de volonté sont considérés comme relevant de la coutume, al. 4, Les principes généraux du droit s'appliquent en l'absence de loi ou de coutume, sans préjudice de leur caractère sous-jacent à l'ordre juridique... ».

Voir aussi par exemple la place de la coutume en Navarre, « Le droit privé de la Navarre est basé sur la coutume... considérée comme la plus caractéristique des peuples primitifs et médiévaux, aujourd'hui sur le territoire espagnol, elle apparaît comme la première à s'appliquer dans l'ordre de préférence des sources signalées dans la « Compilation du Droit particulier privé de la Navarre ou *Fuero Nuevo* ». *Fuero Nuevo* du 1er mars 1973, loi 2, signale l'ordre de préférence des sources : 1° la coutume, 2° les lois de la Compilation, 3° les principes généraux du Droit navarrais, 4° le droit supplétoire. Les limites d'application de la coutume comme source préférentielle de droit renvoient aux dispositions de l'art. 1 du Code civil espagnol, sont prévues par la Loi 7 du *Fuero Nuevo* : « sauf si cela est contraire à la morale, ou à l'ordre public, porte préjudice à un tiers ou s'oppose à une loi prohibitive de cette compilation avec sanction de nullité », in SALCEDO IZU Joaquin, *Le droit de la famille en Navarre*, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.pp. 133-141.

codes contemporains, en Suisse¹ et en Grèce par exemple, présentent loi et coutume comme deux sources de droit placées sur un même plan. »².

142. En conclusion, nous pouvons penser une dissemblance de la place de la coutume dans le droit malgache et de celle du droit français qui considère la coutume plutôt comme une source subsidiaire de droit : nous parlons évidemment d'une source formelle et non de l'origine coutumière d'une loi qui reste effectivement bien conséquente, qu'elle soit d'origine populaire ou qu'elle soit d'origine savante.

II. La place fondamentale et privilégiée de la coutume

143. Historique. M. Leca évoque les sources formelles du droit en présentant les sources fondamentales, dont la loi et la coutume et les autres sources à savoir la jurisprudence et la doctrine : « En droit romain et dans les droits qui en sont issus, tel le droit français ou le droit allemand, la coutume se définit comme un usage répété ayant force obligatoire ». L'auteur rappelle également l'incertitude sur l'ordre chronologique de l'émergence de la loi et de la coutume que l'on ne saurait déterminer laquelle apparaît en premier tout en rappelant les trois éléments constitutifs de la coutume que l'on trouva chez Cicéron dont l'usage que la matérialité était appelée par les juristes romains le *corpus*, elle est une obligation requérant l'*animus* (du sentiment d'obéissance au droit), enfin la coutume est répétition. Si telle est l'historique de la coutume dans l'ancienne Europe occidentale où l'on a fait le constat de l'existence de l'*agraphoi nomoi* dans la Grèce antique (droit non écrit), du *mos maiorum* (l'usage des ancêtres) de l'antique Romaine, le moyen âge occidental connaissait « ses *consuetudines*, d'où nous avons tiré le terme français de coutume »³ : voyons-nous comment la coutume émergea dans la fonction normative de la société malgache ?

A. La consécration de la coutume par les autorités

144. Pour la présentation des lois civiles « modernes », le ministre de la Justice avouait la complexité du système juridique malgache qu'il convient de classer le droit civil selon leurs sources. « Conscient de la nécessité de rénover le droit civil traditionnel tout en respectant les coutumes qui constituent pour les populations malgaches leur loi naturelle, le Gouvernement par un décret du 27 avril 1960, créait une "Commission de rédaction du Code civil" placée

¹ Code civil suisse de 1912, art. 1 : « ... à défaut d'une disposition légale applicable, le juge se prononce selon le droit coutumier... ».

² LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 98.

³ *Ibid.* p. 93 et s.

sous ma présidence et chargée de rechercher les dispositions coutumières actuellement applicables dans les différents groupements ethniques... tenir compte, dans la mesure du possible des règles coutumières dans chaque province, en attendant l'extension et l'application à l'ensemble du pays d'une législation unifiée... »¹. Il a rappelé la coexistence de la loi écrite avec les coutumes dans le système juridique malgache, a distingué six grands groupes de coutumes (du sud-est, du sud, de l'ouest, du Betsimisaraka [est], du nord et du centre) qui n'ont pas été expressément abrogées ou interdites² à côté du droit écrit Merina³.

1) Qu'est-ce que la coutume ?

145. La coutume (proprement dite, d'origine populaire, qui est la pratique suivie par la masse⁴) à Madagascar est la loi par excellence depuis la législation orale imposée par le souverain de l'époque, elle fut alors pourvue de sanction « étatique » : « elle est un contrat formé par le consentement populaire, elle est aussi une règle de droit voulue par le souverain »⁵. Cette coutume contenait toutefois des variables suivant les tribus éparpillées dans toute l'île : la coutume représenta alors les règles de conduite et régissait les relations des individus entre eux, dont celles familiale, sociale, économique et commerciale. La généralité et la permanence, qui caractérisent la loi et font son autorité, ne sont pas les traits caractéristiques marquants de la coutume, car elle « permet les particularismes régionaux... la même chose pour la durée de la coutume. Celle-ci a plus de souplesse, elle évolue avec plus de facilité que l'action législative »⁶ : les coutumes sont les réalités permanentes, le droit, une courroie de transmission vers la modernité, une ouverture vers le monde extérieur⁷.

¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, Président de la commission de rédaction du Code civil, 1964.p. 9.

² C.T du 5 mars 1897 : « De l'art. 263 du code de 1881, il résulte que ce code n'est que la codification des coutumes. Il consacre celles qu'il reproduit et maintient celles qu'il ne reproduit pas ».

³ Art. 263 du code de 1881 : « les lois et coutumes qui sont d'un usage ancien et constamment suivi sont des lois et coutumes vivantes qu'il convient de suivre et qui ont la même valeur juridique que celles incluses dans ce livre, même si elles ne sont pas écrites ».

⁴ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 245.

⁵ ASSIER-ANDRIEU Louis, *Coutume et Usage*, in ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-Puf, 2012.pp. 317-326.

⁶ MARASCO Georges, *Expression et concrétisation du droit*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 8.

⁷ NJARA Ernest, *L'intégration des coutumes dans le droit moderne à Madagascar*, in *Regards sur le droit malgache*, l'Harmattan Jurid'ika, 2010.p. 76.

À Madagascar, il existait deux sortes de coutumes populaires, la coutume (dans son sens large) qui n'était pas contestée ni par le souverain ni par la population et celle que les premiers codes écrits reprenaient ou déléguaient expressément à la coutume sa force de loi : elle est obligatoire. Ce qui implique la coutume contenant des règles normatives locales non écrites d'une part et d'un droit écrit d'origine coutumière s'imposant à l'ensemble du territoire national d'autre part : une hiérarchie subtile à l'intérieur même des règles normatives coutumières. Cette hiérarchie des normes coutumières nous permet de dire d'une part que l'extension d'un usage, des habitudes sur un territoire donné pendant une durée plus ou moins longue donne à certain comportement ou fait social une légitimité de base sans pour autant accéder à la vie juridique, et d'autre part celles qui sans être retenues ou inscrites dans les codes, mais ont la force de la loi puisqu'elles avaient été consacrées par la législation orale, reconnues par une population large comme impératives continuellement.

146. Par exemple, il était de coutume à Madagascar que l'on coupe les cheveux pour la première fois à un enfant à un moment donné de l'année et à un âge à peu près reconnu (plus ou moins entre un et deux ans) : si ce rite (*Ala volon-jaza*) était généralement suivi par la masse, il n'engendre ni une obligation ni une sanction ; il reste donc une tradition, une coutume non juridique puisqu'aucune règle n'interdit ou ne sanctionne la coupe des cheveux des enfants avant l'âge d'un an ou après l'âge de deux ans, d'ailleurs, cette coutume était tombée en désuétude. Or, dans la coutume Betsileo, on pratique la coupe de cheveux suite à un événement heureux ou malheureux, « pour prendre un nom estimé comme honorable, ou en souvenir d'un de ses aïeux »¹, une coutume qui génère des conséquences juridiques puisqu'elle permet à une personne de changer de nom alors même que l'option est très limitée et encadrée par la loi. Il en est de même de la circoncision (une coutume générale) qui n'est pas légiférée, dont les conséquences peuvent être juridiques, droit au tombeau familial, droit patrimonial familial. Cette différence de coutumes peut rendre compliquée l'unification du droit à Madagascar, car si elles sont largement suivies et impératives dans un endroit, elles peuvent être contraire à la loi et aux autres coutumes en dehors de ce territoire. Mais si ces mêmes usages, faits et habitudes sont impératifs pour rendre un autre fait ou un comportement social valables et opposables à tous, ils accèdent à la vie juridique soit par une sanction prévue par des textes de loi subséquents (la coutume perd sa raison d'être et devient une loi) soit par la reconnaissance des autorités étatiques (exécutives et judiciaires). Nous les verrons ci-après.

¹ COMMISSION DE RÉDACTION DU CODE CIVIL, « Rapport de synthèse, présenté par la Commission Provinciale de Constatation des Coutumes de Fianarantsoa », ministère de la Justice, 1961.p. 3.

2) Et la coutume juridique in fine?

147. « La définition de la coutume à Madagascar peut donc être énoncée de la façon suivante : la coutume est un usage qu'une longue tradition et le respect des Ancêtres ont rendu obligatoire »¹. Cette vision de la coutume malgache eut été déjà avancée par M. le Président Gamon Amédée : « les lois coutumières, manifestation spontanée des habitudes et des besoins des particuliers, ne sont renfermées dans aucun texte, mais leur existence a été souvent consacrée dans les kabary ou proclamations des souverains... »² ; en précisant auparavant que les lois à Madagascar découlent de deux sources, celles qui « ont été expressément formulées par le législateur... le droit écrit. D'autres, sans avoir été écrites, sont en vigueur et observées comme s'étant introduites par l'exemple et la coutume : c'est ce qu'on appelle le droit coutumier ou les lois coutumières ». La place et la définition de la coutume ont été spécifiées aussi dans le rapport de synthèse et la présentation des lois civiles malgaches : « dans le système juridique malgache, la loi écrite coexiste étroitement avec les coutumes, ces usages populaires, dont l'application est constante et remonte aux temps les plus anciens »³. Parfois, la communauté locale s'organise pour faire régner l'ordre et l'harmonie dans leur propre territoire, à cette fin elle institue des règles de conduite et de sanctions appelées « *Dina* », où les comportements contraires à la conscience collective sont réprimés par ce pacte local : « le positivisme sociologique »⁴. Par exemple, un individu reconnu coupable d'un vol de zébu doit indemniser la victime au double, voire même au quintuple, de son butin. Le « *Dina* » réprime aussi sévèrement⁵ des promesses non tenues au même titre que le vol. La justice « populaire » de proximité facilitait le règlement des conflits locaux dans les endroits reculés, mais elle entraîne forcément l'inefficacité de la loi face à la coutume. La considération hiérarchique similaire entre la coutume et la loi pose alors des difficultés à l'État, en particulier aux autorités judiciaires.

¹ ROUHETTE Anne, Professeur agrégée des Facultés de Droit et des Sciences économiques, Le rôle des coutumes dans le droit des personnes, in Colloque du Droit malgache, ministère de la Justice, 1964. Cahier n° 2. p. 3.

² GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 1 et 2.

³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, Président de la commission de rédaction du Code civil, 1964.p. 15.

⁴ « La légitimité des prescriptions relatives aux droits et libertés tient à leur conformité aux exigences de la conscience collective », in LEVINET Michel, *Droits et libertés fondamentaux* [en ligne], Presses Universitaires de France, 2010. *Fondements métajuridiques*, pp. 17-32.

⁵ Se souvient-on du temps des peines privées romaines du double, triple, quadruple des XII Tables.

B. La coutume : une source à part entière du droit

1) À Madagascar

148. La première Constitution de la République malgache, en se référant à la Déclaration des droits de l'homme des Nations unies, dans son préambule de la garantie des droits fondamentaux de l'homme, confirme dans son art. 32 que la loi fixe « l'organisation de la famille, l'état et les capacités des personnes, les successions et les libéralités, et d'une manière générale la constatation, la codification ou la modification des coutumes relatives au statut civil... ». Compte tenu de l'existence de six grandes coutumes et des coutumes locales que représente le peuple malgache qui contient au moins 18 ethnies différentes : il se peut dès lors que certaines coutumes jugées locales ont été expressément négligées au profit d'une coutume dite générale, mais la Commission de rédaction laisse l'appréciation de certaines coutumes au juge de leurs conformités aux lois. Les règles coutumières sont des sources de droit non écrites consacrées par le droit positif¹ dans la partie relative notamment à la répression du déni de justice, et ce en vertu de l'art. 11 de l'Ordonnance n° 62-041 du 19 septembre 1962 où « en cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, le juge peut s'inspirer (...) le cas échéant, des coutumes et traditions des parties en cause, à condition que ces coutumes et traditions soient certaines, parfaitement établies et ne heurtent en rien l'ordre public et les bonnes mœurs » et l'art. 12 permet en outre de s'inspirer de ces coutumes et traditions pour rechercher les mobiles et l'esprit d'un acte juridique qui lui est soumis et en apprécier les suites et les résultats². Enfin, il est de tradition judiciaire que la violation de la coutume ouvre un recours en annulation tout comme la violation de la loi, l'incompétence ou l'excès de pouvoir³. Et lorsqu'il a été établi que la coutume réellement établie et suivie fut violée, une décision de justice contraire pourrait être annulée.

149. Parmi les exemples concrets de la coutume comme source de droit, la loi en vigueur sur le mariage confirme dans son art.2, al. 2 que : « il y a mariage : lorsqu'un homme et une femme ayant accompli les cérémonies traditionnelles constitutives d'une union permanente entre eux, cette union est enregistrée à l'état civil » ; la cérémonie coutumière est génératrice de droit dans le couple, la condition prévue par la loi n'est autre que son enregistrement à

¹ RAMAROLANTO-RATILARAY, *Sources du droit*, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 22.

² THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache moderne, Tome I, Fascicule I : Le nom, l'absence, les actes de l'état civil*, Librairie de Madagascar, 1962. Recours par le juge aux coutumes et aux traditions, p. 59.

³ C.T du 17 décembre 1903 ; C.T du 27 décembre 1906.

l'état civil. Nous pouvons avancer que le « droit coutumier est un ensemble de règles ou de normes non écrites en vigueur ». D'autres exemples de coutume source à part entière de droit viennent de la loi n° 68-012 sur les successions, testaments et donations où l'art. 25 prévoit que toute personne, saine d'esprit que la « loi ou les coutumes » n'a pas déclaré incapable peut disposer, par testament, pour le temps où elle n'existera plus, de tout ou partie de ses biens. Enfin, la loi n° 63-022 du 20 novembre 1963 sur la filiation, pierre angulaire du droit de la famille et du droit civil, prévoit dans son art. 4 que : « l'enfant conçu ou né durant une union célébrée selon les coutumes, mais non enregistrée a pour père l'homme engagé dans cette union ». Par conséquent, le texte attribue une présomption de filiation paternelle à l'enfant issu d'une union coutumière non enregistrée à l'égal d'un enfant légitime. De même, l'art. 18 énonce que : « Pendant la minorité de l'enfant et si le père est décédé ou hors d'état de manifester sa volonté, la reconnaissance peut être faite par l'ascendant qui, selon la loi ou les usages, exerçait ou exerce l'autorité sur le père, sous réserve de l'accord préalable de quatre membres de la famille désignés selon les coutumes ». La loi appelle expressément les coutumes, c'est-à-dire selon l'endroit et les règles suivies par la population donnée, pour désigner les membres de la famille. L'assimilation de la loi et de la coutume comme source de droit n'est pas illusoire, les discours de la loi parlent d'eux-mêmes. M. Ramarolanto-Ratiaray affirme qu'« en droit malgache, l'expression « sources du droit » désigne traditionnellement « l'ensemble des règles juridiques applicables dans un État à un moment donné »¹. Mais ces acceptions vagues et imprécises ne nous satisfont pas, nous rajoutons à cette description les règles coutumières qui font partie intégrante de ces règles juridiques applicables puisqu'elles sont prévues expressément par le droit positif ; « et s'il y a loi, cette loi n'est acceptée et suivie que si elle est conforme à la coutume »². En effet, « le pourvoi ne peut être formé que pour violation de la loi. La violation des coutumes est assimilée à la violation de la loi » : l'art. 25 de la loi organique relative à la Cour Suprême³ malgache et les trois cours la composant l'énonce clairement et sans ambiguïté ; dès lors, la coutume se trouve au même niveau que la loi en droit malgache sur le classement pyramidal sus-évoqué.

¹ RAMAROLANTO-RATIARAY, Sources du droit, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, p. 19.

² RAMANGASOAVINA Alfred, op.cit., in RAKOTOBE RALAMBONDRAINY Nelly, Les modifications essentielles du droit malgache de la famille et propositions en vue de leur application, in *Regards sur le droit malgache*, l'Harmattan Jurid'ika, 2010, p. 126.

³ Loi organique n° 2004-036 du 28 juillet 2004 relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois cours la composant (Cour de cassation, Conseil d'État, Cour des comptes) ; Titre II, la Cour de cassation.

150. La coutume, selon l'anthropologie juridique, «est une règle tenue pour obligatoire parce qu'on la sent conforme à la représentation collective du droit»¹ : c'est là son essence. En ce sens, «le droit malgache comprend l'ensemble des lois qui règlent la conduite des Malgaches entre eux. Ces lois sont constituées tant par des lois écrites que par des lois coutumières»². Ces traits caractéristiques des sources du droit restent d'actualité même si des efforts d'unification ont été entamés par le législateur de contenir dans un seul et même texte écrit, pour tout le territoire, les règles de droit en vigueur. La limite de la coutume est posée par l'art. 11 (Ord. n° 62-041) de « *larga inveterata* » et ne doit pas heurter l'ordre public et les bonnes mœurs. Par ailleurs, l'art. 2 al. 4 de la nouvelle loi sur les régimes juridiques applicables aux propriétés foncières privées non titrées³ définit entre autres ces dernières comme l'ensemble des terrains urbains comme ruraux appropriés selon les coutumes et les usages du lieu et du moment, appropriation, ainsi qu'aux anciennes zones de pas géométriques lesquels demeurent rattachés au domaine privé de l'État. En d'autres termes, les terrains reconnus, par la commune et le fokonolona⁴ (puis validés par les guichets uniques suivant un plan local d'occupation foncière préétabli), vulgarisés depuis un certain temps (15 ans d'après ladite loi) par des particuliers peuvent se voir attribuer des titres fonciers à ceux qui selon la coutume seront considérés comme propriétaires.

2) La place de la coutume en droit comparé

a. Quelques exemples des pays ayant la coutume comme source formelle de droit

151. En Afrique. Prenons l'exemple de la République du Cameroun qui connaît le pluralisme juridique en présence de l'Ordonnance⁵ n° 81-02 du 29 juin 1981 régissant le droit de la famille applicable aux parties anglophones et des règles coutumières d'environ 250 ethnies⁶, «De ce fait, dans l'ouest anglophone, les lacunes de l'Ordonnance de 1981 sont

¹ ALLIOT Michel et KUYU Camille, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Karthala, 2003.p. 40 ; ALLIOT Michel, L'année sociologique, Coutume et Mythe, 3^e série, pp. 369-383.

² GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 1.

³ Loi n° 2021-016 du 28 octobre 2021 portant refonte de la Loi n° 2006-031 du 24 novembre 2006 fixant le régime juridique de la propriété foncière privée non titrée.

⁴ RARIJAONA René, *Le concept de propriété en droit foncier de Madagascar (étude sociologique, préface de Jean Carbonnier)*, Imprimerie Moderne de l'Est, 1967. Droit de propriété coutumier individuel, p. 28.

⁵ Abrogeant la première loi uniforme relative aux questions familiales, n° 68/LF/02 du 11 juin 1981.

⁶ MVENG E., Histoire du Cameroun, 1963, in SOUS LA DIRECTION DE JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Centre National de la Recherche scientifique, 1991.p. 77 et s.

invariablement comblées par la common law ou le droit coutumier applicable »¹, c'est-à-dire que le droit positif est composé en cas de lacunes du droit écrit par la combinaison différente des sources de droit en fonction du territoire où l'on se trouve : ce qui confirme effectivement la thèse du pluralisme juridique. Si la richesse des sources de droit implique forcément dans les pays africains l'assurance de l'existence des règles de conduite dans une communauté, elle entraîne pareillement une instabilité du droit applicable et parfois génère des coutumes *contra legem*² source de difficultés des autorités et du juge dans l'unification du droit et dans l'application et l'interprétation des textes légaux.

152. En Asie. En l'occurrence, au Vietnam, l'aîné de la famille trouve sa place au sommet du groupe familial, et assume son rôle de protecteur et de décideur en toutes circonstances en considérant sa longue vie au cours de laquelle il a pu accumuler richesse et expérience : apte à interpréter la loi des ancêtres et transmettre la coutume³.

b. La place de la coutume en droit français

153. L'histoire de France et l'histoire du droit nous enseignent que : « les lois et les coutumes des Francs sont devenues les lois et les coutumes de France »⁴, alors que l'ethnologie juridique nous montre l'existence de différentes coutumes territoriales entraînant l'existence également de la coutume juridique écrite à côté de la coutume juridique orale. L'histoire de la coutume dans le droit français nous a appris la difficulté du royaume de France de « promulguer un corps de lois civiles »⁵ sur tout le territoire où les coutumes

¹ *Ibid.* p. 77.

² Dans l'exemple cité dans le droit de la famille camerounaise, dans toutes les ethnies, la femme ne peut être propriétaire, cependant dans l'affaire de divorce portée devant le tribunal coutumier de Bali, la femme mère de 8 enfants quitta le domicile conjugal après 29 ans de mariage en laissant 3 maisons et les enfants au père, le tribunal donna raison au mari qui avançait avoir construit les maisons pour sa retraite et subvenir aux besoins des enfants. La femme faisait appel et demanda sa part des acquêts du couple, même si elle était femme au foyer et que surtout il n'y avait pas de dispositions de partage puisque la femme selon la coutume du pays entier ne peut devenir propriétaire sauf que le juge « Arrey » accorda à l'appelante le droit d'occuper une maison et les revenus des deux autres maisons. « la question qui se pose est de savoir s'il y a violation de nos règles de droit coutumier. », in *Ibid.* p. 78.

³ APPLETON Charles, *Le culte des ancêtres, source permanente du droit en Asie, et du droit ancien à Rome*, [s. n.], 1934. ; PÉDAMON Michel, *La modernisation des structures familiales : Les grandes tendances du droit de la famille à Madagascar*, Faculté de droit et des sciences économiques de Madagascar, 1965.p. 2.

⁴ JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.p. 55.

⁵ LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 108.

transcrites sporadiquement délimitant leurs champs d'application restreints ou locaux coexistaient avec celles non écrites. Faut-il remarquer que la codification et l'unification des coutumes en France pour aboutir à un seul texte en vigueur eurent duré plus de trois siècles.

Mais depuis la codification du droit civil que Napoléon appela d'ailleurs « La Vraie Constitution des Français », il ne subsista plus que les coutumes non écrites et celles qui ne figuraient pas dans le code civil, mais recensées, eurent été contenues dans des Codes des Coutumes et Usages locaux¹. Encore faut-il qu'elles soient réellement établies et reconnues obligatoires par les usagers et par les autorités publiques (*larga inveterata consuetudo, opinio juris sive necessitatis*) d'une part, et qu'elles ne soient pas contredites par la loi ou par un contrat d'autre part. Mais à côté de ces coutumes existe celle qu'est « source générique du droit »², la coutume d'origine populaire et la coutume savante contenue dans les maximes juridiques, dans les principes généraux d'équité n'en constituent pas moins de sources de droit en France où la doctrine et la jurisprudence les ont trouvés en suspension dans l'esprit de notre droit³. Pour M. Assier-Andrieu, « Coutume vient certes de consuetudo, mais ce dernier terme qualifie plus « les mœurs vives et héritées (*Germanorum consuetudo est resistere*, commente César) qu'une source du droit ou l'ordre juridique » et voit plutôt dans la pensée plus moderne de Lucas de Penna (XIV^e siècle), connu et diffusé au début du XVI^e siècle : « la coutume est issue de la tradition, elle est aussi création. Elle résulte d'une adaptation factuelle à l'existant, et fait l'objet d'une contention par l'autorité. Elle émane du peuple, mais n'existe que reconnue par un pouvoir. Elle est un comportement, mais aussi un précepte »⁴.

154. Si le droit positif découlant du système constitutionnel est en France formé principalement par la loi, dans son sens large incluant toutes les règles écrites. L'analyse de la

¹ Par exemple : Codification des coutumes et usages locaux à caractère agricole et rural du Département de la Manche, Chambre d'Agriculture de la Manche, FDSEA de la Manche, Conseil Départemental de la Manche ; ASSIEU-ANDRIEU Louis, *Le destin de la loi Stratae : droit des puissances et droits du peuple en Catalogne* [microfiche], Toulouse, 1985.

Cass. Civ., du 12 février 1861 : L'usage local pourrait être défini comme une « pratique habituellement suivie dans un milieu donné (...), en vertu d'une règle non exprimée, s'imposant comme une règle de droit », in Codification des coutumes et usages locaux à caractère agricole et rural du Département de la Manche Avant-propos, p. 1.

² CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 249.

³ *Ibid.* p. 252.

⁴ ASSIER-ANDRIEU Louis, *Coutume et Usage*, in ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige / Lamy-Puf, 2012.p. 318.

coutume fait ressortir deux éléments : matériels et psychologiques ; le premier se manifeste par la pratique effective d'une certaine conduite dans un cas donné¹, le second son effet persuasif chez les individus concernés par leurs suivis et leurs agissements. Les règles coutumières constituent une source subsidiaire de droit, leur transgression toutefois est appréciée souverainement par le juge : p. ex., si l'illicéité est constatée simultanément avec l'intention de nuire à autrui et d'un fait dommageable, la responsabilité pénale établit la responsabilité civile. Le recours à la coutume dans le droit français est devenu une œuvre prétorienne plutôt qu'une source principale de droit : on parle d'une tradition judiciaire ou jurisprudentielle par sa répétition, devenue « principe qui se suffit à lui-même, qui est donc coutume »². Si bien des auteurs³ reconnaissent la qualité de la coutume à s'adapter constamment à la réalité sociale, d'autres décrivent la coutume pour sa forme orale ou gestuelle, indéfiniment mouvante suivant le temps et l'espace, instable, « impossible à connaître, conservatrice, archaïque, déraisonnable, dispersée, la coutume ne peut que produire des règles pernicieuses, insensées (...) et nuisibles »⁴. Contrairement à d'autres sociétés de tradition africaine ou indo-océanique, la coutume en France ne trouve sa place qu'en cas d'obscurité de la loi, de vide juridique, ou de solution casuelle adaptée à des situations similaires ou quasi similaires dans les résolutions des conflits devant la justice. Dans cette pratique judiciaire, la Cour de cassation a toujours rejeté l'idée de considérer la coutume comme une source de droit, en lui attribuant la valeur d'un fait plutôt que la valeur d'une règle légale dont la violation ouvre le recours en cassation⁵. Ce qui n'est pourtant pas le cas de la coutume d'origine savante si elle est considérée comme un principe « autonome » à égalité avec la loi, un principe général de droit dont la violation d'une maxime⁶ donne l'ouverture

¹ CARBONNIER Jean. p. 17.

² *Ibid.* p. 254.

³ P. ex., GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1er, L.G.D.J, 1919.

⁴ PINTOR S. M., « Réflexions au sujet de la coutume en droit interne », Mélanges LAMBERT Edouard, T.I, LGDJ, 1938, in DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2021.p. 63.

⁵ Cass. Civ, 24 juillet 1860, Sirey, 1860, 1, 897 ; Cass. Civ, 25 mars 1908, D. 10, 1, 454 ; Cass. Civ, 12 janvier 1938, D.H. 1938, 197 ; Requête. 15 mars 1944, Sirey. 1945, 1, 40, « La violation d'une règle coutumière, à la différence de la violation d'une règle légale, ne peut donner ouverture à cassation ». Contrairement au droit malgache, art. 25 sur la loi organique organisant la Cour Suprême.

⁶ Exemple : Cass. Civ. 2, 10 février 1966, D. 67, 315 : « Contre celui qui ne peut agir, la prescription ne court pas » ; Cass. Civ. 29 mars 1950, D. 1950, 396 : « *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt, ad excipiendum* » (à la différence d'une action en nullité, l'exception en nullité est perpétuelle), une exception peut toujours être opposée même si le délai de prescription de l'action en nullité est écoulé.

d'un recours en cassation. Il en est de même quand le Conseil constitutionnel fonde leur décision sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, en l'occurrence la Ve (pour déclarer une inconstitutionnalité), la transcendance de la coutume à la loi ordinaire : « principes tantôt visés directement par des textes fondateurs, tantôt dégagés de l'esprit de ces textes »¹.

III. L'applicabilité du droit civil français à Madagascar

A. Le principe de la continuité de l'État et du droit

155. Au nom du principe de la continuité du droit et de l'applicabilité du droit civil français à Madagascar depuis les décrets du 28 décembre 1895 et du 8 juin 1896 réorganisant la justice². L'ensemble du droit en vigueur à la date du 26 juin 1960 reste en vigueur sauf si les dispositions ont été expressément ou implicitement abrogées par les nouveaux textes.

D'une part, au point de vue pratique, les tribunaux indigènes et les tribunaux français appliquaient d'une manière constante la priorité des lois et coutumes locales, en prenant en compte les différences notoires des coutumes. En tout ce qui n'est pas contraire à la civilisation française et quand le droit traditionnel malgache manquait de visibilité ou n'apporte aucune solution, la loi française s'imposait assez systématiquement : par exemple, sur les pensions alimentaires devenues obligatoires quand les enfants habitent avec leur mère, la solution jurisprudentielle en cas d'absence, de l'interdiction, des tutelles des mineurs, etc. De fait, elle était prise comme « *ratio scripta* », la raison écrite³ s'imposait déjà « *imperio rationis* » par la supériorité interne d'une loi plus parfaite pendant la période coloniale.

D'autre part, la théorie du droit nous démontre qu'une loi reste en vigueur jusqu'à son abrogation par une autre loi ou une source supérieure hiérarchiquement à elle ou au moins jusqu'à la promulgation de dispositions contraires à elle. La loi ne peut s'arrêter d'être en vigueur que lorsqu'elle soit abrogée expressément ou implicitement par une autre loi ou par la réalité des changements de comportement et d'usage où elle tombe en désuétude.

¹ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004, p. 254.

² Modifié et réorganisé (décret du 9 mai 1909) au moins jusqu'au 14 octobre 1958 où Madagascar recouvrait le pouvoir législatif : RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », ministère de la Justice, 1962. ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, Président de la commission de rédaction du Code civil, 1964.

³ RAZAFINDRATSIMA Fara Aina, DURAND Bernard et RABEARIMANANA Lucile, *Entre droit français et coutumes malgaches* [microfiche], Thèse, Fondation Varenne diffusion LGDJ, 2011.

B. L'appel exprès du droit malgache au droit français

156. L'exemple de l'appel du droit malgache au droit français concerne surtout le domaine du droit civil, notamment de la théorie du droit des biens et des suretés, des obligations conventionnelles en général et de toutes les règles régissant les droits dits spéciaux. Il faut reconnaître déjà que la codification du droit malgache n'est pas arrivée à son terme, en même temps, il est toujours considéré comme un droit jeune qui doit allier l'esprit du droit malgache et la modernité. Ainsi la théorie du droit des biens et des suretés des articles 516 à 717 et 2011 à 2294 du Code civil français avant la date du 26 juin 1960 reste toujours applicable à Madagascar. Ces dispositions sur les biens et les suretés qui concernent notamment des cautionnements, nantissement, privilèges et hypothèque étaient complétées, modifiées ou plutôt adaptées par l'ordonnance n° 60-146 du 3 octobre 1960 relative au régime foncier de l'immatriculation¹. Ces explications concernant le prescriptif et le descriptif de normes en vigueur à Madagascar apportent nécessairement aux questions des juristes selon lesquelles pourquoi les juristes malgaches abordent toujours le droit malgache à la lumière du droit français, des réponses claires de logiques juridiques, mais surtout de démarches méthodologiques à connaître le droit malgache. Nous clôturons ce titre sur l'histoire du droit malgache en indiquant quelques dispositions du droit français encore applicables à Madagascar concernant les droits spéciaux : sur les contrats de vente, articles 1582 à 1701 ; de l'échange, articles 1702 à 1707 ; du louage et des baux, articles 1708 à 1831. Ces textes sont complétés, modifiés ou plutôt adaptés aux données réelles malgaches par l'ordonnance n° 60-050 du 22 juin 1960 relative aux rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement et le prix de baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel².

SECTION B. Les manifestations du respect dans le droit

157. L'évolution et la connaissance du droit entraînent la mutation de son caractère général vers la spécification de son objet à l'intérieur même du domaine où il est destiné à s'appliquer. Ce mouvement incessant du droit s'observe par l'œuvre de la doctrine, de critiquer et de préciser éventuellement les lacunes outre la description et l'interprétation, qu'est censée éclairer. À côté de ces « théoriciens » du droit se joint évidemment le travail des législateurs à tous les niveaux et surtout les praticiens (juge, notaire, huissier, avocat...) du

¹ J.O.R.M n° 129 du 22.10.60, p.2205.

² J.O. n° 119 du 03.09.60, p. 1109 modifiée par l'ordonnance n° 62-112 du 1er octobre 1962 (J.O. n° 248 du 12.10.62, p. 2271.

droit aux fins de déterminer, d'appliquer les lois ou les normes correspondantes à chaque fait. Cette prévisibilité assure la sécurité juridique¹, c'est-à-dire que « les justiciables sauront à l'avance si leur comportement est conforme ou contraire à la norme »², pour éviter toutes interprétations arbitraires de la loi ou encore toutes applications injustes d'une loi (p. ex., de l'applicabilité de la loi plus douce quand la loi plus sévère se trouve en même temps applicable en droit pénal). Mais la sécurité juridique nous semble utopique dans la construction des normes puisque ces dernières se trouvent parfois démunies de toutes sanctions même si elles endossent les caractères abstrait, général et permanent en présence de conflits d'intérêts. C'est en effet ce qui se développe de nos jours (son existence était déjà immémoriale) dans la construction du droit, ces normes, ces principes qui manquent de clarté, de précision et d'encadrement juridique : il en est par exemple des déclarations d'intention, d'honneur, de promesse, dont la non-exécution, ou le manquement n'entraîne pas une sanction ou non susceptible d'exécution forcée, on parle d'« une nouvelle conception du droit »³.

C'est le droit souple ou « Soft Law », « c'est-à-dire un droit flou (sans précision), doux (sans obligation) et mou (sans sanction ni contrainte)... exprimerait le souhaitable plutôt que l'obligatoire, nouerait un dialogue permanent avec ses destinataires dont l'adhésion serait recherchée »⁴. En effet, les auteurs parlent de standards juridiques, de régulation et d'autorégulation. Les standards juridiques⁵ désignent les notions floues (du possible, de normal, de raisonnable, de bonne foi, d'excessif, de significatif, de grave, de manifeste, de suffisant, de notoire, de sérieux..., celles d'ordre public, de bonnes mœurs, de bon père de famille⁶, d'intérêt de la famille, d'intérêt de l'enfant, d'intérêt de l'entreprise... sont quelques

¹ « L'idée de sécurité juridique a vu le jour dans la jurisprudence communautaire en 1961 », CJCE, 13 juillet 1961, *Meroni c/ Haute autorité de la CECA*, aff. 14, 16, 17, 20, 24, 26, 27/60 et 1/61, Rec., p. 319 ; « Le principe général de la sécurité juridique », CJCE, 6 avril 1962, *De Geus en Uitdenboger c/ Bosch*, aff. 13/61, Rec., p. 97, in MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick, *Introduction au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2022.p. 81.

² COURBE Patrick et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, Sirey, 2017.p. 15.

³ OSMAN F., « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources du droit privé », RTD. Civ. 1995, 509, in DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2021.p. 37.

⁴ MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick. p. 83.

⁵ RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridique de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, n° 93, p. 120, op. cit., in *Ibid.* p. 305.

⁶ Banni des articles 601, 627, 1137, 1374, 1728, 1729, 1766, 1806, 1880 et 1962 anciens du Code civil par la Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 art. 26 : « ... pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ».

exemples parmi d'innombrables... considérés par le droit à travers soit la loi soit la justice. « Il [le standard] vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité ».) Nous pouvons ajouter volontairement « la notion de respect » même si l'intervention souveraine du juge est nécessaire pour déterminer selon les cas, sa limite infranchissable ou sa direction prévisible et acceptable.

I. Le respect dans les Déclarations, Conventions, et Chartes Internationales

158. Le royaume de Madagascar signa déjà des conventions et traités internationaux avant la colonisation, la Reine Ranavalona II indiqua : « Je vous [le peuple] avertis aussi que j'ai conclu des pactes d'amitié avec mes parents d'outre-mer et que vous devrez en respecter les clauses. Quiconque parmi vous les violerait s'exposerait donc à mon sévère châtement. »¹.

159. Au sommet de la hiérarchie des valeurs humaines et des sources de droits se placent à travers les déclarations et les conventions, les droits et libertés fondamentaux où selon les diverses conceptions qui pourraient leur être attribués reposent sur des fondements métajuridiques². Par le fait de la ratification de ces conventions et traités internationaux³, l'État s'engage à s'y conformer et à adapter sa loi nationale, même si p. ex., « une minorité (des juristes allemands) persiste à ne voir dans la dignité humaine qu'un simple principe éthique, sans valeur juridique... à la différence d'autres droits fondamentaux »⁴. À notre humble avis, il s'agit non seulement de principe éthique, mais surtout de principe ayant valeur fondamentale de droit (subjectif et objectif), sous condition de conformité à la Constitution, aux lois et coutumes nationales, il revient en effet à la justice d'interpréter parfois les imprécisions et obscurités des discours juridiques. La Constitution de la IV^e République de Madagascar affirme dans son article 7 que : « Les droits individuels et les libertés fondamentales sont garantis par la Constitution et leur exercice est organisé par la loi » ; ainsi, qu'ils découlent des Déclarations, Conventions, de tout autre traité international ou de droit national, la loi nationale les applique et les garantit.

¹ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 519.

² LEVINET Michel, *Droits et libertés fondamentaux* [en ligne], Presses Universitaires de France, 2010. *Fondements métajuridiques*, pp. 17-32.

³ HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME À MADAGASCAR, « Recueil des textes régionaux, sous régionaux et internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par Madagascar », 2018.

⁴ MAURER Béatrice, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme* / Béatrice Maurer ; préface, Frédéric Sudre, Documentation française, 1999.p. 117 et s.

A. Dans les Déclarations, Conventions et Pacte universels

1) Déclaration Universelle des Droits de l'Homme

160. Dans le préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme appelée communément DUDH : « ... Considérant que les États membres se sont engagés à assurer, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies, le “respect universel et effectif des droits” de l'homme et des libertés fondamentales... Proclame la présente Déclaration universelle des droits de l'homme comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations afin que tous les individus et tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent, par l'enseignement et l'éducation, de développer “le respect de ces droits et libertés” et d'en assurer par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives, tant parmi les populations des États membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur juridiction »¹. Ainsi, tous les États signataires adapteraient leurs lois nationales en conformité aux recommandations de ladite Déclaration. Nous avons relevé les dispositions selon lesquelles les termes « respect au droit ou droit au respect » se manifestent notamment à travers les articles ci-après : 26-1 : Toute personne a droit à l'éducation..., 26-2 : l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du « respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». L'art. 29-1 prévoit les devoirs de l'individu envers la communauté dans laquelle seule, le libre et plein développement de sa personnalité est possible. Quant à l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et « le respect des droits et libertés » d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique (art. 29-2). Sans contraintes, les États signataires s'engagent à accorder dans leurs lois nationales un « respect général », « universel et effectif » des 30 articles que contient la DUDH, qui constituent des valeurs essentielles et doivent encadrer leurs droits nationaux respectifs. Des « données rationnelles »², fondements des droits de l'homme, de l'individu, qui répondent aux conditions humaines des libertés fondamentales : aux données idéales.

¹ Paris 10 décembre 1948, Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 217 (III), par conséquent, Madagascar placé sous administration coloniale française fait partie des États signataires de ladite Déclaration.

² Sur la rationalité, voir CHALVIDAN P.H, Les droits fondamentaux et les violations des Droits de l'homme : Démocratie, Culture, Développement, *Les droits fondamentaux et les violations des Droits de l'homme : Démocratie, Culture, Développement*, Ligue Africaine des Droits de l'homme et des Peuples, 1995.

Parmi les revendications figure tout particulièrement l'objet de l'art. 3, certains auteurs se demandent sur la signification de l'expression « droit à la vie » : « Y a-t-il un “droit” à la vie ? N'est-il pas plus exact de parler d'un “devoir” de respecter la vie d'autrui »¹. Mais l'énigme ne nous paraît pas essentielle dans notre objet qu'il porte sur la question sémantique ou rhétorique. En effet, nous considérons que si un individu détient un droit ou il est le sujet de droit lui-même : l'idée implique nécessairement un devoir ou une obligation. Il faut retenir dans les relations des individus entre eux et envers l'autorité publique que le droit signifie créance ou prérogative, non seulement de valeur pécuniaire, mais aussi de valeur morale et civique, des valeurs inhérentes à la personne humaine. Alors qu'en face de ce droit se trouve le devoir dont une personne physique ou morale, privée ou publique doit une « dette », un « comportement » ou un « service » envers le premier. Si la Conv. EDH reprend les termes de la DUDH, la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples dit dans son art. 4 que « tout être humain a droit au respect de sa vie et à l'intégrité physique et morale de sa personne... », une équivalence certaine des droits communautaires.

2) Dans la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789

161. Le préambule énumère et déclare les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme : elle rappelle à tous les membres du corps social leurs droits et devoirs, afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés... La Déclaration figure dans la Constitution et que tous les actes des autorités publiques doivent se conformer aux réclamations des citoyens fondées sur des principes simples et incontestables. Il va sans dire que sa valeur constitutionnelle et sa force obligatoire en France avaient été appliquées à Madagascar pendant la période coloniale. Et même si le devoir ou le droit de « respect » ne figure pas dans les 17 articles composant la Déclaration, la finalité n'est autre que le « respect » des principes de droits et de devoirs, des droits humains et par les autorités publiques et par les citoyens qui se trouvent désormais libres et égaux en droits (art. 1^{er}), et que les libertés de chacun n'ont de limites dans l'exercice de leurs droits naturels que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits (art. 4). Véritables prémices des concepts de droit naturel, des droits et libertés fondamentaux de l'homme et des citoyens, de nombreuses Déclarations ultérieures s'en inspirent de leur respect, en même temps que l'adaptation par les pays adhérents de leurs lois nationales.

¹ GUTMANN Daniel, Droit subjectif, in ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige / Lamy-Puf, 2012, p. 533.

3) Dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

162. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP, New York, 1966)¹ est une source importante du devoir de respect, dans son Préambule : « ... Considérant que la Charte des Nations Unies impose aux États l'obligation de promouvoir le "respect universel et effectif des droits et des libertés" de l'homme, prenant en considération le fait que l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de "respecter" les droits reconnus dans le présent Pacte... ». Contrairement à la DUDH, le PIDCP revêt un caractère obligatoire imposé aux États adhérents de respecter le pacte, tout au moins dans le sens évolutif de leurs droits civils et politiques concernant leurs peuples et les individus qui leur composent. Dans la Première partie², l'art. 1^{er} définit le droit des peuples : « 1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel... 3. Les États parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de « respecter ce droit », conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies. La deuxième partie décline tous les droits des individus reconnus par le pacte et contient de nombreux appels « au respect », l'art. 2 édicte que : 1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à « respecter » et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

163. Nous citons quelques exemples de droits et libertés relatifs à l'individu que les États et ses organes s'engagent à respecter, qui font partie intégrante de notre objet d'étude : sur le « respect » de la dignité inhérente à la personne humaine (art. 10, 1^o) ; si l'État doit assurer le traitement humain de toute personne privée de liberté à la suite d'une condamnation, les individus disposent de ce fait d'une action en responsabilité de l'État. L'art. 18 assure à toute personne le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (1^o), le contenu de cet article nous touche particulièrement (individu et la famille) où les États parties au présent

¹ Résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale du 16 décembre 1966 des Nations Unies, entrée en vigueur le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'art. 49.

² Ne contient qu'un seul article.

Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions (4°). Et tout individu ne peut être inquiété pour ses opinions (art. 19 : 1°), il a droit à la liberté d'expression (2°) : ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales... soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires (3°), en l'occurrence, au « respect » des droits ou de la réputation d'autrui (a).

164. D'autres dispositions ne s'expriment pas à travers le terme « respect » des droits quelconques, mais sont cruciales : l'art. 5-2 n'admet aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur en application de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré. Le PIDCP reprend ainsi les directives de la DUDH, mais contrairement à cette dernière, il impose aux parties signataires de « respecter » les droits et libertés fondamentaux reconnus et définis dans les trois parties composantes du pacte contenant 27 articles. La 4^e et la 5^e dernière partie du pacte prévoient la création et l'organisation du Comité des Droits de l'Homme. Ce PIDCP est complété ensuite par deux Protocoles de 1966 et de 1989 (abolition de la peine de mort), ouverts à la signature, à la ratification et à l'adhésion des pays adhérents. Même si la reconnaissance internationale des droits de l'homme n'est pas toujours d'une grande effectivité¹, au fil du temps, le développement des intérêts communs et le caractère primordial des valeurs humaines poussent les pays à les garantir par des législations communes, voire universelles.

B. Dans les Conventions et Chartes communautaires

165. Les Conventions et Chartes communautaires sont des sources du droit, s'imposent aux États adhérents de se conformer à leurs dispositions, parfois obligatoirement, parfois dans la mesure du possible suivant les lois nationales, les bonnes mœurs et les coutumes. La distinction traditionnelle des libertés et des droits selon laquelle les premières sont considérées comme le propre de l'homme... tandis que les seconds renverraient à des prérogatives que l'État octroierait², dépasse le cadre de notre étude, cependant elle confirme l'existence du devoir de respect ou du droit au respect selon l'objet du droit et de son titulaire.

¹ DUPUY P.-M, *Droit international public*, Précis Dalloz, 15^e éd., 2000, op. cit. p. 191, in DEBET Anne, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil* [microfiche], Dalloz, 2002.p. 6.

² TETU Maïlys, *La catégorie juridique des droits et libertés*, Droit public, Lyon III, Jean Moulin, 2020.p. 195.

1) Pour Madagascar

166. Dans le préambule de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (Nairobi, Kenya, 1981)¹ : les États africains membres de l'OUA, parties à la présente Charte ; ... réaffirmant l'engagement qu'ils ont solennellement pris à l'Article 2 de ladite Charte... et tenant compte des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des droits de l'homme et des peuples. Reconnaissant que d'une part, les droits fondamentaux de l'être humain sont fondés sur les attributs de la personne humaine, ce qui justifie leur protection internationale et que d'autre part, la réalité et « le respect des droits du peuple » doivent nécessairement garantir les droits de l'homme. Sur les droits et devoirs², les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer (art. 1). Cet engagement consiste à protéger l'inviolabilité de la personne humaine. Tout être humain a « droit au respect » de sa vie et à l'intégrité physique et morale de sa personne : nul ne peut être privé arbitrairement de ce droit (art. 4). L'art. 5 rajoute au contenu du précédent article le droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine³ et à la reconnaissance de la personnalité juridique de tout individu. Nous rajoutons expressément les dispositions suivantes sur l'éducation de l'individu que la Charte reconnaît comme valeurs essentielles en respectant effectivement la morale et les civilisations respectives des pays à travers leur culture et leur tradition conformes aux droits de l'homme : le droit à l'éducation (art. 17-1), la participation libre de toute personne à la vie culturelle de la Communauté (17-2), le devoir de l'État de promouvoir et de protéger la morale et les valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté (art. 17-3) dans le cadre de la sauvegarde des droits de l'homme. Et en ce qui concerne tout particulièrement le droit de la famille, la Charte définit la famille comme l'élément naturel et la base de la société. Elle doit être protégée par l'État qui doit veiller à sa santé physique et morale (art. 18 : 1). L'État a l'obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté (2°), et le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant comme stipulé dans les déclarations et

¹ Entrée en vigueur le 21 octobre 1986, ratifiée par Madagascar en 1992.

² Première partie, Chapitre I : Des Droits de l'Homme et des Peuples.

³ Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme, en l'occurrence l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels, inhumains ou dégradants sont interdites.

conventions internationales (3°). Les personnes âgées ou handicapées ont également droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques ou moraux (4°). Nous terminons cet aperçu des droits et devoirs des États parties au pacte par la reconnaissance des droits de tous les peuples à leur développement économique, social et culturel, dans le « respect strict de leur liberté et de leur identité », et à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité (art. 22-1) : et de confier aux États par l'enseignement, l'éducation et la diffusion, le « respect des droits et des libertés » (art. 25).

167. La CADHP prescrit les devoirs des citoyens¹, l'art. 27 : 1 prévoit que chaque individu a des devoirs envers la famille et la société, envers l'État et les autres collectivités légalement reconnues et envers la Communauté internationale. Elle délimite l'exercice des droits et les libertés de chaque personne dans « le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun » (art. 27-2). Le devoir de respect trouve indéniablement sa manifestation dans le droit public et le droit privé où chaque individu a le « devoir de respecter » et de considérer ses semblables sans discrimination aucune, et d'entretenir avec eux des relations qui permettent de promouvoir, de sauvegarder et de renforcer le « respect » et la tolérance réciproques (art. 28). Elle étend ce devoir de respect d'un individu de préserver le développement harmonieux de la famille et d'œuvrer en faveur de la cohésion et du « respect de cette famille ; de respecter à tout moment ses parents, de les nourrir, et de les assister en cas de nécessité » (art. 29-1). De même, elle prévoit le devoir de respect d'un individu envers la société, à la préservation et au renforcement des valeurs culturelles africaines positives, dans un esprit de tolérance, de dialogue et de concertation et d'une façon générale de contribuer à la promotion de la santé morale de la société (art. 29-7). C'est ainsi qu'est présentée la 1^{re} partie de la Charte qui contient les engagements des États adhérents à faire appliquer dans leurs droits respectifs les droits et libertés fondamentaux, mais aussi des devoirs que chaque individu doit observer ou réaliser envers l'État ou envers ses semblables.

168. Et dans le but de contrôle de l'application de la Charte qu'a été créé par la 2^e Partie « Des mesures de sauvegarde », l'art. 30 prévoit la création auprès de l'Organisation de l'Unité Africaine une Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples², chargée

¹ CADHP, Partie I, Chapitre II Des Devoirs.

² Traite la composition et l'organisation, des compétences et de la procédure de la Commission, et enfin « Des principes applicables » (Chapitre IV). Ce dernier prévoit dans son Art. 60 que la Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme

de promouvoir les droits de l'homme et des peuples et d'assurer leur protection en Afrique. L'art. 61 attire tout particulièrement notre attention concernant les règles de droit applicables devant la Commission outre la charte, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, « **les coutumes généralement acceptées comme étant le droit** », les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine. Puis s'ensuivent des Protocoles¹ mettant en œuvre la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples², et portant Statut de la Cour Africaine de Justice des Droits de l'Homme (fusion de la CADHP et de la Cour de Justice de l'Union Africaine (adopté le 1^{er} juillet 2008, toujours en attente de ratification par 15 membres pour entrer en vigueur, à notre connaissance, à ce jour seuls 8 pays l'ont ratifié).

2) Pour la France

a. Sur la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales

169. La France est liée par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950) qu'elle a ratifiée en 1974³. Cependant, elle a mis presque un quart de siècle pour le faire, surement puisqu'elle dispose de la DUDH de 1948 dont la teneur ne diffère pas fondamentalement et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. D'emblée, la Convention impose aux États membres dans son art. 1, l'« obligation de respecter les droits de l'homme ». Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention. (Le Titre I visant Droits et libertés dont l'art. 2 prévoit le droit à la vie, art. 3 et 4 du droit à la dignité humaine, art. 5 et 6 droits à la liberté et à la sûreté, à un procès équitable, etc.) Nous avons remarqué d'ailleurs que parmi les griefs invoqués devant la CEDH, figurent les dispositions des articles 3, 6 et 10 (relatif à la liberté d'expression), et plus

¹ Pour aller plus loin, voir : FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME, « La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples vers la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme », Guide Pratique FIDH, 2010.

² Adopté le 10 juin 1998 et entré en vigueur le 25 janvier 2004.

³ Comme amendée par les Protocoles n° 11 et 14, complétée par le Protocole additionnel et les Protocoles n° 4, 6, 7, 12, 13, et 16 : le titre initial du traité étant « Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », ratifiée par la France et déposée le 3 mai 1974.

particulièrement celles de l'art. 8 : «Droit au respect de la vie privée et familiale» mentionnant notre objet d'étude dans son al 1^{er} : Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Cet article génère d'impacts non négligeables sur la protection de la famille et de chacun de ses membres dans la loi nationale française¹. Alors que l'art. 12 (une vie familiale normale) génère à notre connaissance d'énormes conséquences dans la vie des citoyens et dans les intérêts des individus qui heurtent parfois à l'intérêt général ou à l'inverse l'intérêt général cède aux caprices des particuliers. Et parmi ces applications dans les lois nationales, en France cet article est invoqué souvent : p. ex., dans la «contrariété de l'accouchement sous X avec le droit à une vie familiale normale [qui] suppose que soit établie la déduction du droit à la filiation à partir du droit au respect de la vie familiale prévu par [cet] art. 8... »². Dès lors, si la déduction du droit à la filiation est effective, l'existence du droit au respect de la vie familiale ne procure aucune ambiguïté. Le Titre I se termine par les articles 17 et 18 sur l'interdiction de l'abus de droit et la limitation de l'usage des restrictions aux droits dont, elles ont été prévues.

Et pour le contrôle de l'application par les pays signataires de ses dispositions, le Titre II prévoit la création de la Cour européenne des Droits de l'homme et détermine son organisation, l'élection des juges et les autres membres, de leurs fonctions et compétences, mais son rôle principal est explicité dans les articles suivants. Afin d'assurer «le respect» des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles, il est institué une Cour européenne des droits de l'homme, ci-dessous nommée «la Cour» (art. 19, al. 1). Elle fonctionne de façon permanente. Les articles suivants prévoient les modes d'exécution et suivis des arrêts de la Cour en soulignant dans l'art. 46 la force obligatoire et exécution des arrêts de la Cour, l'art. 46-1 précise que les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. Une sanction est prévue par l'art. 46-4 lorsque le Comité des ministres estime qu'une partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, la Cour peut être saisie de la question du «respect par cette Partie de son obligation» (§1). Le droit au respect des Droits de l'Homme de l'art. 1 de la Conv. EDH n'est pas illusoire ni facultative, la CEDH assure la sanction en cas de manquement.

¹ Voir entre autres : SIEW-GUILLEMIN Anne-Sophie, *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux* [en ligne], Thèse, Côte d'Azur, 2017. ; DEBET Anne, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil* [microfiche], Dalloz, 2002.

² GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité*, L.G.D.J, 2000.p. 64.

Le Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Paris, 20 mars 1952) indique le devoir des États membres de protéger le droit de propriété en soulignant que « toute personne physique ou morale a « droit au respect de ses biens » (art. 1). Il en est de même du droit à l'instruction de chaque individu, l'État dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, « respectera le droit » des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques (art. 2).

b. Sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

170. Les membres de la Communauté européenne par le biais de ses organes : le Parlement européen, le Conseil et la Commission proclament solennellement en tant que Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹ et reconnaissent les droits, les libertés et les principes qu'elle contienne, fondés sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit (préambule). La Charte justifie aussi ces valeurs communes des peuples européens, ancrées dans son patrimoine spirituel et moral et veille à leurs préservations et à leurs développements dans « le respect » de la diversité des cultures et des traditions. La Charte réaffirme, dans « le respect », la délimitation des compétences et des tâches de la Communauté et de l'Union, du principe de subsidiarité, et les droits nationaux de traditions constitutionnelles et des obligations internationales des États membres. C'est dans ce contexte d'accord sur des valeurs et des principes que la Charte les énonce :

– La première valeur édictée par la charte est la dignité humaine « inviolable. Elle doit être respectée et protégée »² ; « les termes, la dignité humaine ou de respect de la dignité »³ abondent dans les discours soulevant les droits de l'homme tant en Europe qu'en Afrique. Si la dignité humaine entendue comme la valeur fondamentale au sommet de la hiérarchie des normes, en l'occurrence constitutionnelle, est parfois réduite par la pensée en droit à une valeur infra ou métajuridique selon M. Sudre, nous pensons dorénavant qu'elle est largement admise comme un droit positif dans les pays laïcs. Le principe régulateur de « respect » qui s'adresse à ce niveau aux États membres doit faire apparaître dans leurs droits nationaux respectifs l'application de ces valeurs fondamentales protégées par eux à l'égard des citoyens.

¹ Nice, le 7 décembre 2000, Journal officiel des Communautés européennes, du 18 décembre 2000.

² Chapitre I, Dignité, L'art. 1^{er}.

³ MAURER Béatrice, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme* / Béatrice Maurer ; préface, Frédéric Sudre, Documentation française, 1999.p. 1.

– Les valeurs de libertés suivent celles de la dignité humaine dans la Charte (Chap. II), a priori, elles sollicitent davantage les termes «devoir de respect ou droit au respect». L’art. 7 génère des obligations conséquentes de droit public, mais surtout d’importantes influences en droit privé : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ». De ce fait, il en découle de la Convention et de la Charte que toute personne se trouvant dans une situation où l’on aurait manqué à son « droit au respect de sa personnalité » dont l’intimité de la vie privée fait partie intégrante pourrait intenter une action contre l’État français devant la Cour européenne des droits de l’homme. Parallèlement, l’État veille à ce que le droit au respect de la vie privée et familiale ne fasse pas l’objet d’atteinte en matière privée. Le respect de ces règles, autrement dit le droit de toute personne au respect de la protection de ses données à caractère personnel, est soumis au contrôle d’une autorité indépendante, est encadré par l’art. 8 et s.

Parmi les valeurs de libertés protégées et qui doivent être « respectées » figure la liberté des arts et des sciences : « La liberté académique est respectée » (art. 13). Le droit à l’éducation (art. 14-1) et à l’accès à la formation professionnelle et continue, etc., suivent la liste complétée par la liberté de créer des établissements d’enseignement dans « le respect » des principes démocratiques. La Charte préconise aux États de « respecter » le droit des parents d’assurer l’éducation et l’enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, selon leurs lois nationales (3°).

Dans un autre domaine de valeurs de libertés, l’art. 18 prévoit que le droit d’asile est garanti dans « le respect des règles » de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés, par conséquent l’État signataire de ces conventions et traités doit s’y conformer.

– En ce qui concerne le principe d’égalité (Chapitre III), l’art. 20 édicte la règle fondamentale : toutes les personnes sont égales en droit, et ce en respectant la diversité culturelle, religieuse et linguistique (art. 22). Et dans le même esprit et de règles de respect, qui occupent en partie l’œuvre de notre pensée et de notre analyse, se distinguent les droits des personnes âgées (art. 25) : l’Union reconnaît et « respecte le droit des personnes âgées » à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle. L’interprétation du droit au respect des personnes âgées amorce pertinemment notre étude sur le devoir de respect aux aînés et que l’art. 26 confirme la reconnaissance et le « droit au respect » des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté.

D'autres dispositions contenant les termes «respect, devoir de respect ou droit au respect» peuvent être citées, p. ex., en matière de solidarité (Chapitre IV) où l'art. 31 relatif aux conditions de travail impose de «respecter» la santé, la sécurité et la dignité de tout travailleur (1°). Il en est de même du «respect au droit» d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, etc. (art. 34-1), ainsi que du «respect au droit» à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne... (art. 34-3). Nous terminons notre inventaire sur la manifestation du respect dans le domaine de la solidarité où la charte ne l'indique pas comme un droit, mais plutôt comme une conduite à observer des États membres sur l'accès aux services d'intérêt économique général (art. 36), afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union. Le caractère du respect en tant que règle de conduite s'observe également dans le principe de la citoyenneté (Chap. V) et s'apparente à une règle générale : «dans “le respect” des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires» concernant le droit à une bonne administration, traitement des affaires dans un délai raisonnable (art. 41-1), le droit d'accès de toute personne à son dossier (art. 41-2).

Du principe d'égalité devant la justice (Chap. VI), l'art. 47 prévoit le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial de toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés dans «le respect» des conditions prévues au présent article. Le respect protège et indique apparemment les règles de forme et de fond dudit recours devant le tribunal concernant la présomption d'innocence et du «respect des droits» de la défense garantis à tout accusé (art. 48-2).

– Enfin, dans les dispositions générales (Chap. VII), l'art. 51 détermine le champ d'application de la charte dans le respect du principe de subsidiarité du droit de l'Union en s'adressant aux parties, aux États membres qu'ils «respectent les droits», observent les principes et en promeuvent l'application (1°). L'art. 52 définit la portée des droits garantis et toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la Charte. Les lois nationales doivent prévoir et «respecter» le contenu essentiel desdits droits et libertés. Les limitations apportées doivent être nécessaires et d'intérêt général dans «le respect du principe de proportionnalité» (1°).

171. À la lecture des textes et conventions internationaux, l'existence de l'obligation de respect ou du droit au respect ne fait plus aucun doute, cependant leur appréhension entraîne un constat de deux conceptions du respect et donc du droit au respect. D'abord le droit subjectif, car la loi attribue à une personne certaines prérogatives, puis il comporte forcément

un droit objectif, c'est à ce niveau que la différence pourrait se manifester. Nous revenons sur la question, mais faisons-nous un constat d'abord des règles de droit au respect au niveau national des deux principaux droits malgache et français en comparaison.

II. Dans les lois nationales

172. Selon l'art. 8 de la DUDH, toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi, en combinaison avec les différentes Conventions et Chartes communautaires que nous avons citées. Les lois nationales des États liés par ces dispositions internationales doivent y être adaptées : la Constitution et les différentes branches du droit, nous évoquons par ailleurs le « respect » en matière civile.

A. Le respect dans la Constitution

1) De Madagascar

173. Compte tenu des changements de Constitution à Madagascar, trois fois depuis son indépendance, nous compilons les manifestations des termes « respect » et « droit au respect » de la 1^{re} à la 4^e Constitution en vigueur à ce jour. De nombreux textes issus de la première sont toujours applicables actuellement sans aucune réforme. Sur la Constitution de la 1^{re} République¹ : elle prévoit d'emblée qu'en affirmant sa croyance en Dieu et sa conviction de l'éminente dignité de la personne humaine, décidé à garantir les droits fondamentaux de l'homme... S'inspirant de la Déclaration universelle des Droits de l'homme des Nations unies, le peuple malgache proclame solennellement l'égalité de tous les hommes en droits et en devoirs. Elle garantit la liberté et la sécurité à chaque individu sous la seule condition qu'il n'accomplisse aucun acte de nature à nuire à l'État ou à porter atteinte à la liberté et à la sécurité d'autrui. Nul ne peut faire l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Outre les droits et libertés fondamentaux reconnus à chaque individu, la Constitution et l'État considèrent la protection de la famille, et de l'enfant comme ayant des valeurs fondamentales : le droit et le devoir des parents d'élever leurs enfants en leur assurant la meilleure formation morale, physique et intellectuelle. Et dans la réalisation de l'éducation par les parents, l'État garantit et organise un enseignement public, reconnaît le droit à

¹ Suite à l'adoption de la Constitution française du 14 octobre 1958, Madagascar devenait un membre de la Communauté, la 1^{re} Constitution a été votée et est entrée en vigueur le 29 avril 1959, Madagascar devient indépendant le 26 juin 1960.

l'enseignement privé et garantit la liberté d'enseigner sous réserve du « respect des conditions d'hygiène, de moralité et de capacité » fixées par la loi. De plus, l'État garantit à tous la liberté de pensée, de conscience et la pratique de la religion, sous les seules réserves du « respect » de la morale et de l'ordre public. L'exercice des principes énumérés dans le préambule, prémices des droits de chacun s'exercent selon les restrictions nécessaires pour assurer le « respect des droits d'autrui » et satisfaire aux exigences légitimes de la morale, de l'ordre public et de la pérennité. Enfin, d'après l'art 9, le Président de la République élu pour sept ans, avant son entrée en fonction, fera la déclaration solennelle devant le Parlement dans les deux langues officielles (malagasy et français) : « Je jure solennellement devant Dieu, devant les ancêtres et devant les hommes, de remplir loyalement les hautes fonctions qui m'ont été confiées, de « respecter fidèlement les règles et les principes fixés par la Constitution... ». Remarquons au passage les valeurs supérieures et constitutionnelles accordées aux ancêtres dans le serment, du « principe et règles de respect » de la morale et de l'ordre public.

Madagascar connaissait par la suite deux autres Constitutions, celle de la 2^e République de 1975 et celle de la 3^e République de 1992. Désormais, depuis 2010, c'est la Constitution de la 4^e République de Madagascar¹ qui est actuellement en vigueur, elle réaffirme sa croyance à *Andriamanitra Andriananahary*². Résolu à promouvoir et à développer son héritage de société vivant en harmonie et respectueuse de l'altérité, de la richesse et du dynamisme de ses valeurs culturelles et spirituelles à travers le « *fanahy maha-olona* »³. Convaincu de la nécessité pour la société malagasy de retrouver son originalité, son authenticité et sa malgachéité, et de s'inscrire dans la modernité du millénaire tout en conservant ses valeurs et principes fondamentaux traditionnels basés sur le « *fanahy malagasy* qui comprend « *ny fitiavana, ny fihavanana, ny fifanajàna, ny fitandroana ny aina* »⁴, et privilégiant un cadre de vie permettant un « vivre ensemble » sans distinction de région, d'origine, d'ethnie, de religion, d'opinion politique, ni de sexe. La Constitution déclare que le « non-respect »⁵ de la

¹ La Constitution a été promulguée le 11 décembre 2010.

² Traduction de Dieu en malagasy : nouvelle appellation, car dans le langage usuel, on se réfère à l'appellation tout court de « Andriamanitra », « Andriananahary » se traduit par le « Créateur » qui se rapproche de l'appellation traditionnelle de « Zanahary » des Cultes des ancêtres.

³ Peut se traduire par l'« âme qui gouverne l'Homme » : précepte moral, de valeur ancestrale.

⁴ Peut se traduire par l'« esprit malgache » comprenant « Amour, familiarité, respect, droit à la vie ».

⁵ « Le politique » le soulève aussi, voir entre autres, R. Julien, « Hajo Andrianainarivelo : « Le non-respect des lois, à l'origine des troubles politiques » », publié le 27 juillet 2023.

Constitution ou sa révision en vue de renforcer le pouvoir des gouvernants au détriment des intérêts de la population sont les causes des crises cycliques. Elle réaffirme « le respect et la protection des libertés et droits fondamentaux » et toutes autres considérations des différentes Chartes et des droits de l'enfant et de la femme pour protéger les citoyens. Dans son art. 4, elle énonce les devises de la République de Madagascar : « Fitiavana-Tanindrazana-Fandrosoana » (Amour, Patrie, Progrès), étonnement le législateur malgache introduit des valeurs sentimentales ou morales dans la devise de l'État, pour se démarquer des valeurs classiques, mais surtout pour réaffirmer des valeurs ancestrales et morales des règles coutumières et du culte des ancêtres. La Constitution ne se contente pas de rappeler les principes fondamentaux traditionnels et ceux posés par la DUDH, mais prévoit dans son exercice la garantie de leur exercice organisé par la loi (art. 7).

Puis en ce qui concerne l'apparition du terme « respect », outre son aspect de principe général, l'art. 10 en citant les libertés d'opinion et d'expression, de communication, de presse, d'association, de réunion, de circulation, de conscience et de religion, les garantit dans la limite du « respect des libertés et droits d'autrui » et par l'impératif de sauvegarde de l'ordre public, de la dignité nationale et de la sécurité de l'État. Et il s'y trouve logiquement le « droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance » par l'art. 13 : Tout individu est assuré de l'inviolabilité de sa personne, de son domicile et du secret de sa correspondance. À propos de l'égalité des individus devant la loi et de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Constitution, tout individu est tenu au « devoir de respect » de la Constitution, des institutions, des lois et règlements de la République (art. 16). La Constitution malgache regorge d'une multitude de manifestations du principe ou du droit au respect dans la protection des libertés fondamentales, et ce, sur le droit de l'enfant à l'instruction et à l'éducation sous la responsabilité des parents dans le « respect » de leur liberté de choix (art. 23) : sur la liberté d'entreprise dans la limite du « respect » de l'intérêt général, de l'ordre public, des bonnes mœurs et de l'environnement (art. 37).

Enfin, le Président de la République, entre autres ses fonctions : « ... veille au respect de la souveraineté nationale tant à l'intérieur qu'à l'extérieur (art. 45, al. 3). Mais avant de prendre ses fonctions, il prête serment (en malgache)... : « en jurant de “respecter” et de protéger “comme la prune de l'œil” la Constitution, les lois et règlements... ».

Nous constatons ainsi que les termes « respect » et « devoir de respect », ou formulés autrement, se manifestent plus souvent que dans les versions des Constitutions antérieures, s'agit-il d'« une piqure de rappel » ? Ou d'une nécessité pour indiquer ou montrer plus explicitement le comportement, la bonne conduite ou la voie à suivre ?

Ce qui signifie, dans une interprétation excessive, l'oubli par la puissance publique comme les citoyens de ce principe de respect qui allait de lui-même sans être soulevé et rappelé (coutume, usage, habitude) ou est-ce qu'il a perdu en allant sa vertu, sa force intrinsèque en considérant que son inobservation a connu ces derniers temps une dimension conséquente : en droit, la force obligatoire du respect ou du droit au respect appelle de sanctions éventuelles.

2) De la France

174. La Constitution de la Ve République française a été promulguée le 4 octobre 1958, plusieurs modifications lui ont été apportées. Dans son préambule, Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. La Constitution française même en confirmant la valeur constitutionnelle des droits de l'homme ne se réfère pas à la DUDH, mais à la DDHC de 1789. Si elle ne fait pas apparaître souvent le terme « respect », il existe toutefois des analogies à celle de Madagascar. Ainsi, l'art 1^{er} prévoit que la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle « respecte » toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. Alors que l'art. 5 impose au Président de la République de veiller au « respect de la Constitution ». Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il en découlait plus tard de l'affirmation de la doctrine et de la reconnaissance de la justice, de la consécration du droit au respect de la vie privée par la loi du 17 juillet 1970, par l'art. 9 al. 1 du CCF, fondé par la garantie de la Constitution du principe général d'un droit au respect de la vie privée, élément de la liberté individuelle, et à ce titre s'impose au législateur lui-même¹.

B. Le droit au respect en matière civile

1) À Madagascar

175. L'art. 13 de l'ordonnance n° 62-041 relative aux dispositions générales de droit interne et de droit international privé² précise que les principes généraux contenus dans le préambule

¹ KAYSER, *Le Conseil constitutionnel protecteur de secret de la vie privée à l'égard des lois*, Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD, 1985, p. 329 et s., in GOUBEAUX Gilles et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Les personnes*, L.G.D.J, 1998, p. 272.

² J.O n° 244 du 28-9-1962, complétée par la loi n° 98-019 du 2 décembre 1998, J.O. n° 2549 du 15.12.98, p. 3642 et 3654.

de la Constitution de la République malgache (1^{re} Constitution) s'imposent aux juges qui doivent, en tous les cas, en faire assurer le « respect » et l'observation dans le cadre de la législation en vigueur : il en est de même des préceptes de la civilisation malgache ; respect des droits de chacun, éminente dignité de l'homme, rôle fondamental de la famille qui est la cellule sociale par excellence, liberté de pensée, respect de la propriété,¹ etc. Si les lois civiles ne sollicitent pas d'une manière répétitive les termes « respect » ou « droit au respect », ladite ordonnance en fait une application générale, un autre principe qui s'impose au juge en même temps que la loi en vigueur. D'autres règles en matière civile (p. ex. sur le nom)² rappellent que « pour respecter ces coutumes (*"fady"*, tabou ou interdit de prononcer le nom d'un défunt, et de l'existence des noms typiquement masculins ou féminins, il serait difficile de donner à une fille le nom de son père, Rakoto par exemple, ou de donner à un fils naturel le nom de sa mère, Raketaka ou Rasoà), l'adoption du nom patronymique est facultative (art. 2) ». Concernant tout particulièrement nos objets d'étude : le devoir de respect et sa sanction, la loi n° 63-022 du 20 novembre 1963 sur le rejet prévoit que le rejet ne peut être prononcé que si le rejeté a sciemment porté atteinte à l'honneur familial ou gravement manqué aux « devoirs de secours, d'assistance et de respect » dont il était tenu envers le rejetant ou la famille (art. 80). Les dispositions de ces lois civiles sont complétées par la loi n° 68-012 du 4 juillet 1968³ relative aux successions, testaments et donations, qui énonce dans son exposé des motifs le souci des membres de la commission de rédaction de conserver les dispositions originales de la coutume et d'affirmer le principe du « *Masi-mandidy* »⁴ (les pères et mères sont maîtres souverains de disposer de leurs biens selon leur gré) et « au respect duquel » tout citoyen malgache reste fortement attaché, comme constituant le fondement de la solidité et de la solidarité du groupe familial. Et même les aménagements juridiques et non juridiques

¹ THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache moderne, Tome I, Fascicule I : Le nom, l'absence, les actes de l'état civil*, Librairie de Madagascar, 1962. Respect dû aux principes du préambule de la Constitution, p. 61.

² Ordonnance n° 62-003 du 24 juillet 1962 sur le nom, le domicile et l'absence (J.O. n° 235 du 04.08.62, p.1527), modifiée par la loi n° 90-012 du 18 juillet 1990 (J.O n° 2008 du 23 juillet 1990, p. 1294).

³ J.O. n° 598 du 13 juillet 1968, p.1438.

⁴ « *Ni rai aman-dreni masi-mandidi amin'ni hareni* » : « Les pères et mères sont maîtres souverains de disposer comme ils l'entendent de leurs biens, soit qu'ils veuillent les léguer à leurs propres enfants soit qu'ils veuillent en faire bénéficier leurs neveux, voire des Besufina ou des Taindruniruni (expression équivaut à untel, Pierre ou Paul, X ou Y) », in JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 305.

nécessaires ne doivent être en aucun cas susceptibles de faire disparaître les sentiments de « respect filial et de solidarité familiale », fondements traditionnels de la famille malgache. Nous constatons que même le législateur se devait de « respecter » la coutume et le principe qui en découlait depuis un temps immémorial que le malgache lui-même adhérait : ce qui engendre à notre avis un « respect de la loi envers la coutume » ; quoiqu'il s'agisse du progrès ou de la modernité, la coutume¹ peut faire barrage à la loi et inversement. Enfin, les nouvelles lois sur le mariage et les régimes matrimoniaux (loi n° 2007-22) d'une part et des droits et de la protection des enfants (loi n° 2007-23) d'autre part ont intégré dans leurs dispositions respectivement le respect dans le mariage (art. 55), et le respect de l'opinion de l'enfant dans la primauté de son intérêt (exposé des motifs Chap. I).

Dans le code de procédure civile malgache, le législateur sollicite de l'obligation de réserve² aux justiciables en prévoyant comme en droit français que les parties sont tenues de garder en tout le « respect dû à la justice » (art. 24), et désigne sur le déroulement du procès, le Président titulaire de la police de l'audience : les parties sont tenues de s'expliquer avec modération et de garder en tout le respect qui est dû à la justice (art. 161). En cas de manquement, elles encourent, après rappel et avertissement du président, l'expulsion, une amende civile, voire même une peine de prison. Nous pouvons relever aussi dans la classification des actions, l'art 4 qui définit l'action personnelle comme celle qui tend à faire « respecter » ou exécuter un droit personnel, et l'art 5 de l'action réelle comme celle qui tend à faire respecter ou exécuter un droit sur une chose. Et lorsque le juge fait appel à l'expertise d'un technicien pour l'éclairer dans les recherches pertinentes et cruciales, le technicien doit respecter les délais qui lui sont impartis (art. 280-7). Nous rajoutons à ces dispositions du code de procédure civile, l'art. 96 en matière de procédure de divorce prévoyant qu'outre les règles édictées par le code de procédure civile... sont néanmoins « respectées » les dispositions qui suivent : changement possible par le tribunal des mesures provisoires (-1), enquête et audition des témoins (-2), les parents, les domestiques des époux, les enfants peuvent à titre de renseignement (-3).

Nous terminons notre relevé en matière d'arbitrage où les principes généraux de la procédure judiciaire concernant le « respect des droits de la défense et de la contradiction » sont toujours applicables à l'instance arbitrale (art. 447. 1°) : et quand « le principe de la contradiction n'a

¹ Voir notamment : GRANGER Roger, « La tradition en tant que limite aux réformes du droit » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 31, 1979. ; APPLETON Charles, *Le culte des ancêtres, source permanente du droit en Asie, et du droit ancien à Rome*, [s. n.], 1934.

² Loi n° 2001 - 022 du 9 avril 2003.

pas été respecté » (art. 450-4), la sentence arbitrale peut, malgré toute stipulation contraire, faire l'objet d'un recours en annulation (art. 450-3). Quoi qu'il en soit son objet ou sa manifestation, le respect au droit ou du droit au respect n'est pas un terme trivial, mais indique clairement soit la règle, le principe, la voie à suivre en matière civile.

2) En France

a. Le respect et le droit civil

176. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme signée à Rome le 4 novembre 1950 prévoit la protection de l'individu contre les ingérences de l'État dans sa vie privée et familiale au moyen de l'art. 8 sur le droit au respect de la vie privée. La Commission le définit comme un droit qui comprend dans une certaine mesure le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité. La France a introduit et modifié l'art. 9 du CCF en disant que : « chacun a droit au respect de sa vie privée » par la loi du 17 juillet 1970, l'art. 9-1 prévoit que chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Une petite remarque en droit comparé : « Alors qu'aux États-Unis et en Allemagne les notions respectives de *Privacy* et de droit de la personnalité ont été, pour l'essentiel, dessinées par une jurisprudence constitutionnelle postérieure à la Seconde Guerre mondiale, en France la protection de la vie privée n'a jamais dépassé l'enceinte des juridictions civiles. C'est également à partir de 1948 que le droit au respect de la vie privée est apparu parmi les libertés fondamentales méritant une protection internationale »¹. Même dans les pays développés ayant des moyens financiers et techniques considérables, le droit peut prendre un certain temps pour évoluer, considérant que le droit positif malgache comme ceux des pays nouvellement indépendants est un droit « jeune », la puissance publique tarde parfois à appliquer leurs engagements internationaux, mais aussi de réadapter leurs droits nationaux.

177. En reprenant notre compilation sur les termes à rechercher dans le droit civil français, le « principe de respect de la dignité humaine »² souligne la valeur de la personne humaine

¹ RIGAUX François, *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, É. Bruylant Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.p. 8, et précise : « qu'est privé ce qui n'est pas public : le right privacy ou le droit de la personnalité aménage une sphère de liberté soustraite au pouvoir de l'état et à l'intrusion d'autrui », p. 7.

² Pour aller plus loin : MAURER Béatrice, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme* / Béatrice Maurer ; préface, Frédéric Sudre, Documentation française,

protégée par les Déclarations des droits de l'homme et de la Convention européenne. L'art. 16¹ édicte que la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le « respect de l'être humain » dès le commencement de sa vie. En ce sens, l'art. 16-1 précise que chacun a « droit au respect de son corps », le corps humain est inviolable, le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. Et l'art. 16-1-1 prolonge l'observation du principe de respect de la dignité humaine au-delà de la mort, ainsi rédigé : « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort ». Enfin, celui qui fait l'objet de notre étude figure l'art. 371 : « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » dont la réciprocité se trouve dans l'exercice de l'autorité parentale de l'art. 371-1².

178. Même si le droit au respect n'apparaît pas dans le Code civil autant que dans les Conventions et Déclarations diverses, il est considéré comme principe fondamental appliqué à toutes manifestations de volonté de l'État et des individus. Dans ce dernier cas, certains auteurs parlent de la consécration « du respect d'une certaine proportionnalité entre les prestations réciproques des parties à un contrat »³, p. ex. par la sanction de la lésion (art. 1118 du CCF).

Du côté du Code de la procédure civile, quelques règles suscitent « le respect » : dans l'obligation de réserve de l'art. 24 ; les parties sont tenues de garder en tout le « respect dû à la justice ». Une obligation commune aux deux droits malgache et français en comparaison, elle est aussi universelle dans toutes les juridictions à notre avis. Conformément à l'art. 232, des mesures d'instruction exécutées par un technicien et ordonnées par le juge, l'art. 239 prévoit qu'il doit « respecter les délais » qui lui sont impartis.

179. Le droit au respect en matière civile, outre son terrain de prédilection en combinaison avec la Convention européenne, sources d'intéressantes décisions judiciaires, dépasse son caractère de principe fondamental du droit en endossant des rôles spéciaux par son objet.

1999. ; DEBET Anne, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil* [microfiche], Dalloz, 2002.

¹ Livre Ier Des personnes, Titre I Des droits civils, Chapitre II, « Du respect du corps humain », du Code civil.

² Art. 371-1 du CCF : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le « respect dû à sa personne ».

³ MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2021.p. 243.

b. Quelques exemples de combinaisons de l'art. 8 de la
« Convention » et du Code civil

180. Sur la vie familiale. Le demandeur porte devant la CEDH une décision administrative contre lui d'interdiction du territoire français, ayant une vie familiale en France et père de trois enfants français (en soulevant l'art. 9 du CCF). Dans les faits, cet Algérien d'origine a été expulsé suite à un délit pour détention et importation en contrebande de produits stupéfiants et a fait six ans d'emprisonnement. Si la justice française¹ a confirmé l'interdiction définitive du territoire français au motif que « l'ordre public ne saurait tolérer la présence sur le territoire national d'un étranger se livrant au trafic de stupéfiants à titre principal ». La CEDH² a jugé à l'unanimité que nonobstant les faits graves qui lui sont reprochés, la mesure est inappropriée. Un autre arrêt³ de la CEDH a toutefois écarté la violation de l'art. 8 à l'unanimité en combinaison avec l'art. 371-4 du CCF sur l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement. Dans les faits, un couple pacsé de même sexe ayant recouru à la procréation médicalement assistée a donné naissance à un enfant. Peu après, le couple se sépare, celle qui a enfanté, gardait logiquement la garde de l'enfant : sauf que sur fond de relations conflictuelles entre les deux parents, celle-ci s'oppose au droit de visite et d'hébergement demandé par l'autre parent. Compte tenu de cette situation, la Cour a déclaré qu'il n'y a pas violation de l'art. 8 et a fait primer « l'intérêt supérieur de l'enfant »⁴, tout en reconnaissant « la souffrance que la situation litigieuse et la réponse que lui a donnée la Cour d'appel de Paris ont pu causer à la requérante » et de l'impossibilité de garder une vie familiale normale. Enfin, la CEDH⁵ a également écarté la violation de l'art. 8 de la Convention en combinaison avec les articles 357 et suivants, et 1183 du CCF sur le pouvoir du juge d'ordonner, d'office

¹ C.A Lyon, arrêt du 4 juillet 1991, Jugement Lyon, du 22 janvier 1991.

² CEDH, arrêt du 26 septembre 1997, affaire M. c. France : « Néanmoins, eu égard à l'absence d'attaches du requérant en Algérie, à l'intensité de ses liens avec la France et surtout au fait que la mesure d'interdiction définitive du territoire prise à son encontre a pour effet de le séparer de ses enfants mineurs et de son épouse « la Cour estime que ladite mesure n'était pas proportionnée aux buts poursuivis. Il y a donc eu violation de l'article 8 ». Jurisprudence contraire, CEDH, arrêt du 24 avril 1996, affaire B. c. France (motifs graves d'expulsion et d'ordre public priment à la vie familiale) ; CEDH, arrêt du 21 octobre 1997, affaire B. c. France.

³ CEDH, arrêt du 12 novembre 2020, définitif le 12 février 2021 (art. 44, § 2 de la Convention), affaire H. c. France.

⁴ La CEDH a constaté que la C.A Paris a retenu que les rencontres entre la requérante et l'enfant étaient traumatisantes pour ce dernier et que l'arrêt de la C.A Paris était attentivement motivé.

⁵ CEDH, arrêt du 9 décembre 2021, définitif le 9 mars 2022 (art. 44, § 2 de la Convention), affaire G. M. c. France.

ou à la requête des parties ou du ministère public, toute mesure d'information concernant la personnalité et les conditions de vie du mineur et de ses parents. Et réaffirme « l'intérêt supérieur de l'enfant » en notant l'avis¹ de la CNCDH selon lequel : « Le respect de la vie privée et familiale en protection de l'enfance : un droit fondamental difficilement assuré dans un dispositif en souffrance », qui fait état de « l'organisation lacunaire des droits de visite ». Sur fond de violences conjugales et de plaintes entre les parents d'une fille, le procureur de la République (art. 375, 375-5) confia l'enfant à l'Aide sociale à l'enfance (ASE) qui constata l'inaptitude des parents à s'en occuper au quotidien. La requérante reproche au gouvernement d'ingérence dans le droit au respect de la vie familiale, ce que ce dernier ne conteste pas, mais estime que l'enfant a encouru un grave danger. La CEDH a débouté la demandeuse en confirmant que toutes les décisions et les motifs dans cette situation ont été pris par les autorités sans « excéder dans leur marge d'appréciation » pour assurer « le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant » sans porter d'atteinte excessive aux droits de la requérante.

181. Sur la vie privée (art. 9 du CCF) et les écoutes téléphoniques, de leurs utilisations aux fins d'accusation en vertu des libertés de preuve de l'art. 427 du CPPF et des articles 81, 151, 152 sur les investigations de la police judiciaire et de l'art. 368 du même Code qui punit d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende (...), ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura volontairement porté atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : « 1. En écoutant, en enregistrant ou transmettant au moyen d'un appareil quelconque des paroles prononcées dans un lieu privé par une personne, sans le consentement de celle-ci ; ... ». Constatant qu'aucune disposition ne permet pas en l'espèce ni de contrôler les circonstances des écoutes ni de contrôler les abus dans le système du droit écrit et non écrit français, et que le demandeur « n'a pas joui d'un degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique »², la CEDH³ a reconnu qu'il y a violation de l'art. 8 de la Convention. Pour rappel, la loi du 10 juillet 1991 sur le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications a créé et modifié les articles 100 et suivants du CPPF, pour « poser des règles claires et détaillées ». La discussion tournait surtout sur la validité des écoutes téléphoniques pouvant servir de preuves à charges pour le demandeur alors même qu'il n'a pas de qualité pour le contrôle d'un numéro appartenant à un

¹ Commission nationale consultative des droits de l'homme intitulé (CNCDH) du 26 mai 2020.

² CEDH, arrêt du 2 août 1984, affaire Malone., série A n° 82, p. 36, § 79.

³ CEDH, arrêt du 24 avril 1990, affaire K. c. France. Dans le même sens, CEDH, arrêt du 24 avril 1990, affaire H. c. France.

tiers selon la Cour de cassation, et donc ne peut se prévaloir de la protection de l'art. 8 de la Convention. La CEDH¹ a estimé, à l'unanimité, qu'il y a eu violation dudit article, car le raisonnement de la Cour de cassation pourrait conduire à des décisions privant de la protection de la loi un nombre très important de personnes, à savoir toutes celles qui conversent sur une autre ligne téléphonique que la leur. Cela reviendrait d'ailleurs, en pratique, à vider le mécanisme protecteur d'une large partie de sa substance.

182. Sur la combinaison de l'art. 8 de la Convention et des articles 341, 341-1 du CCF et des articles 354 et 356 (transcription sur l'état civil de la décision et des effets de l'adoption plénière) du même Code et des articles L.147-6 et L.222-6 du CASF (respectivement, opposition à la divulgation de son identité [mère] même après sa mort, accouchement secret ou anonyme) : soulevée effectivement sur l'accès aux origines des enfants nés sous X². La CEDH a écarté la violation de l'art. 8 et de l'art. 14 (sur la discrimination), et a que la requérante a déjà établi une filiation envers ses parents adoptifs et conformément aux effets de cette adoption plénière, elle ne pourra pas se prévaloir d'une autre filiation en qualité d'héritière de sa mère biologique. D'autre part, la CEDH a jugé que la requérante a eu accès à des informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers qui sont aussi protégés de leur vie privée et familiale. Tout en reconnaissant le fondement du droit à la connaissance de ses origines dans l'interprétation extensive du champ de la vie privée et du désintérêt total de la mère envers la requérante, constate qu'il y a des conflits d'intérêts inconciliables, la décision a été prise à la majorité.

183. Sur la base de l'art. 3 de la Convention : Interdiction de la torture ; « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants » en combinaison avec les articles 373, 375, 390, 411 du CCF³ et des articles L. 111-2, L. 112-3-4 du CASF⁴. La CEDH reçoit à titre exceptionnel la requête du « mineur » sans avoir épuisé les recours internes, notamment de la Cour de cassation. Dans les faits, le requérant déclara être mineur alors que l'expertise médicale effectuée sur sollicitation du juge a révélé qu'il est majeur de 19 ans. Le requérant reprochait en effet au gouvernement de l'avoir délaissé dans la rue, sauf

¹ CEDH, arrêt du 24 août 1998, affaire L. c. France.

² CEDH, arrêt du 13 février 2003, affaire O. c. France.

³ Respectivement : privation de l'exercice de l'autorité parentale (art. 373) ; sur la protection des mineurs (art. 375) ; sur la tutelle (art. 390) ; sur la vacance de tutelle et Aide sociale à l'enfance (art. 411).

⁴ Respectivement sur les prestations sociales des étrangers et sur la protection des mineurs.

qu'il a déjà bénéficié de l'aide départementale, a été pris en charge par les services sociaux à plusieurs reprises, en l'occurrence par des mesures de placement. Considérant que le requérant a été pris en charge pendant le temps où il était effectivement mineur, la CEDH¹ a estimé qu'à partir du moment où il a été reconnu formellement majeur, le gouvernement n'a pas violé l'art. 3 de la Convention, le droit au respect de la dignité humaine a été observé.

CHAPITRE II. Le caractère diptyque du droit au respect

184. Les manifestations du respect dans le droit nous induisent à dire que celui-ci peut endosser au moins deux natures différentes de protection en droit : tantôt, il désigne expressément une personne ou un groupe de personnes à qui l'on doit, tantôt il désigne un objet auquel une personne ou une chose doit observer pour imposer sa force impérative et impersonnelle ; c'est la catégorisation classique opérée dans les études juridiques faisant opposer le droit subjectif et le droit objectif. En effet, le respect ou le droit au respect délaisse leur caractère de principe fondamental ou général lorsque la loi leur accorde spécialement un objet à part entière, et/ou rattaché à son titulaire. L'absence de régime juridique commun ne doit pas empêcher de rapprocher sous une même catégorie des droits divers², le droit au respect protège son titulaire (Section A), et selon son objet (Section B).

SECTION A. Le droit au respect selon son titulaire

I. Protection des personnes morales

185. Le titulaire d'un droit ou sujet de droit est celui qui est reconnu capable d'agir et d'en jouir des prérogatives qui lui sont conférées par la loi : en revanche, il est responsable de son acte. Comme toutes les personnes, l'État est créancier du respect, mais il peut également en être débiteur, d'autant plus qu'il doit en garantir son observation. En effet, la responsabilité de l'État peut être engagée quand leur décision impacte les droits des particuliers, mettant ainsi fin ou presque l'imposition arbitraire de leurs actes, législatif-administratif-judiciaire qui impactent les droits acquis des particuliers. Ainsi, le droit subjectif offre à son titulaire le pouvoir « d'user et de jouir d'une certaine chose, de réclamer une certaine prestation »³, soit à l'État et de ses services, soit à un individu ou à une autre personne morale de droit privé.

¹ CEDH, arrêt du 10 octobre 2019, définitif le 10 janvier 2020 (article 44, § 2 de la Convention), affaire M.D c. France.

² DABIN Jean, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952. p. 174.

³ DUGUIT Léon, *Leçons de droit public général*, Éditions La mémoire du droit, 2000.p. 41.

A. Les personnes morales de droit public

1) Comparaison historique du respect dû aux services publics et aux agents de l'État

186. Le respect dû au souverain et aux nobles était un comportement social que les membres de la communauté ou le peuple observaient. Ainsi p. ex. les hommes, les femmes et les enfants enlevaient leurs chapeaux quand le souverain passait ou quand le drapeau national fut levé, ou encore, les mains ouvertes vers l'avant et le dos courbé pour saluer leur passage : les nobles ou *Andriana* étaient les seuls à avoir accès au palais du souverain et ce dernier ne pouvait être servi que par des personnes de classe noble. D'ailleurs, les représentants des souverains étaient des nobles, et ils étaient tout particulièrement respectés comme le souverain lui-même dans leur travail. Une métaphore dans l'extension des pouvoirs attribués au « *Censor* »¹ de l'ancienne époque romaine, de contrôler la conduite irrespectueuse en face des magistrats et spécialement des censeurs, des faux témoignages, de l'improbité et du manque de foi dans les relations privées, la négligence des sanctuaires et des tombeaux de famille, la négligence dans l'accomplissement des devoirs de piété envers les proches, etc. Madagascar connaissait le « *Vadin-tany* ». Celui qui rapporta la volonté du souverain auprès du peuple, qui contrôla l'exécution des travaux, du paiement des impôts « *Hetra isan-dahy* » (« impôt par homme » en âge de travailler), qui régla les conflits privés. Les personnes qui ne respectaient pas les règles de conduite devant de telles personnalités étaient une honte familiale : un comportement opprobre que les membres de la famille ne laissant pas passer dépourvu de sanction. En effet, si les autorités royales ne sanctionnaient pas la « *paria* », la famille de l'irrespectueux faisait à leurs places, et la sentence était souvent sévère et publique, allant jusqu'à l'exclusion de la famille ou de la communauté, pour se dédouaner de toutes responsabilités du mal, encore une fois l'histoire du droit nous ramène à l'époque de la « *foris familiatio* »² du droit franc permettant de jurer publiquement, sous forme de serment³, de la non-culpabilité d'un crime en dénonçant un des frères et sœurs, ou un membre de la famille.

¹ SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941. p. 28 et s.

² « La *foris familiatio* est une procédure de rejet publique par laquelle la famille rejette la solidarité vis-à-vis d'un coupable qui a commis un crime horrible ou qui expose sa famille à des représailles redoutées », in UNIVERSITÉ DE LILLE, « Histoire du Droit Pénal », publié le 2020 2019.

³ LÉVY-BRUHL Henri, *La preuve judiciaire, Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964.pp. 85-97. Définit le serment comme « une auto-malédiction conditionnelle... dont la force probante est

2) Le respect dû aux services publics et aux agents de l'État

187. Il est fréquent de nos jours de voir des écriteaux rappelant le principe de respect à l'entrée des services de l'état, demandant aux usagers d'observer un comportement acceptable envers les agents de l'État, en contrepartie les agents de l'État leur doivent toutes les diligences nécessaires au bon fonctionnement de ces services. Sans prétendre maîtriser tous les domaines du droit et tout particulièrement du droit public, nous ne pouvons pas omettre de citer le respect ou la « loyauté »¹ que doivent les agents vis-à-vis de l'État. La spécialisation et la séparation des pouvoirs dans le fonctionnement du pouvoir étatique se divisent en deux dans ses relations avec les particuliers, il s'agit du pouvoir administratif et du pouvoir juridictionnel. L'exercice du premier est assuré par l'autorité administrative tandis que le second par l'autorité judiciaire², les deux appartiennent aux services publics que l'État assure et garantit la gouvernance par ses agents de la fonction publique dont le respect est requis. Mais aux confins du devoir de respect ou du droit au respect des institutions de l'État et de ses démembrements se trouve l'idée fondamentale de devoir que nous concevons du « devoir s'imposant à tous les membres de la collectivité, aux petits et aux grands, aux faibles et aux forts, aux gouvernés et aux gouvernants »³.

188. Nous rajoutons enfin la reconnaissance par les puissances publiques qui se sont succédé depuis l'époque royale du groupement d'individus qu'est le *Fokonolona* dont la classification juridique suscite des questionnements s'il relève des personnes morales de droit privé ou de droit public. Sa réorganisation ou plutôt son rattachement territorial effectué par l'administration en *Fokontany* le classe parmi les personnes morales de droit public.

considérable. Il est comparable à l'aveu, en ce sens qu'il peut être, comme ce dernier, regardé comme une sentence que rend l'intéressé lui-même. Avec cette différence que l'aveu est une sentence de culpabilité, tandis que le serment est une sentence d'innocence ».

¹ Pour aller plus loin, NIQUÈGE Sylvain et ANDOLFATTO Dominique (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, Éditions Mare & Martin, 2017.

² En droit de procédure civile malgache sur l'obligation de réserve (art. 24), les parties sont tenues de garder en tout le « respect dû à la justice », il en est de même des dispositions du Code de procédure civile français où les termes utilisés et leurs numéros sont exactement les mêmes, dans la Section X de l'obligation de réserve (art. 24), les parties sont tenues de garder en tout le « respect dû à la justice ». Il revient alors au Président du tribunal, aux magistrats de faire respecter l'institution de la justice en tant que dépositaire du pouvoir de police que leur confère la loi, mais aussi en leur qualité d'agents de l'état protégé par l'outrage à magistrat.

³ DUGUIT Léon, *Leçons de droit public général*, Éditions La mémoire du droit, 2000.p. 264.

B. Les personnes morales de droit privé

189. Il y a encore un siècle, la considération de la personne morale « sujet de droit », une théorie de la fiction, mais d'une nécessité de technique juridique, eut suscité un grand débat doctrinal entre ceux qui ne reconnaissent pas le droit subjectif et ceux qui affirment que les « notions de droit subjectif, sujet de droit, personnalité morale sont, au moins sur le plan technique d'utilisation quotidienne en droit positif »¹. Les personnes morales sont régies en droit malgache par les articles 22 à 25 de l'ordonnance n° 62-041 sans qu'elles soient clairement définies par la loi : ce sont plutôt leurs conditions de jouissance des droits au même titre que les « Malgaches » qui sont déterminées, il existe plus tard des lois spéciales sur la création des sociétés et des formes de leur constitution. De nos jours, les personnes morales légalement établies et reconnues par les autorités publiques disposent d'une capacité juridique, celle de jouissance et d'exercice. La capacité de jouissance est définie comme l'aptitude à être titulaire de droits, à être tenu d'obligations, alors que la capacité d'exercice est l'aptitude à mettre en œuvre, à faire valoir les droits dont on est titulaire². Cependant, il existe une multitude de personnes morales comme un groupement d'intérêt économique commun, un groupement de professionnels (comme l'Ordre des médecins ou d'avocats, etc.), un groupement des salariés (syndicat, comité d'entreprise, etc.), et le groupement des habitants du même territoire, etc. De ce fait, ces personnes morales jouissent des droits et des protections spéciales selon leurs statuts³ (c'est le trait caractéristique spécifique aux personnes morales) et assument des responsabilités du fait de leurs activités ou services : en revanche dans l'exercice de leurs droits, elles peuvent actionner notamment des poursuites judiciaires en leurs noms. Ainsi, elles disposent du droit au respect de leur personnalité, de leur image entre autres tout en étant débiteur du principe de respect à l'égard d'autrui. Les personnes

¹ GÉNY François, *Science et technique en droit positif, Tome III, Élaboration technique du droit positif*, Recueil Sirey, 1921., n° 224.

² GOUBEAUX Gilles et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Les personnes*, L.G.D.J, 1998.p. 24.

³ Contrat de société, régi par le Code civil français d'avant 1960, art. 1832 à 2010, par application de la loi n° 60-009 du 9 juillet 1960 portant approbation des Accords paraphés le 2 avril 1960 et signés le 27 juin 1960 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République malgache : art. 4 en matière de justice. (J.O.R.M n° 107 du 09.07.1960, p. 1153) ; ordonnance n° 60-133 du 3 octobre 1960 portant régime général des associations (J.O. n° 127 du 15.10.60, p. 2090), modifiée par ordonnance n° 75-017 du 13 août 1975 (J.O. n° 1076 du 23.08.75, p. 2254) ; Loi n° 99-004 relative aux Coopératives (J.O. n° 2572, éd. spéc. du 27 04 1999, p.1133) ; LES CODES BLEUS MALGACHES, *Constitution et lois organiques de la République malgache et accords franco-malgaches*, Librairie de Madagascar, 1964.

morales en tant que sujet de droit se confondent parfois quant à leurs appellations aux noms de leurs propriétaires ou associés, voire même de leurs renommées à la réussite ou à l'échec de leurs activités. Dès lors, non seulement elles sont protégées dans leurs activités économiques ou de services, mais aussi dans leurs réputations, de leurs images. P. ex., la jurisprudence française a consacré la protection de l'image des biens dans l'arrêt de la Cour de cassation dit du Café Gondrée en affirmant que l'exploitation commerciale de cartes postales représentant le célèbre établissement... portait atteinte au droit de jouissance du propriétaire,¹ mais a limité² ce droit sous la seule condition causale d'un trouble anormal³.

II. Protection des personnes physiques

190. Dans chaque ordre juridique, et particulièrement dans le droit civil, le législateur détermine les règles qui régissent les personnes, physiques ou morales. Dans notre objet d'étude, nous consacrons notre analyse et nos recherches sur les personnes physiques, « les individus », sujet de droit, capable d'en jouir et d'en assurer les conséquences.

A. Protection des individus

191. Dès l'aube du système juridique malgache, le souverain punissait sévèrement tous différends de racontars (*adi petsapetsa vava*), des paroles inconsidérées pour délit d'indiscrétion diffamatoire (*mihua-bava*) d'une amende de 10 piastres, des propos humiliants et « quiconque fût-il d'égale condition sociale, oubliant le respect qu'il doit à son semblable, lui manquera d'égards ou le méprisera en le traitant en qualité négligeable (*tsinun'uluna*) sera vendu en esclave... »⁴.

1) L'individu capable

192. Ainsi le droit impose à tout individu capable, libre et non aliéné, d'observer certaines conduites et règles quand il se présente devant un autre individu ou pendant leur échange et leur interaction sociale. Chaque individu, chaque acteur social est défini et préalablement

¹ Cass. Civ. 1^{re}, 10 mars 1999, n° 96-18699, Café Gondrée, Bull. civ. I, n° 87, p. 58 ; D. 1999, 319, concl. J. Sainte-Rose, note Agostini ; JCP G 1999, II, 10078, note P-Y. Gauthier ; JCP G 1999, I, 175, n° 2, obs. H. Périnet-Marquet ; Defrénois 1999, 897, note C. Caron, RTD civ. 1999, 859, obs. F. Zenati.

² Limite de l'autorisation, l'art. 9 de l'Ordonnance malgache n° 62-041 du 19 septembre 1962 reprend les mêmes termes de l'art. 6 du CCF : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », sanctions civiles et pénales de même que pour le droit à la vie privée.

³ Cass. Ass. Plén., 7 mai 2004, n° 02-10 450, Hôtel Girancourt, Bull. 2004, n° 10, p.21 ; JCP G 2004, I, 163, n° 24, obs. G. Viney ; JCP E 2004, 1021, note. C. Caron

⁴ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 294.

identifié dans sa relation avec autrui : ce que les juristes appellent la sécurité juridique de la personne. En soulevant le caractère universel de certaines valeurs humaines, notre pensée nous ramène nécessairement aux droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui pour trouver leur positivité effective dans le droit national, doivent être reconnus par la loi étatique comme valeurs individuelles inhérentes à toute personne humaine. Par ailleurs, « les droits de l'homme sont un universalisme (ils s'adressent à tous les hommes sans distinction), ils ne sont pas [encore] universels »¹, ni intemporels, car nous savons que le concept juridique et formel date du XVII^e siècle alors même que l'idée de la reconnaissance d'un droit d'un individu qui lui est propre remonte à des données idéales, philosophiques ou de religions. Et cet universalisme à la fois reconnu par les différents déclarations, traités et chartes internationaux ne reste pas moins à relativiser puisque ces mêmes données idéales, tout particulièrement de la religion, font la différence dans l'application du droit étatique non laïcisé et par la prévalence des rites de certains peuples et du respect de l'ordre existant édicté par les règles religieuses. Or selon le concept de droit naturel moderne : « la loi naturelle cesse d'être la loi imposée par Dieu pour provenir de la puissance seule de la raison, et de la délibération collective »². L'individu capable en droit est une personne ayant toute capacité de discernement, saine d'esprit pouvant exercer personnellement les prérogatives qui lui sont conférées par la loi : en matière privée, il est défini par la loi comme responsable de son acte.

2) Les incapables

193. Les incapables sont entendus ici comme des personnes n'ayant pas l'âge de discernement, des aliénés mentaux, des personnes ayant perdu leurs capacités juridiques par l'insanité de leur esprit ou de leurs pertes d'indépendance dans la vie quotidienne. Néanmoins, ils ne sont pas dépouillés de leurs droits et de la protection de la société : si l'idée selon laquelle, seuls les individus ou êtres ayant une volonté consciente « peuvent disposer du droit subjectif »³, pour « que le droit subjectif existe. Toutes les fois que l'on se trouve en présence d'une situation protégée juridiquement, il doit y avoir derrière elle un droit subjectif ». En effet, dans cette situation, même si une autre personne désignée légalement protectrice, responsable ou tutrice d'une personne incapable agit en droit, ce dernier n'agit pas en son nom et pour son compte, mais par un pouvoir que le droit objectif (la loi positive) lui

¹ WACHSMANN Patrick, *Les droits de l'homme*, Dalloz, 2008.p. 49.

² JAUME L., *Qu'est-ce que l'esprit européen ?* Flammarion, 2010, p. 35, op.cit. LEVINET Michel, *Droits et libertés fondamentaux* [en ligne], Presses Universitaires de France, 2010. *Fondements métajuridiques*, pp. 17-32.

³ DUGUIT Léon, *Leçons de droit public général*, Éditions La mémoire du droit, 2000.p. 95 et s.

attribue en l'exercice d'un droit subjectif d'un tiers. Il en est ainsi de la gestion du patrimoine de l'enfant mineur par les titulaires de l'autorité parentale, qui doivent répondre des pouvoirs qui leur étaient attribués par la loi quant aux abus et mauvaises gestions. De même les tuteurs responsables de la protection et des décisions y afférentes concernant les personnes âgées, dépendantes ou aliénées usent des droits subjectifs qui leur sont transférés par la loi ou par la justice en fonction de leurs besoins encadrés par le droit objectif. Ce que Duguit confirme en évoquant la doctrine de Bekker sur l'élément pouvoir ou le droit de disposer et l'élément profit ou le droit d'user, de jouir d'une chose, composants du droit subjectif dont le rapport entre la représentation et le représenté a été créé par le droit objectif, autrement appelé, les droits sur la personne¹.

B. Protection des personnes vulnérables

194. En droit malgache, la protection des personnes vulnérables par l'État manque parfois d'effectivité, alors que « les enfants et les vieillards sont l'objet d'un amour et d'un culte qu'on ne retrouve nulle part ailleurs »² : un « choix » est supposé possible entre la famille et l'État³, mais en réalité, c'est la famille qui assume directement ses devoirs et responsabilités.

1) Protection des enfants

195. La protection de l'enfance à Madagascar a été l'une des préoccupations du législateur malgache, elle est régie par l'ordonnance n° 62-038 du 19 septembre 1962, complétée ou modifiée par la loi n° 2007-23 sur les droits et la protection des enfants. Nous retenons l'art. 3 de l'ordonnance qui prévoit des mesures d'assistance éducative en cas de mise en danger de l'enfant, la loi nouvelle organise et comble le régime juridique de la protection de l'enfant. Au sens de ladite ordonnance, la protection concerne l'enfant⁴ de moins de dix-huit ans : ce que définit la loi dans son article 2. Or la majorité civile est retenue à vingt et un ans jusqu'à nos jours dans l'ordonnance n° 62-041 : de ce fait, les enfants de 18 et 21 ans se trouvent incapables et irresponsables civilement alors que la majorité pénale est de dix-huit ans (art. 4 de l'ordonnance n° 62-038). Il est peut-être temps d'aligner toutes les règles de majorité à dix-huit ans pour rendre cohérentes toutes les dispositions concernant l'enfance et la majorité. La

¹ Voir DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préf. Levasseur Georges, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1960.

² JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome II, E. Guilmoto, 1909.p. X.

³ RAHARIJAONA Henri, « La tutelle des enfants mineurs : l'option entre l'État et la famille », *BAM*, 1971.

⁴ RAHARIJAONA Henri, *La protection de la personne de l'enfant dans le droit positif malgache*, Université d'Antananarivo, 1970.

nouvelle loi sur les droits et la protection des enfants rappelle dans son article 1^{er} la garantie de leurs droits et libertés fondamentaux, contenus dans les Conventions et Chartes internationales ratifiées. La loi confirme dans l'exposé des motifs les quatre principes généraux de la Convention dont la non-discrimination envers les enfants, le droit à la vie et à la survie de l'enfant, le respect à son opinion et la considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision le concernant. Pour une commodité de lecture, nous évoquons les dispositions sur la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant par les Conventions et Chartes internationales qui s'imposent à l'État malgache et aux juges.

196. Sur la Convention¹ internationale des droits de l'enfant, les termes « respect et droit au respect » apparaissent abondamment dans son discours. La Convention prévoit d'emblée que les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation (art. 2-1). L'enfant est entendu comme un être humain âgé de moins de dix-huit ans (art. 1) et que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer sur toutes autres considérations (art. 3-1 ; art. 9-1 et 9-2 quant aux relations enfants-parents), et que les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être... (art. 3-2), à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, son nom et ses relations familiales (art. 8). Le respect indique soit le droit objet soit le titulaire de ce droit objet. Parmi les libertés reconnues à l'enfant et à ses parents de rentrer ou de quitter le territoire (art. 10 et s.), la Convention reconnaît la liberté d'expression de l'enfant (art. 13-1) sous réserve de ne pas empiéter sur celle des autres « au respect des droits ou de la réputation d'autrui (art. 13-2). Enfin, nous soulevons l'art. 14 sur le droit au respect de la liberté de pensée, de conscience et de religion de l'enfant (art. 14-1) et celui des parents dans l'exercice dudit droit de l'enfant (art. 14-2). Si tel est l'aperçu du droit au respect de la personne de l'enfant et du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention internationale des droits de l'enfant², une autre Convention¹ naissait quelques années plus tard sur l'adoption

¹ Convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989.

² Ratifiée par Madagascar par l'art. 1 de la loi n° 90-029 : « Est autorisée la ratification de la Convention sur les droits de l'Enfant, jointe en annexe, signée à New York le 19 avril 1990 ».

internationale. Dans son Chapitre I relatif au champ d'application de la Convention, son art. 1^{er} définit son objet : a) d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international ; b) d'instaurer un système de coopération entre les États contractants pour assurer le respect de ces garanties et prévenir ainsi l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants, etc. L'enfant dispose du respect à ses droits fondamentaux : même si ladite Convention ne contient pas autant de termes de respect ou de droit au respect, elle impose aux États de veiller à ce que le « respect de l'intérêt supérieur de l'enfant » soit observé par la mise en place des conditions d'adoption internationale et du suivi par des autorités centrales (art. 6 et s.) de la procédure d'adoption et de la qualité et aptitude (art. 4 et 5).

197. L'année suivant l'avènement de la Convention de La Haye, les États africains membres de l'Organisation de l'Unité Africaine réaffirment dans le droit communautaire entre autres raisons l'importance primordiale des droits de l'homme et de la protection légale de l'enfance dans les conditions de liberté, de dignité et de sécurité. Et décident d'ériger la Charte² africaine des droits et du bien-être de l'enfant qui énumère les droits et libertés fondamentaux de l'enfant et des conditions de leur réalisation, mais spécifient aussi, en allant plus loin que la Convention de La Haye, que l'enfant (de moins de dix-huit ans, art. 2) a un devoir envers la famille, la communauté, et la société. L'art. 1 de la Charte indique les « Obligations des États membres » de se conformer aux dispositions de la Charte concernant leurs droits nationaux respectifs (art. 1-1) et de décourager toute coutume, tradition, pratique culturelle ou religieuse incompatible avec les droits, devoirs et obligations énoncés dans la Charte (art. 1-3) et de considérer la primauté de l'« intérêt supérieur de l'enfant (art.4). Les termes « respect ou droit au respect » s'y manifestent sur la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'art. 9-3 impose à l'État de « respecter l'obligation des parents et, le cas échéant, du tuteur, de fournir conseils et orientations dans la jouissance de ces droits, conformément aux lois et politiques nationales applicables en la matière ». Pour l'éducation de l'enfant, elle doit encourager le « respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (art. 11-2-b), préparer l'enfant à mener une vie responsable dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de tolérance et de dialogue, de « respect mutuel » et d'amitié entre les peuples, et entre les groupes ethniques, les tribus et les communautés religieuses (art. 11-2-d),

¹ Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, appelée aussi Convention de La Haye du 29 mai 1993.

² Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, Addis-Abeba (Éthiopie), juillet 1990.

enfin susciter le « respect pour l'environnement et les ressources naturelles » (art. 11-2-g). Les États doivent « respecter les droits et devoirs des parents » sur l'éducation morale et religieuse de l'enfant (art. 11-4) et prendre les mesures nécessaires pour veiller qu'un enfant qui est soumis à la discipline d'un établissement scolaire ou de ses parents soit traité avec humanité et avec « respect pour la dignité inhérente de l'enfant » (art. 11-5), « respectent » et favorisent le droit de l'enfant à participer pleinement à la vie culturelle et artistique (art. 12-2). Nous retenons volontairement le « respect » des obligations par les États sur la protection de l'enfant contre les abus et les mauvais traitements où ils doivent le faire contre toute forme de torture, traitements inhumains et dégradants, toute forme d'atteinte physique ou morale et des sévices sexuels (art. 16). Et lorsqu'un enfant a enfreint la loi pénale, il a le droit à un traitement spécial conforme à sa dignité et sa valeur, et propre à renforcer le « respect de l'enfant » pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales des autres (art. 17-1). La Charte rappelle la responsabilité des parents dans l'éducation et l'épanouissement de l'enfant et de leur devoir de veiller à l'intérêt supérieur de celui-ci (art. 20-1-a) et à ce que la discipline domestique soit administrée de manière à ce qu'il soit traité avec humanité et avec le « respect » dû à la dignité humaine (art. 20-1-c). Sur les dispositions relatives aux pratiques négatives sociales et culturelles touchant les rites et coutumes qui ont encore des places importantes dans les sociétés africaines, la Charte invite les États à les abolir : les coutumes et pratiques préjudiciables à la santé, voire à la vie de l'enfant (art. 21-1-a), qui constituent une discrimination à l'égard de certains enfants, pour des raisons de sexe ou autres (art. 21-1-b).

198. Enfin, nous trouvons très intéressantes et novatrices les dispositions de la Charte sur la responsabilité des enfants, après celles des États et des parents. En effet, la Charte termine la première partie sur les droits et les devoirs par ceux de l'enfant, l'art. 31 intitulé « Responsabilités des enfants » stipule que « tout enfant a des responsabilités envers sa famille, la société, l'État et toute autre communauté reconnue légalement ainsi qu'envers la communauté internationale. L'enfant, selon son âge et ses capacités, et sous réserve des restrictions contenues dans la présente Charte, a le devoir entre autres : d'œuvrer pour la cohésion de sa famille, de **« respecter ses parents, ses supérieurs et les personnes âgées en toutes circonstances et de les assister en cas de besoin »** (art. 31-a), de préserver et de renforcer la solidarité de la société et de la nation (art. 31-c). Ainsi, la Charte reconnaît les responsabilités de l'enfant dans les relations publiques, mais elle influence relativement les relations privées. Dans ces dernières, lorsque les moyens publics font défaut, ce sont les solidarités familiales et de communauté de base qui assument leur rôle dans l'application de ces règles fondamentales de droits et de devoirs dans une société africaine.

2) Protection des parents, ascendants et personnes âgées devenus vulnérables

199. Nous venons de désigner en droit international comment les États doivent protéger les enfants qui à leur tour doivent « respecter » les siens et la société. S'il s'avère inutile de relater encore une fois lesdites responsabilités des enfants envers ses parents et ascendants, nous estimons logique de reprendre les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ci-après :

— Au niveau de la communauté européenne, l'art. 25, intitulé Droits des personnes âgées indique que : L'Union reconnaît et « respecte le droit des personnes âgées » à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle. Et réitère les mêmes termes sur l'intégration des personnes handicapées : l'Union reconnaît et « respecte le droit » des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté (art. 26).

— Au niveau de la communauté africaine, l'art. 18-1 prévoit que la famille est l'élément naturel et la base de la société. Elle doit être protégée par l'État qui doit veiller à sa santé physique et morale : rappelle à l'État son obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté (art. 18-2). La charte spécifie les objets de protection que l'État doit assurer : le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant comme stipulé dans les déclarations et conventions internationales (art. 18-3). Elle indique que les personnes âgées ou handicapées ont également droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques ou moraux (art. 18-4). En comparant ces dispositions communautaires, nous constatons que les termes changent, mais indiquent les mêmes objets et les mêmes sujets de droit. La protection des personnes âgées et de celles portant des handicaps, incombe en premier à l'État membre de la communauté. Mais compte tenu des différences des moyens des États à assumer leur responsabilité et de leurs obligations, les textes restent parfois au-delà des convictions et des volontés, lettres mortes. De ce fait, le devoir de respect, d'assistance et de secours et la solidarité familiale à Madagascar semblent cruciaux pour le bien de la société, car même si des efforts sont faits par les autorités publiques, ils demeurent marginaux : ce qui laisse la famille et les proches assurer et assumer leurs devoirs nonobstant des dispositions impératives de droit public. Chez les Malgaches en général, la coutume selon laquelle les membres de la famille assurent ses devoirs envers ses parents et aïeux est toujours d'actualité. P. ex., dans la famille Sakalava, « les enfants n'abandonnent pas leurs parents devenus vieux ou infirmes...

l'esprit d'harmonie et de solidarité qui anime frères et sœurs ne se trouve guère dans celles des chefs où l'éventualité d'une succession convoitée met aux prises les cadets aux aînés, les sœurs aux frères et quelquefois les enfants avec leurs propres auteurs »¹ : aucun membre de la famille ne peut se soustraire à ses obligations « *adidy tsy maintsy atao* ». Ce qui diffère notablement de ce qui se passe dans les pays développés : en France, les services² de l'État subrogent aux droits des personnes fragiles et vulnérables pour « respecter » ces droits fondamentaux. P. ex., les personnes âgées portant des handicaps ou dans le besoin, n'ayant pas suffisamment cotisé pour leurs retraites, peuvent bénéficier de l'aide de l'État conformément aux articles L. 111-1 du CASF, à l'aide sociale sur conditions de ressources, L. 113-1 et s. (sur les aides et accompagnements dans la vie quotidienne), l'art. L. 132-6³ sur l'obligation alimentaire en relation avec l'art. 205 du CCF et aux articles L. 231-1 et s. L. 232-1 et s. (des aides à domicile et des personnes en perte de mobilité). La mise en œuvre des dispositions des droits fondamentaux connaît des différences concernant les moyens affectés par l'État membre des Conventions et Traités internationaux, tout en reconnaissant l'existence du devoir de respect ou du droit au respect : ce qui confirme notre thèse sur l'existence et l'exigence du respect dans le droit endossant même le caractère d'un principe de droit.

SECTION B. Le respect : un principe de droit selon son objet

200. Le respect est un principe de droit qui désigne l'objet de celui-ci, le droit objectif qui est « l'ensemble des règles de droit qui s'appliquent dans une société donnée »⁴. En ce sens, le respect protège les règles qui déterminent l'objet du droit et institue une délimitation abstraite au-delà de laquelle, l'inobservation, la transgression constatée de ces règles est répréhensible.

¹ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 76.

² En matière d'obligation alimentaire, CASF, art. L. 132-8 et s., entre autres l'art. L. 132-10 prévoit que : « L'État ou le département sont, dans la limite des prestations allouées, subrogés dans les droits de l'allocataire en ce qui concerne les créances pécuniaires de celui-ci contre toute personne physique ou morale en tant que ces créances ne sont ni incessibles ni insaisissables et que la subrogation a été signifiée au débiteur ».

³ Les réformes apportées par la loi 2024-317 du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir une société du bien vieillir et de l'autonomie renforcent encore davantage le rôle des services de l'État dans l'accompagnement des personnes âgées ou vulnérables.

⁴ DUGUIT Léon, *Leçons de droit public général*, Éditions La mémoire du droit, 2000.p. 41.

I. Protection des Institutions de l'État, juridiques et sociales

A. Le droit au respect des Institutions de l'État

201. Nous désignons ici les institutions de l'État comme l'ensemble de ses organes, de leur structure hiérarchique dans l'exercice de leurs pouvoirs respectifs : le système juridique qui règle les autorités publiques à savoir le triptyque législatif, exécutif, judiciaire.

1) En droit malgache

202. Historique. Dès le stade embryonnaire du « droit » à Madagascar, le souverain menait son peuple de mains de fer, en voulant vaincre le désordre social, l'anarchie, l'anomie, la famine, et organisa tout ce qui toucha les affaires publiques et l'organisation juridique des relations privées. Plus tard, l'art. 7 du code de 1881 portant « De la majesté du souverain » prévoyait que : « Si une personne manque d'égards envers la majesté du souverain, elle paiera 100 francs à titre de *Vidin-doha* et de 150 francs de *Tovotr'Andriana* ; si elle ne peut pas payer, elle sera mise aux fers pendant cinq ans », il complète tous les crimes punis de la peine de mort tels que l'attentat à la sûreté de l'état, à la vie du souverain, à l'homicide, etc. ... pour prévoir le respect des institutions de l'État, la paix et l'ordre public de l'époque.

203. Le droit positif. L'art. 40 de la Constitution malgache énumère les institutions de l'État : le président de la République et le Gouvernement, l'Assemblée nationale et le Sénat, la Haute Cour constitutionnelle, et enfin la Cour suprême, la Cour de cassation, les Cours d'appel et les juridictions qui lui sont rattachées ainsi que la Haute Cour de justice exerçant la fonction juridictionnelle. Nous reprenons l'article 16 de la Constitution prévoyant que : « dans l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Constitution, tout individu est tenu au devoir de respect de la Constitution, des institutions, des lois et règlements de la République ». Les conséquences de cet article sont sans équivoque : tous les citoyens, sans distinction, sont soumis dans l'exercice de leurs droits et libertés au respect de la Constitution, des institutions, et des lois au sens large, le devoir de respect est un principe fondamental¹.

2) En droit français

204. En contrepartie de la garantie à tout citoyen de leurs droits et libertés fondamentales d'une part, et de l'organisation des fonctions de l'État d'autre part : la Constitution demande à

¹ RAKOTONIRINA Solonjatovo et RAOELINA RANDRIAMBOLOLONA Jacqueline, « L'éthique et les Droits de l'homme dans la recherche de la paix », *BAM*, 2012. : « L'éthique générale – ou tout simplement l'éthique – établit les critères pour agir librement dans une situation pratique et faire le choix d'un comportement dans le respect de soi-même et d'autrui ».p. 152.

ceux-ci le respect des institutions étatiques. En effet, le principe de respect des institutions concerne les organes de l'État dans l'exercice de leurs pouvoirs respectifs : le principe de séparation des pouvoirs ; p. ex. en matière législative, l'art. 34 de la Constitution française répartit les domaines d'intervention de chaque organe de l'État dans la production des lois.

Si le pouvoir législatif (comprenant l'Assemblée nationale et le Sénat) se voit attribué la compétence en matière de production des lois, et d'en fixer les principes fondamentaux, il revient au pouvoir exécutif d'en réglementer les contenus et les régimes de chaque matière ciblée. Exception est faite sur la possibilité du pouvoir exécutif représenté par le Premier ministre de faire passer un projet de loi devant l'Assemblée nationale sans vote, mais engageant la responsabilité du gouvernement (art. 49.3), et si aucune motion de censure n'a pas été déposée et votée. En dernier lieu, le pouvoir judiciaire contrôle et réprime respectivement la réalisation du droit et son éventuelle inobservation. Le régime de la séparation des pouvoirs doit être ainsi « respecté » par les organes de l'État pour qu'il n'y ait pas d'empiétement des compétences des uns et des autres. Le respect des compétences des uns et des autres garantit l'existence d'une limite à ne pas franchir au risque de manquement au respect des institutions et des lois. Par conséquent, de cette structure fondamentale et de la hiérarchie des lois s'érige le respect, une délimitation des pouvoirs et des rôles des institutions étatiques, des règles et des procédures dans le fonctionnement de l'État.

B. Le droit au respect des Institutions juridiques et sociales

1) Le respect : protecteur des institutions sociales

205. La coloration sociologique du devoir de respect aux aînés sort d'emblée de la rhétorique de notre objet d'étude. Un emprunt de la méthodologie de sociologie juridique n'est pas mal venu sans pour autant se laisser absorber pour voir ces phénomènes sociaux parfois ignorés du droit, parfois non. Peut-on alors déterminer le comportement idéal que l'on doit avoir devant les autorités, le souverain ou de ses représentants à l'époque, mais aussi le comportement que doit avoir chacun dans la rue et dans leur interaction avec les membres de la communauté. Les institutions sociales créées par la tradition, les usages et la reconnaissance par la population de leur caractère obligatoire génèrent en même temps la loi des normes sociales qui s'imposent à elle. La coutume développe sa force dans la communauté malgache surtout dans les villes rurales où vivent plus de 80 % de la population¹ : une force considérable que les juristes et les praticiens du droit ne sauraient être

¹ INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE Madagascar, « Troisième Recensement Général de la Population et de l'Habitation (RGPH-3), Tome 1 », INSTAT, 2020.

indifférents. Une institution sociale parmi d'autres a attiré notre attention : le devoir de respect aux aînés, exprimé par ailleurs dans le proverbe malgache ; « *Manan-joky afak'olan-teny, manan-jandry afak'olan-entana* », qui prévoit la réciprocité des services que se doivent les aînés et les puînés. Ces derniers doivent laisser les aînés prendre la parole et répondre à toutes sollicitations de la famille en cas de problème ou d'événements majeurs alors que les aînés en retour peuvent compter sur les jeunes et puînés pour leur délester des charges trop lourdes pour eux du fait de leur âge avancé. Ces règles élémentaires de la vie quotidienne de la famille malgache se rencontrent évidemment presque dans toutes les sociétés, nous émettons des réserves puisqu'il existe bien des sociétés qui privilégient encore la masculinité au détriment des femmes et des vulnérables enfants. Un point de vue sociologique de la société malgache qui impliquerait des conséquences juridiques du moment où le respect des règles sociales préétablies se trouve ébranlé par des récalcitrants ou indisciplinés.

2) Le respect : protecteur des institutions juridiques

206. De ces institutions purement sociales émergent celles qui s'étoffent la qualification de juridique, il en est par exemple du mariage ou du contrat, de la propriété et des suretés, de l'héritier par le testament, enfin tout ce qui a été créé pour régir les relations des personnes dans une société. Le rapport de synthèse sur les enquêtes coutumières effectuées à travers les différentes divisions de la Commission ne manquait pas de soulever l'existence du respect « des institutions juridiques auxquelles les populations sont particulièrement attachées »¹ tout en soulignant que le futur code doit respecter les coutumes. La garantie du respect des institutions dérivant des biens et du droit patrimonial familial² conditionna déjà la paix et l'harmonie sociale pendant la période coloniale, elle continue à l'être à travers la loi et par la justice malgache. Ainsi, si le respect indique **une règle de conduite, une ligne qui délimite** le bon côté du droit et celui de sa transgression, il est lui-même une règle de droit. En effet, « tant que le droit s'est préoccupé d'imposer aux hommes une règle de conduite, traduction juridique de la règle morale, il a fait une discrimination entre les actes et recherché la responsabilité à raison de la faute commise »³. Cette acception reflétant la séparation du

¹ RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », Ministère de la Justice, 1962.n° 13.

² RAZAFINDRATSIMA Fara Aina, DURAND Bernard et RABEARIMANANA Lucile, *Entre droit français et coutumes malgaches* [microfiche], Thèse, Fondation Varenne diffusion LGDJ, 2011.p. 190 et s.

³ RIPERT Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1948.p. 362.

domaine de la légalité de celui de la réparation civile, va au-delà de l'existence d'une faute (transgression d'une norme) en prenant en compte indifféremment l'existence d'un préjudice.

C. Protection des lois et des accords de volonté

207. L'influence des textes fondamentaux sur les lois nationales n'est pas illusoire, au contraire l'application par la puissance publique de ces valeurs fondamentales de droits et des libertés encadre les relations privées et celles des individus et des autorités : « elle devient, en effet la garante du respect des droits et libertés dans les relations entretenues entre les particuliers et se déploie ainsi un effet horizontal indirect »¹.

1) Le droit au respect des lois

a. Historique

208. Dans la réorganisation des affaires publiques et privées, notamment de la justice à Madagascar, le souverain sollicita l'appui et la participation de tout un chacun, de tous les membres du fokonolona pour préserver la paix et l'ordre social, il délégua la compétence judiciaire au fokonolona. Pour « Toute affaire intéressant mes sujets : d'héritage, de terre des ancêtres, de mariage, d'adoption ou de rejet d'enfant sont de votre compétence (en tant que juges conciliateurs). Ô fokonolona. Ce n'est que lorsque vous ne parviendrez pas à les arranger que vous m'en saisirez : moi, alors, je serai le "*riana be fanasana*" (cascade où on lave les linges sales) : je n'admettrai pas les bavardages des femmes, mais je veux que **les doyens** du fokonolona viennent me trouver. »². La construction pyramidale dans le gouvernement, dans la société, et même dans la famille fût l'œuvre la plus remarquable de l'autorité royale où chaque étape étant minutieusement réfléchie pour mieux régner en instaurant une discipline gouvernementale, sociale et familiale stricte. L'âge eut été synonyme de sagesse, de vécu et de connaissance dont tout le monde accepta la notoriété : le respect de chacun à tous les niveaux de correspondance fut obligatoire et naturel.

209. Du côté de la France, « la loyauté ou le respect des lois du roi », aux temps modernes, « qui est de la condition requise par la loi, par l'ordonnance »³, signifie « faire preuve de loyauté envers la monarchie, c'est donc non seulement être fidèle au roi, mais aussi

¹ TETU Maïlys, *La catégorie juridique des droits et libertés*, Droit public, Lyon III, Jean Moulin, 2020. Extrait. p. 2.

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 84.

³ Dictionnaire de l'Académie Française, 1694, p. 667.

«respecter les règles de droit, et plus particulièrement les ordonnances royales»¹. Une métaphore dans la construction primitive du droit à Madagascar et de l'impérativité des lois du royaume. Cette construction pyramidale que nous rencontrons dans la théorie de Kelsen et dans l'ordre juridique moderne impose non seulement aux administrés, mais également aux dirigeants d'observer la loi, les règles qui découlent de la Constitution, de leurs attributions, de leurs statuts, etc., « au nom du respect » qui délimite tout comportement, toute action, tout agissement entre les personnes, envers l'État et de ses organes. Sans être réticent à l'idée d'une norme du « devoir-être », il la conditionne à son appartenance à « un système déterminé de normes valides, si elle est dérivable d'une norme fondamentale supposée valide »².

b. Le respect des lois

210. La loi pourrait être définie comme une règle écrite permanente et générale qui a été forgée par l'autorité publique compétente³, elle fait partie des aînées des institutions juridiques tout comme la coutume, elle mérite une protection. Les autorités publiques, et par le biais des tribunaux se chargent de garantir le respect du droit et de la sécurité juridique. Tout individu se trouvant dans un territoire donné à moment donné est soumis à l'application de cette loi territoriale et est obligé de la respecter en général : une adhésion au contrat social applicable. Elle est impersonnelle et s'applique à tout le monde sans exception, ce respect aux lois et institutions étatiques nous semble hissé au sommet du devoir de respect aux aînés dans son sens large. Personne n'y échappe sous peine de sanction en cas de transgression, ce qui démontre le caractère obligatoire du respect : comportement ou attitude devant la loi.

Le contenu des règles de droit ne paraît guère pouvoir être caractérisé, délimité. Tout peut être juridique, la santé, les sentiments, la sexualité, les loisirs, la tenue vestimentaire... il n'y a guère de limite a priori à l'intervention du droit⁴, nous confirmons. Le besoin des réalités sociales, économiques, voire politiques, fait appel au droit à chaque fois que des intérêts rentrent en jeu dans les interactions entre les sujets de droit. Il faut construire des règles, des normes pour que chacun se trouve protégé dans leur droit, et aussi délimité dans leur champ

¹ PRÉVOST Xavier, *Réflexions sur la loyauté à l'égard de la monarchie dans la construction de l'État moderne*, in NIQUÈGE Sylvain et ANDOLFATTO Dominique (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, Éditions Mare & Martin, 2017.p. 24-25.

² KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, L.G.D.J, 1997. Trad. B. Laroche, p. 165. ; TREMBLAY Luc B., « Le normatif et le descriptif en théorie du droit » [en ligne], *R.D.U.S.*, 33, 2002.p. 73.

³ LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 109.

⁴ ATIAS Christian, *Devenir juriste, Le sens du droit*, LexisNexis SA, 2011.p. 13.

d'action : même dans la plus chère des droits qu'est la liberté, tout doit être réglé pour qu'elle n'empiète pas celle des autres : c'est le droit au respect des lois. La loi nationale s'adapte et respecte la hiérarchie des lois, le respect des droits et de la « liberté » fondamentale de se marier est désormais reconnu pour les personnes en curatelle et en tutelle, et ce indépendamment de toute sollicitation d'autorisation à mariage, qui les soumet à une simple information de leur mariage avant le dépôt du dossier en mairie¹. Et si l'on introduit du pénal dans notre objet civil, le respect indique le comportement des citoyens à avoir de tout temps : s'ils franchissent le seuil du respect, ils seront sanctionnés : « parmi les comportements à réprimer, le législateur retient notamment le non-respect de normes de droit privé dont plusieurs concernent la famille »². Sans aller plus loin en la matière, tout le monde connaît qu'une infraction, qui la plupart du temps consiste à braver des interdictions, des prohibitions expresses de la loi, encourt une sanction pénale. Enfin, le respect des lois rime nécessairement au respect des délais légaux : p. ex., en matière de mariage ; les délais de publication du mariage avant la célébration, délai de viduité avant de se marier ; en matière de filiation, les présomptions légales de conception, les délais d'enregistrement des actes de l'état civil, etc. ; et tout respect du délai imposé par la forme ou la procédure devant les juridictions, au risque d'irrecevabilité de l'action pour péremption ou caducité.

2) Le droit au respect découlant d'un contrat

211. L'art. 123 de LTGO³ énonce que le contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi, et selon l'art. 1103 du CCF, les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits : sensiblement les mêmes formulations et les mêmes effets.

a. À Madagascar

212. La nouvelle loi sur le mariage⁴ reconnaît la célébration de celui-ci suivant les traditions (art. 29), mais pour qu'il soit valide juridiquement, elle impose certaines conditions dont le procès-verbal, dressé par le chef de Fokontany qui constate l'accomplissement des cérémonies traditionnelles (art. 30), le consentement personnel des époux à se marier et le « respect des traditions » (art. 31, al. 7). La nouvelle loi introduit dans le mariage à l'instar de

¹ Loi française du 5 mars 2007, modifiant art. 415 al. 2, et art. 63, al. 7.

² DUBREUIL Alain, *La protection pénale de la famille en droit français*, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.p. 183.

³ La Théorie Générale des Obligations, par la loi n° 66-033 du 2 juillet 1966.

⁴ Loi n° 2007- 022 du 20 août 2007 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux.

la loi française¹ même si l'ordre des obligations diffère : le devoir de respect entre les époux ; art. 55, les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance et « respect ». Hormis la définition de l'obligation naturelle prévue par l'art. 48 de la LTGO selon laquelle l'obligation naturelle est fondée sur le « respect d'une obligation morale » : le respect n'apparaît que deux fois dans les dispositions relatives aux contrats et obligations. D'abord sur les effets du contrat à l'égard des tiers, l'art. 129 prévoit que les contrats ne produisent d'effets qu'entre les parties contractantes. Toutefois, les situations juridiques qu'ils créent doivent « être respectées par les tiers ». Cette opposabilité peut être subordonnée à certaines formalités de publicité : elle peut être invoquée contre les tiers et par les tiers : si les tiers ne font pas partie du contrat donc n'y sont pas obligés, ils doivent respecter le contrat². Puis dans la section qui détermine les règles relatives à la résolution et à la résiliation du contrat, l'art. 167-1° quand il s'agit d'un contrat à durée indéterminée sauf, le cas échéant, à « respecter le délai » de préavis imposé par la loi ou l'usage. D'une manière générale, les parties doivent respecter les clauses qu'elles ont consenties dans le contrat, mais le respect des situations juridiques des effets du contrat doit être opposable aux tiers : ce qui nous permet d'avancer que le contrat tout comme la loi se trouve protégé par le respect.

b. En France

213. Dans les dispositions régissant les contrats des deux droits malgache et français, nous pensons que le « principe de respect » aux clauses du contrat s'applique de manière générale. Et les termes utilisés dans quelques manifestations du respect se retrouvent dans les mêmes domaines, à savoir sur les effets du contrat : « les tiers doivent « respecter la situation juridique » créée par le contrat (art. 1200 du CCF) ; et dans la résiliation du contrat, « lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable (art. 1211 du CCF). Enfin, le respect endosse sa part entière de règle de droit dans le contrat de mariage : « les époux se « doivent mutuellement respect », fidélité, secours, assistance (art. 212 du CCF), le législateur français place même le respect à la tête des obligations entre époux. Tantôt, le respect s'applique à la façon d'un principe de droit, tantôt par les effets du droit, tantôt comme une norme juridique.

¹ La loi du 4 avril 2006 a rajouté à l'art. 212 du CCF.

² RAMAROLANTO-RATIAIRAY et SEUBE Jean-Baptiste, *La Théorie générale des Obligations en Droit Malgache, Tome I, L'acte juridique*, Jurid'ika, 2013.p. 180.

c. Le respect de la parole donnée

214. Elle peut être une obligation naissant d'une autre parole donnée et constitue donc un contrat synallagmatique : il en est par exemple de la promesse de mariage ou encore de la promesse de vente. Dans l'antiquité, la manifestation de l'engagement se faisait par voie orale, l'existence de l'écriture semble transformer significativement la matérialisation de la parole et devient ainsi une promesse littérale. Mais la parole donnée peut découler aussi d'un engagement unilatéral : de fournir une prestation, d'aider, d'assister, d'exécuter une promesse, de tenir un secret ou de dire la vérité, etc. Sous cette forme unilatérale, l'obligation qui découle de la promesse n'implique qu'une seule personne, « la faculté de rompre unilatéralement paraît bien être une condition potestative qui rendrait nul l'engagement »¹.

215. Si le droit n'intervient que par l'existence d'un fait préjudiciable ou d'un manquement à une obligation, le problème se présente autrement dans le cercle familial ou en vue d'une solidarité sociale. Nous avons vu comment se déroule la cérémonie du pacte de sang et la parole donnée, prononcée devant témoins de tenir ses engagements exactement à l'instar des vœux de mariage avant de signer l'acte. Ainsi par exemple, si une information, une critique quelconque ou la narration d'un fait constituent à « manquer au respect qu' [elles] doivent à la vérité... »² ou que la personne agit contrairement à ce qu'elle a promis verbalement de faire : il y aurait un manquement au respect de la parole donnée, qui peut ouvrir à l'action en responsabilité (art. 9 du CCF) par ses héritiers. Si le manquement au respect de la parole donnée n'entraîne pas en lui-même une transgression d'une règle juridique, il ne pourrait donc porter atteinte à l'intérêt de la personne qui s'attend à la conformité de l'acte à la parole donnée que si cette dernière se confond avec la mauvaise foi, le mensonge, la légèreté excessive ou la déformation délibérée de la promesse. Cependant, l'art. 201 de LTGO prévoit que la promesse publique de récompenser l'auteur d'une prestation, d'un fait ou d'un service ne peut plus être rétractée lorsque la prestation ou le fait ont été accomplis ou le service rendu. Mais cette règle en matière d'engagement unilatéral de volonté ne concerne en effet qu'à la rétribution ou à la récompense d'un fait ou d'une prestation, c'est-à-dire qu'elle nécessite finalement un échange de biens ou de services. Il s'agit alors d'une obligation découlant d'un contrat à titre onéreux à l'instar de l'art. 1107, al.1 du CCF, plutôt qu'un contrat à titre gratuit (art. 1107, al.2). C'est ainsi que la jurisprudence reconnaît le préjudice moral d'une personne

¹ HAUSER Jean et HUET-WEILLER Danièle, *Traité de droit civil, La Famille, Fondation et vie de famille*, LGDJ, 1993.p. 29.

² C.A Paris du 3 novembre 1982, (R.I.D.A., 1982, n° 115, p. 146).

victime d'une promesse de mariage, ou ayant été fiancée, mais finalement le mariage n'a pas eu lieu. Même si des dissemblances pourraient exister entre les fiançailles au sens du droit français et du droit malgache : pour ce dernier « si la condition cérémoniale de remise du *Vodi-ondry* eut été réalisée » dans un mariage traditionnel, il considère que le mariage est conclu valablement. Les deux droits voient du même œil soit une obligation de faire portant sur la conclusion du futur mariage¹, soit une obligation de loyauté² permettant ainsi la reconnaissance juridique d'une obligation naturelle par la justice. Au-delà de cette promesse conventionnelle ou unilatérale, la parole donnée peut se manifester sous forme d'« engagement sur l'honneur » ou « engagement d'honneur ». La parole donnée et l'engagement unilatéral sont les aspects de la loyauté dont les conséquences peuvent être sanctionnées par le droit. Si la loyauté ne trouve pas de définition légale en droit privé comme en droit public, « la doctrine s'accorde cependant pour admettre que, premièrement, la loyauté a partie liée avec la bonne foi³ ; et que deuxièmement la loyauté implique « de ne pas nuire sciemment à son partenaire voire, dans une version plus exigeante, de faire le bien de son cocontractant »⁴. D'autres la définissent comme étant « avant tout une vertu morale qui se concrétise dans la fidélité à tenir ses engagements et qui fonde la confiance »⁵, elle est donc une qualité morale dont le contenu de l'exigence implique l'abstention et l'action⁶, nous concevons. Et c'est exactement cette qualité morale qui lui ressemble du respect, cependant ce dernier se trouve d'un degré supérieur par rapport à elle du fait de sa transcendance en droit de son caractère impératif et systématique protection-sanction. Le non-respect des règles juridiques imposées n'est autre que les prémices d'une multitude de sanctions.

3) Le cas exceptionnel de la Convention sociale « Dina »

216. Nous abordons ce concept propre au droit malgache dans cette section, car le « Dina » fait partie des sources du droit à l'instar du contrat. Ainsi, nous considérons le « Dina » comme une convention sociale impliquant l'adhésion de plusieurs parties, dont l'individu, la

¹ Sirey. 1909, 1, 553, note Hémard

² D. 1971, 107, in HAUSER Jean et HUET-WEILLER Danièle.p. 30.

³ POIRIER Mireille, *L'exigence de loyauté faite au salarié*, in NIQUÈGE Sylvain et ANDOLFATTO Dominique (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, Éditions Mare & Martin, 2017.p. 85.

⁴ LOMBARD F., Loyauté et contrat administratif, in Droit et loyauté, dir. F. Petit, Dalloz, 2015, p. 29, *Ibid*.p. 85.

⁵ JEAN-PIERRE Didier, *L'éthique du fonctionnaire civil : son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, L.G.D.J, 1999.p.151.

⁶ CASTAING Cécile, *L'exigence de loyauté à l'agent public*, in NIQUÈGE Sylvain et ANDOLFATTO Dominique (dir.).p. 71 et s.

famille, le groupe familial, le fokonolona, la communauté se trouvant dans un territoire rural déterminé. En effet, il ne saurait y avoir de « Dina » dans les agglomérations, car ces dernières se trouvent nécessairement soumises à la loi étatique et de la justice de l'État. Bien des auteurs essaient de le définir, il s'agit d'un ensemble¹ de règles de droit ou d'une convention : une convention entre les membres (écrite ou verbale) pour réglementer la vie du groupe, est ainsi un contrat social conclu entre les membres d'un groupe fixé sur une zone géographique sans l'intervention de l'État². Le pouvoir judiciaire du fokonolona comme étant la justice de proximité est « à la fois physique et psychologique vers laquelle la justice de par le monde aspire actuellement »³. S'il était restreint aux seules affaires civiles et à la recherche d'un arrangement amiable d'un différend entre ses membres, il peut répondre aux contraventions et infractions pénales : p. ex., sur les insultes et jurements publics (art. 7 de la Charte type ou Fanekem-pokonolona de Tananarive)⁴ ; l'adultère (art. 18), la débauche d'un enfant (art. 36), et la profération des paroles irrespectueuses à l'endroit des père et mère (art. 39). L'intervention de l'État dans la formation et la validité du « Dina » consiste dans l'homologation par voie judiciaire⁵ : il a pour objet principal de réglementer la sécurité, la paix, et l'entraide du groupe. De fait, l'assemblée du fokonolona adopte des règles qui s'imposent à tous ses membres et des personnes qui viennent s'installer sur son territoire : il peut s'étendre sur les territoires voisins par adhésion. Quelques exemples du Dina : le « Dinan'ny fandriam-pahalemana » ou Chartes de la sécurité publique, le Dina « Melaky tsy mipoly »⁶ ; ces conventions ont été homologuées par voie judiciaire, cependant il existe des conventions non homologuées puisqu'elles violent les différents droits de l'homme comme le

¹ NJARA Ernest, « Dinan'ny fahandriam-pahalemana ou Chartes de la sécurité publique », *Bulletin de l'Akademia Malagasy*, 1997.p. 25 : « Un Dina est moins une convention qu'une règle de droit (loi) opposable aux habitants de la collectivité qui l'a établi ».

² RAKOTOBE Nelly et HARIZO Rindra, *Le juge pénal face aux conventions sociales « Dina » et à la justice populaire*, [s. n.], 2020.p. 3.

³ RAKOTO Ignace, *Recueil des jugements et arrêts rendus par les tribunaux à Madagascar, 1841-1896*, l'Harmattan Jurid'ika, 2009.p. 12.

⁴ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome II, E. Guilmoto, 1909.p. 30 et s.

⁵ Selon les dispositions sur les attributions du Fokonolona et du Fokontany citées plus haut et la modernisation apportée la loi n° 2001-004 du 25 octobre 2001 portant réglementation des Dina en matière de sécurité publique.

⁶ Melaky est une grande région moyen-ouest de Madagascar, Tsy mipoly peut être interprété comme « ne se répète pas ou ne revient pas ». Régulièrement homologué en 2011, applicable à la population de la Région Melaky, dans la compétence territoriale de la juridiction de Maintirano, in RAKOTOBE Nelly et HARIZO Rindra, *Le juge pénal face aux conventions sociales « Dina » et à la justice populaire*, [s. n.], 2020.p. 4.

droit à la vie ou le droit à la défense. Pour notre étude, le Dina impose à tout individu de « respecter », au sens le plus large des termes « aînés », tout ce qui est né avant soi, des règles qui s'imposent dans une famille, dans le groupe familial et ethnique. D'ailleurs, les doyens ou aînés de la communauté, gardiens de la sagesse et du culte des ancêtres, assurent la direction du comité exécutif¹ pour la tenue de l'assemblée et la conformité des règles à adopter.

II. Protection des biens

A. Le droit au respect des biens extrapatrimoniaux

217. En matière d'attribution du nom de famille, l'ordonnance n° 62-003, a écarté d'imposer le principe du nom patronymique ou le nom de famille parce qu'il est « *fady* » de prononcer le nom d'un défunt : et que la presque totalité de nos coutumes veut que le nom soit le reflet extérieur de la personnalité. Il sert à identifier l'âme, le « *fanahy maha-olona* ». Il est donc normal que les membres d'une même famille aient chacun un nom différent. Pour « respecter ces coutumes », l'adoption d'un nom patronymique serait facultative (art. 12). Remarquons que le législateur malgache de l'époque restreint les droits de la personnalité aux seules caractéristiques de l'individualisation de la personne par le nom, la filiation, la nationalité : il est tout à fait logique que le « droit au respect de la vie privée » n'y figure pas parmi les droits de la personnalité protégés. Cependant, l'art. 18 de l'ordonnance n° 62-041 prévoit que toute atteinte illicite à la personnalité donne à celui qui la subit le droit de demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la responsabilité qui peut en résulter pour son auteur, et déclare dans son art. 17 que les droits de la personnalité sont hors commerce. Ainsi, en combinaison avec l'art. 217² de LTGO, ces moyens juridiques pourraient combler ce vide en matière de respect de l'intimité de la vie privée : entre autres, par la réparation des dommages pour atteinte aux droits de la personnalité pour faute.

218. En France, la Conv. EDH signée à Rome le 4 novembre 1950 édicte la protection de l'individu contre les ingérences de l'État dans sa vie privée et familiale, dans son art. 8 sur le droit au respect de la vie privée qu'est défini selon la Commission comme un droit comprenant dans une certaine mesure le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif pour le développement et

¹ Le comité exécutif débat, décide et délibère pour l'application du « Dina » en matière de sécurité publique (art. 9 et 17 du décret 2004-299 du 3 mars 2004).

² Art. 217 : Les dommages indépendants de toute atteinte physique aux personnes ou aux biens n'engagent la responsabilité de leur auteur que si celui-ci a commis une faute. Il en est ainsi de l'atteinte aux droits de la personnalité et de la lésion d'intérêts économiques.

l'accomplissement de sa propre personnalité. La loi du 17 juillet 1970 a introduit et modifié l'art. 9 du CCF, chacun a droit au respect de sa vie privée. La force obligatoire d'un droit au respect de la vie privée est confirmée par la protection des biens extrapatrimoniaux (art. 7, vie privée, familiale, etc., art. 8 des données à caractère personnel, art. 17-2, la propriété intellectuelle, Charte des droits fondamentaux) et de l'art. 9 du CCF « dès lors qu'il est constaté, après coup, qu'il y a intrusion dans la zone réservée à l'intimité d'une personne »¹.

B. Le droit au respect des biens patrimoniaux

219. En droit international comme en droit interne, l'État protège et s'engage à garantir la propriété à travers leurs dispositions légales. À Madagascar, l'art. 34 de la Constitution énonce que : « l'État garantit le droit de propriété individuelle. Nul ne peut en être privé sauf par voie d'expropriation pour cause d'utilité publique et avec une juste et préalable indemnité... ». Il est complété par l'art. 38 en termes de patrimoine et de biens mobiliers : « L'État garantit la sécurité des capitaux et des investissements ». Ces dispositifs constitutionnels respectent la CADHP dont l'art. 14 déclare que : « le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois appropriées ».

220. En France, la DDHC prévoit dans son art. 17 que la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. Par ailleurs, le Protocole additionnel à la Conv. EDH (Paris, 20 mars 1952) impose à ses membres de protéger la propriété : « Toute personne physique ou morale a « droit au respect de ses biens » (art. 1). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne réaffirme dans son art. 17-1 relatif au droit de propriété que toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général.

221. Il est une obligation de l'État d'organiser la protection des biens publics, mais également des biens des personnes privées : c'est ainsi qu'au-delà des dispositions similaires de la protection des personnes et des biens dans les Constitutions respectives des droits malgache et français, les lois civiles règlent en matière de biens, leurs acquisitions, leurs transmissions, mais surtout de leur sécurité à travers le droit de propriété ou le droit réel, et ce

¹ GOUBEAUX Gilles et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Les personnes*, L.G.D.J, 1998.p. 274.

dans un principe fondamental du droit qu'est le respect. Nous rappelons qu'en matière de la théorie du droit des biens, du droit de propriété et du droit des suretés, les articles 516 à 717 et 2011 à 2294 du CCF avant la date du 26 juin 1960 restent toujours applicables à Madagascar¹. Ainsi, l'art. 544 définit la propriété comme le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue sous réserve de prohibition de la loi, l'art. 545 protège les individus de leur droit de propriété, ainsi, contre l'État en prévoyant que nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. En d'autres termes, si la loi protège le propriétaire de toute atteinte sur ses biens contre les personnes privées par tous moyens, une seule et unique exception à la règle est accordée sous la double condition d'utilité publique et d'indemnité.

III. Éléments caractéristiques du devoir de respect ou du droit au respect

222. Pouvons-nous résumer toutes ces constatations en une seule liées à la problématique de l'existence du droit au respect ? Autrement posé, le respect suffit-il à lui-même à s'imposer comme un concept juridique ou doit-il se transformer en acte, en comportement positif ou négatif devant un fait pour être consacré ? Inversement, du côté de la personne ou de la matière (abstraite ou physique) à qui l'on doit du respect, existe-t-il un droit au respect ?

A. Un principe de droit à part entière

223. Le principe² en droit peut avoir plusieurs acceptions, d'abord une règle ou une norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques, puis de règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure. Dans cette deuxième acception, les deux droits malgache et français reconnaissent par exemple « les principes fondamentaux » à travers respectivement leurs Constitutions : il en est ainsi du principe de séparation du pouvoir entre les institutions de la République. Nous pouvons relever aussi le principe au sens « normatif »³, qui ne décrit pas l'objet ou une forme de la connaissance, ni un axiome ou système de règles construit par la raison, mais une norme juridique édictant un devoir être.

¹ Ces articles du CCF n'ont pas subi de modifications ou de réformes depuis 1960, ils restent alors les mêmes dans les deux droits malgache et français. Ces derniers diffèrent à partir des dispositions relatives aux modes de transmission des biens par le droit des successions et des libéralités. P. ex. : tous les biens sont meubles et immeubles (art. 516).

² Du latin, *principium* : ce qui vient en premier, à l'origine, in CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, pp. 799-800.

³ ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadriga / Lamy-Puf, 2012, p. 1202.

À côté, se trouvent des principes généraux de droit à travers des maximes juridiques comme « nul n'est censé ignorer la loi », même si l'adage est plutôt significatif de présomption judiciaire en matière pénale, il a aussi sa place dans le droit public et en matière civile. De ce fait, même si les règles s'imposent aux institutions publiques entre elles, elles s'imposent à elles et à ses rapports avec les particuliers. En tant que droit subjectif, le titulaire ou le dépositaire du principe fondamental de respect peut se prévaloir devant les autorités publiques et les particuliers : inversement, comme les droits et libertés fondamentaux le consacrent, le titulaire ou le dépositaire du droit subjectif est lui-même tributaire de respect.

En d'autres termes, le principe de respect en tant que règles impératives de droit délimite une tranchée entre le commandement de faire quelque chose et de sa transgression en s'abstenant de la faire, et entre la prohibition de faire et de sa transgression en la faisant. Le droit au respect ou le principe de respect intéresse dès lors à l'ensemble du droit qu'il soit objectif ou subjectif, comme le rappelle Duguit : « toutes les règles de droit, dont l'ensemble forme le droit objectif, sont des dispositions impératives, soit qu'elles commandent de faire quelque chose, soit qu'elles édictent une prohibition »¹, le principe de respect indique l'impérativité.

Ainsi, « le principe fondamental de respect » s'impose à tous les acteurs publics comme privés, avec une autorité supérieure² pour protéger les Institutions toutes confondues, les lois en vigueur, l'autonomie de la volonté dans le contrat, et enfin les personnes et les biens.

B. Un comportement devant l'objet du droit

224. Si le devoir de respect est avant tout une œuvre de la conscience, de la pensée, de l'intention qui définit le comportement, la conduite d'une personne (qui relèvent d'une notion psychique et sociale) envers ses semblables et envers les institutions sociales et juridiques qui naissent avant elle. Il peut se caractériser par une obligation de prestation (de fourniture matérielle ou financière), des actes de bienfaisance, de reconnaissance : par des obligations juridiques confondues parfois à des obligations morales ; c'est la finalité du devoir de respect qui offre un repère sur un comportement dont l'objectif n'est autre que de ne pas franchir le seuil de la normalité, d'une situation reconnue par tous et par le droit comme raisonnable dans la vie sociale et non dans le for intérieur d'un individu et par une obligation religieuse ou confessionnelle. Mais cette confusion de l'obligation juridique et de l'obligation morale n'enlève nullement l'observation du respect que nous rencontrons à tout moment et dans tous les endroits où les personnes se côtoient dans un lieu public ou privé et même dans l'évolution

¹ DUGUIT Léon, *Leçons de droit public général*, Éditions La mémoire du droit, 2000.p. 96.

² CORNU Gérard.p. 799.

et la construction moderne du droit où il est devenu de plus en plus obscur de trouver cette ligne continue qui sépare la morale du droit (on parle par exemple de la loi bioéthique sur la fin de vie, de la nouvelle tendance ou de la révélation de la conscience sur le droit de l'environnement, etc. : la morale devient une morale publique, une morale de l'état).

C. Essai de définition du droit au respect

225. La définition que nous proposons du droit au respect se fait d'une manière stipulative et explicative (supra. 15). D'un côté, le respect indique le droit, le comportement, la conduite, de l'autre côté le non-respect indique la violation, la transgression, la non-conformité, l'inconduite, la contravention, l'infraction. Nous pouvons donc définir **le droit au respect comme un principe fondamental du droit¹, régulateur² de l'adhésion ou de l'appartenance de toute personne à un moment donné dans un territoire donné au contrat social³, et aux Institutions préétablies**. Le principe du droit au respect se réalise sous le diptyque protection-sanction : si la personne ou l'objet de la protection est clairement désigné, le principe du droit au respect entraîne une obligation de respect ayant pour effets en cas de transgression ou violation une sanction. Cette dernière quant à elle peut se trouver tantôt dans le droit pénal, tantôt dans le droit civil (exécution, réparation, punition, etc.), parfois mixte. Quant à ses domaines de prédilection, le droit au respect intéresse les lois nationales comme les lois internationales et en toutes matières : p. ex., la régulation et l'autorégulation sollicitée dans les réglementations socio-économiques déléguées par les autorités publiques à l'initiative du secteur privé ou d'organisme privé impliquent le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, des accords de volonté où l'autorité publique veille aux actions privées pour l'intérêt général.

¹ Le terme fondamental indique la base à partir de laquelle le droit se forme et trouve sa cohérence, son rôle impératif et impersonnel, s'applique à tous les niveaux : une valeur absolue en dehors de toutes autres considérations.

² « Qui a pour fin de normaliser, de régulariser le cours d'activités ou d'opérations diverses, notamment de faire respecter, dans ses applications multiples, la cohérence d'une règle. [alors que] régulier du latin *regularis* : qui sert de règle, de mesure, de canon, 1° Conforme à la loi (notamment aux exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs, ainsi qu'aux règles de formes... », in CORNU Gérard .p. 878.

³ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Chez Marc Michel Rey, 1762. Livre I, Où l'on recherche comment l'homme passe de l'état de nature à l'état civil et quelles sont les conditions essentielles du pacte social. Ch. VI, Du pacte social : « Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant. » Tel est le problème fondamental dont le Contrat social donne la solution, p. 31.

TITRE II QUID DU DEVOIR DE RESPECT AUX AINÉS ?

226. Ce Titre est consacré à l'étude du devoir de respect aux aînés, apparemment reçu d'un précepte d'origine religieuse ou coutumière, d'en décrire la source et de ses conséquences juridiques s'il rentre évidemment dans le terrain du droit. Puis d'en apporter des éléments comparatifs du droit français et par l'appel d'un *tertium comparationis*, en l'occurrence le droit romain pour une éventuelle comparaison diachronique ou d'un troisième objet déterminant d'un point commun entre les institutions ou les termes initiaux. Le respect appliqué dans le droit comparé fait partie de « ses courants sociaux [à dégager] qui se font sentir parallèlement chez les peuples à formation similaire ou sensiblement similaire, en les rapprochant des lois permanentes qui assurent la stabilité sociale... »¹, parfois il relève purement de la morale, parfois il conditionne même le droit. Par exemple, M. Meulenaere, ayant reçu l'aval de M. Ihering de traduire son fameux ouvrage, s'est abstenu de toutes transformations par crainte d'enlever la pensée du maître, et disait que : « Le style, c'est l'homme, et j'ai voulu respecter la personnalité vivante d'Ihering »². Au point de vue de la relation humaine, ce respect n'est autre qu'un devoir moral, or au point de vue du droit, il fait partie aussi des droits fondamentaux (art. 17-2, la propriété intellectuelle est protégée) et des droits de la personnalité sur la protection des images, des œuvres de l'esprit et artistiques. « L'hypothèse du non-droit »³ d'après M. le doyen Carbonnier implique une pluralité des systèmes normatifs : « ... [Autres] que le droit et les mœurs, même si nous ne les sentons pas toujours comme normes... disciplinées et uniformisées de tout temps par l'usage et aujourd'hui par une procédure spéciale, justement qualifiée de normalisation. Ces normes sont déjà des fruits de civilisation. Mais la normativité peut se dissimuler dans des couches plus profondes, sous le quasi-automatisme de comportements humains... »⁴. Autant de questions qui animent le débat dans ce précepte social en l'affectant dans une relation privée intergénérationnelle entre membres de la famille, la démonstration n'est pas des plus aisées tout comme les argumentations qui justifieront la qualification et la classification du devoir de respect. La question est de savoir si le devoir de respect aux aînés est sanctionné par la loi et que les autorités publiques, les pouvoirs trinômes exécutif-législatif-judiciaire reconnaissent

¹ SALEILLES Raymond, Bull. de la Société de la législation comparée, 1900, p. 392.

² VON IHERING Rudolf, *L'esprit du droit romain, Dans les diverses phases de son développement, Traduction Meulenaere Octave, Tome I, 3^e édition*, Forni editore Bologna, 1888.p. III.

³ CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, LGDJ, 1988. 10^e édition, 2001, p. 25.

⁴ CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, PUF, 2016. 2^e éd. 2004. p. 317.

sa force obligatoire. En d'autres termes, le devoir de respect aux aînés est-il un devoir moral, une obligation naturelle ou une obligation légale ?

227. Pour répondre à ces questions cruciales de l'existence d'une obligation juridique, nous devons, par défaut de stipulation de la loi, traduire ces discours dans un langage juridique précis, raisonné et produisant des conséquences juridiques. « Toute institution, quelle qu'elle soit, repose sur une ou plusieurs idées générales dont elle est l'application et le développement... sa nature juridique se ramène aux procédés techniques, aux catégories juridiques, par lesquels le droit réalise et sanctionne les idées générales qui lui servent de principes »¹. À travers les recherches des sources du droit, de son origine et des faits concrets de la juridicisation des règles morales dans notre étude, le droit ne prend que des éléments concrets des systèmes de morales : nous devons aller au bout des analyses pour déterminer les limites d'intervention du droit dans les systèmes de morales et inversement. Il arrive que le droit se confonde avec la morale, c'est le cas de notre sujet où le but est avant tout de faire la distinction entre le droit et la morale, qui s'oppose au vu de la théorie du droit (Chap. I). Alors, il nous semble nécessaire de faire appel au troisième aspect du positivisme juridique comme idéologie permettant de « distinguer la doctrine qui fonde l'obligation morale d'obéir aux lois positives sur l'affirmation que les lois positives sont justes en tant que telles (est juste ce qui est commandé, est injuste ce qui est défendu), de la doctrine qui fonde la même obligation sur l'affirmation que les lois positives, qu'elles soient justes ou injustes, bonnes ou mauvaises doivent être obéies, parce qu'elles servent à réaliser des valeurs sans lesquelles aucune société ne pourrait survivre, comme l'ordre, la paix, la sûreté, en général la justice légale »². Il est en effet important que les lois se servent de ses moyens propres pour atteindre leurs fins, mais surtout qu'elles ne rentrent pas en conflit avec d'autres valeurs, « comme le respect de la vie, de la liberté, de la dignité humaine, que la conscience morale juge supérieur »³. Ce qui implique notre travail à déterminer le plus précis possible le droit catégoriel à qui correspond le devoir de respect aux aînés (Chap. II). Nous relativisons les deux courants positivistes qui à l'extrême pensent qu'obéir aux lois est bien même si les fins sont mauvaises ou à l'inverse qui pensent que l'obéissance aux lois positives mauvaises est toujours mal. Si la morale découle d'une spontanéité fluide et mouvante, le droit est reconnu

¹ DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Editions La mémoire du droit, 2001.p. 268.

² BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, BRUYLANT LGDJ, 1998.p. 31.

³ *Ibid.*p. 32.

par sa fixité et sa fermeté, Socrate disait « vous savez, ou vous pouvez savoir ce que c'est le bien et le mal »¹, c'est la règle des moralistes, mais qui fut relayée plus tard par celle de la forme atténuée du sentiment ; et c'est là où le droit se désolidarise de la morale puisqu'il se demande comment régler le sentiment. La règle morale diffère de la règle juridique par l'existence d'une sanction coercitive pour la règle de droit, où le devoir moral manque la contrainte étatique² : « c'est d'ailleurs la seule différence qu'il y ait entre elle et la règle morale »³. Elles représentent toutes les deux des vérités à un moment donné en société et se transmettent de génération en génération, se muent suivant les besoins des individus conformes à la volonté collective. Et quand l'obligation morale est transformée en un commandement⁴ et que la loi désigne expressément l'objet ou le titulaire du droit au respect, ce dernier, « principe fondamental » devient une catégorie juridique : d'où la consécration du devoir de respect aux aînés, aux père et mère, à la grande famille, à la communauté, à la société, à l'État, par la loi et par la sanction à son manquement (Chap. III).

CHAPITRE I. La qualification juridique du devoir de respect aux aînés

228. En relevant les pièges du droit comparé, M. Pradel évoque la pensée de M. Génys qui opposait le donné sociologique au construit juridique de comprendre le droit positif en relation avec le terrain juridique et celle de M. Montesquieu sur la théorie des climats (environnements sociologiques), de les neutraliser en prenant en compte, entre autres de l'état des idées qu'il juge « également fondamental. Toutes les branches du droit ont avant tout un substrat philosophique, moral, religieux et aussi politique »⁵. Les règles coutumières se

¹ COLESANTI Jules, « *Esiste una morale* », *La morale supérieure*, Traduit de l'italien de OSTA Eva, PUF, 1940.p. 3

² CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 320.

³ RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.pp. 4 et s.

⁴ COLESANTI Jules. N° 19, p. 15 : « À « celui qui nie toute morale possible on peut dire quelque chose de plus. ... Mais si on veut prouver « par cette inutilité absolue des conseils des moralistes et des autres, « on va au-devant du démenti de l'expérience. « Parce qu'en tant qu'utilité, le relatif a aussi sa valeur. Et si une morale est relativement utile est-ce « que cela ne suffit pas à la justifier ? Par la même raison elle est relativement obligatoire, par fiction, « même quand on la voudrait obligatoire tout de bon, en la transformant en un commandement qui « se trouve être la loi. »

⁵ PRADEL Jean, *Les pièges du droit comparé, Quelques applications en droit pénal*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard CORNU. Textes réunis et publiés par BEAUCHARD Jean et COUVROT Pierre*, PUF, 1994.pp. 352-353.

transmettent à Madagascar sans prendre forcément une forme scripturale, elles furent imposées à tous les individus selon leur hiérarchie et selon leur appartenance tribale. « ... D'innombrables règles sociales non juridiques ordonnent la société (rapports d'amitié, mœurs, convenances, règles de politesse, accords amiables, règles religieuses, etc.). Ces règles auraient pu être juridiques, mais ne le sont pas parce qu'elles excluent toute autorité officielle et tout recours à la contrainte étatique ou judiciaire »¹ : le fait d'appliquer le devoir de respect au cercle familial, « rempart de l'individu face aux contraintes étatiques, sociales ou professionnelles, la famille paraît à première vue être le lieu privilégié du "non-droit" »², ne fait qu'amplifier l'appréhension de sa notion morale. Tel est le postulat classique de la séparation du droit au non-droit, qui parfois manque de précision, ou provoque de l'injustice et au mieux faute de frontière stricte, permet au non-droit d'accéder au statut du droit soit par la volonté des législateurs soit par la reconnaissance de la justice. Le respect appartient-il à ces considérations historique, sociologique, politique, économique, philosophique, religieuse, etc., que le droit prend en compte ou est-ce qu'il fait partie de cette liste non exhaustive suscitée de règles sociales non juridiques ?

229. « Il est entendu que la vie privée de telle ou telle personne peut, dans l'absolu, faire l'objet de réprobation d'ordre moral par exemple, mais il est non moins certain, selon une distinction traditionnelle entre le droit et la morale, que juridiquement nul n'a le droit de se constituer juge de la vie d'autrui »³ : le droit de la famille, les droits des personnes et de la personnalité sont des terrains propices à la confusion du droit, de la morale et de la sociologie. Pour la coutume de l'Imerina, des règles d'honneur et de respect se pratiquaient à l'égard du souverain, des membres de sa famille, des parents, des aînés, etc.⁴ : le devoir d'honneur et de respect trouva sa force juridique au moment où une autorité impose sa force obligatoire et prévoit une sanction. Nous abordons ce chapitre à déterminer les termes « aux aînés » titulaires d'un droit au respect dans le cercle familial (Section A) puis de la mise en lumière du devoir moral au point de vue de l'ordre juridique malgache et de celui du droit français (Section B) : enfin, démontrer à quel moment et dans quelle situation il peut se transformer ou se métamorphoser en une autre obligation cette fois-ci juridique (Section C).

¹ MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick, *Introduction au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2022, p. 49.

² HAUSER Jean et HUET-WEILLER Danièle, *Traité de droit civil, La Famille, Fondation et vie de famille*, LGDJ, 1993.

³ BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992, p. 114.

⁴ R.P CALLET François, *Histoire des Rois : Tantaran'ny Andriana, Tome I*, Librairie de Madagascar, 1974, pp. 656-678.

SECTION A. Détermination des termes « aux aînés »

230. Nous allons essayer de définir dans cette section le sens des termes « aux aînés », si « définir », c'est « finir », c'est créer du « définitif »¹, alors nous avons la tâche de rechercher l'objet essentiel et le contour de ces termes jusqu'à ce qu'ils ne donnent plus aucune variante. Ainsi, ils seront analysés et déterminés dans le temps et dans leur contexte, la définition des termes ne signifie pas qu'il n'y a qu'une seule et unique définition possible, une définition « *ne varietur* », il se peut que les termes trouvent en effet plusieurs acceptions. Cependant, nous avons déjà soulevé le devoir de respect ou le droit au respect des lois et des institutions sociales et publiques au sens le plus large des termes aînés indiquant ceux qui sont nés avant soi, nous apportons surtout notre analyse dans le cercle familial, soit vertical, soit horizontal.

I. La polysémie du terme « aînés »

231. Le devoir de respect aux aînés, dans la polysémie du terme « aîné »² en prenant sa forme plurielle, peut désigner d'autres créanciers du respect en dehors de l'aîné d'une fratrie « *Zoky* » et « *Ray aman-dreny* », le terme aîné pris dans son sens le plus large « est celui qui est plus âgé que soi »³. Les deux termes en malgache sont souvent employés accolés les uns aux autres à chaque fois qu'il y va d'un événement majeur comme la prise de paroles, la demande de bénédiction, la demande en mariage, la pose de première pierre dans la construction, etc. Et cette confusion des termes nous pose des problèmes d'« interprétation, d'harmonisation, de dérogation ou de complétude »⁴ pour déterminer exactement leur portée et leur finalité dans leurs champs respectifs permettant d'asseoir nos argumentations : en effet, l'évolution du droit implique sa généralité vers une fragmentation ou sa spécialisation. Or, les

¹ LEVY-ULLMANN, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, I. La définition du Droit, p. 121., in POPESCO Georges-Iorgu D., *Le droit de rétention en droit anglais (« Lien ») avec des aperçus comparatifs sur les mêmes institutions juridiques correspondantes en droit français, en droit allemand et en droit suisse*, Thèse, Faculté de droit, 1930.p. 15.

² Étymologie du mot aîné, de l'ancien français, ains « avant », vient du latin ante et de né, 1.adj. qui est né le premier. 2. Personne plus âgée que telle autre. Les aînés : les personnes âgées, LE ROBERT (dir.), *Le Robert illustré 2022*, Dictionnaires le Robert-Sejer, 2021.p. 39.

³ NJARA Ernest, *L'intégration des coutumes dans le droit moderne à Madagascar*, in *Regards sur le droit malgache*, l'Harmattan Jurid'ika, 2010.p. 76. ; NJARA Ernest, « L'intégration des coutumes dans le droit moderne à Madagascar », *BAM*, 1, 2006. : « Ainsi, font partie des aînés, les parents de même que les frères dont la naissance est antérieure à la sienne ». p. 36.

⁴ ROUVIERE Frédéric, « Typologie des problèmes juridiques et argumentation » [en ligne], *RTDCiv-3*, 2022.p. 559.

coutumes suivies ne différencient pas « les égards envers les parents et les aînés »¹ : ces égards s'étendent à tous les anciens, aux aînés, aux personnes âgées. En malgache, « *Zoky* » désigne l'aîné de la famille, « cette position lui confère un statut particulier : il aide ses parents à élever ses frères et sœurs plus jeunes ; à leur tour, ceux-ci doivent respect et obéissance, il arrive souvent que ce soit lui qui décide de leur avenir. Alors que « *Ray aman-dreny* » (littéralement père et mère) désigne l'ensemble des chefs de segments lignages habitant le village : de façon plus extensive, il peut désigner simplement les notables². Le souverain Nampoina divisa même l'Imerina en six groupes et octroya à l'*Avaradrano* le « titre d'aîné » de tous les groupes, un titre honorifique marquant sa reconnaissance au groupe qui l'aida à la réunification de l'Imerina, il prévint : « ... ne vous moquez pas de mes sujets... et si vous narguez mes gens, vous me déplaîsez.... Je ferai vendre vos femmes et vos enfants : car toute la population est à moi, tous me sont chers, tous ont mon affection... »³ : aîné peut indiquer une tribu, une communauté, un groupe. Dans un autre sens plus vague encore, l'aîné désigne tout ce qui est né avant soi, qu'il soit une personne physique, morale, qu'il soit une institution sociale ou juridique et étatique : « *Zoky Ray aman-dreny* » peut désigner le Président de la République, quel que soit son âge. Mais aussi le « peuple », les « *ben'ni tani* » (chefs administratifs) en réponse à leur discipline, à leur preuve de respect et en guise de reconnaissance : « Ayez donc pleine confiance en moi, peuple, car à mon tour, je vous tiendrai lieu de père et de mère, si Dieu, comme je le lui demande ardemment, permet que je vous conduise dans le droit chemin (Reine Ranavalomanjaka II, 1868-1883) »⁴ confirme ainsi l'adage évoqué par son aïeul⁵. Les termes « aux aînés » connaissent différents sens chez les

¹ R.P CALLET François, *Histoire des Rois : Tantaran'ny Andriana, Tome I*, Librairie de Madagascar, 1974.p. 668 et s. (p. 369 et s. dans la version malagasy) : « toutes les personnes qu'on peut considérer comme enfants, "zanaka" doivent offrir à tous ceux de leurs parents qui ont droit au titre de ray aman-dreny le remplacement (l'équivalent) d'un croupion de poule, tandis qu'aux enfants... soit une cuisse, soit une petite somme, tels sont les égards que se témoignent les ray aman-dreny et leurs enfants. Si les parents ne sont pas là, c'est l'aîné qui le mange à leur place : si vous avez encore vos parents vivants ou si vous avez des aînés, vous n'avez nul droit à cette viande, car vous avez un maître et vous lui devez obéissance ».

² GUERIN Michel, *Les problèmes de la formation professionnelle du jeune paysan malgache*, in POIRIER Jean et RAJAONA Siméon, *Civilisation malgache, tome 2*, Faculté des lettres et sciences humaines, Cujas, 1968.pp. 69-87.

³ R.P CALLET François, *Histoire des Rois : Tantaran'ny Andriana, Tome III*, Librairie de Madagascar, 1974.p. 16 et s.

⁴ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 504 à 506.

⁵ « *Aleo alan'Andriana toy izay alam-bahoaka* » (mieux vaut être détesté par le souverain que par le peuple).

Malgaches, et méritent ou sous-entendent un devoir de respect ou du droit au respect : « la primauté reconnue aux aînés résulte du caractère patriarcal de la société malgache qui réserve un privilège certain aux parents »¹, nous complétons ces assertions compte tenu du rôle de la femme et de sa capacité juridique « et sans qu'on puisse affirmer que le droit malagasy est un droit patriarcal ou un droit matriarcal »².

232. Nous essayons de comparer au droit français et au besoin par l'appel à d'autres systèmes juridiques leur existence ou pas dans le droit, dans les différents sens des termes et analyser autant que possible leur conception, tout particulièrement dans un contexte familial intergénérationnel. Dès lors, la problématique du devoir de respect ou du droit au respect aux aînés en droit malgache se pose également en droit français, à quel moment et dans quelles circonstances, le respect peut se suffire à lui-même comme concept juridique ou sinon faudrait-il s'accompagner d'un objet, d'un acte ou d'un comportement juridique ?

233. Aux yeux de la doctrine dominante, si le respect coïncide avec le sentiment, alors il fait partie dans le cadre familial du « non-droit [qui] ne vient pas se mélanger au droit, il est d'un côté, et le droit de l'autre. Il y a de longs jours de non-droit, pour quelques instants de droit »³. M. Cornu d'autre part affirme que : « le droit ne saisit jamais le sentiment lui-même, en tant que tel, isolément, indépendamment d'un acte qui en est la manifestation extérieure. Si le sentiment reste sentiment, il échappe au droit. Il ne naît à la vie juridique que s'il passe en acte et c'est l'acte que connaît le droit, non le monde intérieur, *in mente retentum* »⁴. L'abord des termes « aux aînés » dans le cercle familial indique à la fois la situation d'un membre de la famille par rapport à ses collatéraux, mais aussi par rapport à ses ascendants, de ce fait les rapports juridiques entre les membres d'une même famille entraînent des effets de solidarité dans des rapports extrapatrimoniaux que patrimoniaux (p. ex. : nom et héritage). Et c'est dans le sens élargi de la famille que les auteurs citent les principaux effets de la parenté, sur les « droits dérivant de la parenté à savoir le droit de succession, les divers droits accordés aux parents sur la personne et les biens de leurs enfants (issus de l'autorité parentale, anciennement puissance paternelle), les droits pour les parents d'obtenir des aliments quand ils sont dans la misère, mais aussi des obligations dérivantes de la parenté, telles que le devoir

¹ NJARA Ernest, L'intégration des coutumes dans le droit moderne à Madagascar, in *Regards sur le droit malgache*, l'Harmattan Jurid'ika, 2010.p. 76.

² RAHARIJAONA Henri, Le droit de la famille à Madagasikara, in MBAYE Keba et ANCEL Marc, *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, G.-P. Maisonneuve et Larose, 1968.p. 202.

³ CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, LGDJ, 1988.p. 28.

⁴ CORNU Gérard, « Du sentiment en droit civil », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1963. N° 2, p. 200.

pour les père et mère d'élever leurs enfants (nourriture, surveillance, éducation, instruction), et se trouve en deuxième position "le devoir de respect imposé aux descendants envers leurs ascendants", suivis par le devoir pour les parents en ligne directe de fournir des aliments à ceux d'entre eux qui sont dans le besoin et pour l'obligation d'être tuteur ou membre du conseil de famille d'un parent mineur ou interdit »¹. Nous verrons donc en premier s'il existe en effet des causes d'obligation dans les relations collatérales au sens horizontal du terme aîné où selon la citation de M. Bénabent², « l'on observe en particulier une émergence d'un droit des frères et sœurs »³ avant de les aborder au sens vertical.

A. Les aînés dans le cercle familial horizontal

234. Dans le cercle familial horizontal, l'aîné de la fratrie est logiquement le premier enfant né des père et mère communs : il s'agit du plus aîné entre les collatéraux suivant le rang de naissance des enfants, l'aîné peut être masculin ou féminin sans distinction de sexe. « Honorez vos aînés et les anciens en général, aidez-les à supporter les charges et faites-en de même surtout quand ceux-là sont mes propres parents. Votre manque d'égards et de respect pour ces derniers équivaut à mes yeux à un acte de rébellion contre ma propre autorité »⁴, le discours du souverain prévoit des sanctions à cette obligation au-delà de la crainte d'un être supérieur : « si vous n'honorez pas vos parents et vos aînés __, car les aînés sont comme des parents __, vous agissez comme ceux qui ne voient pas ceux qu'ils ont sous les yeux et s'attirent du malheur sur eux-mêmes, aussi craignez Dieu... ». Seuls les aînés peuvent prendre la place des parents, ils décident sur l'exécution des besognes, ils prononcent des allocutions, s'excusent avant de s'adresser à toutes personnes et se font saluer en premier lieu⁵.

1) Au point de vue du droit malgache

235. De l'époque primitive de la société et du droit malgache, nous avons soulevé l'existence de la polygamie où l'homme et sous certaines conditions la femme pouvaient avoir deux ou plusieurs conjoints. En droit coutumier de la famille de l'époque, l'homme devait un

¹ PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation), Tome II, 2^e édition*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.p. 11.

² BÉNABENT Alain, *Droit civil, La Famille*, JurisClasseur, 11^e édition, Litec, Groupe LexisNexis, 2003.p. 540.

³ TARDY V., « Les fraternités intrafamiliales et le droit », *Petites affiches*, 1999. 2 nov. p. 7.

⁴ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.pp. 304-305.

⁵ R.P CALLET François, *Histoire des Rois : Tantaran'ny Andriana, Tome I*, Librairie de Madagascar, 1974.pp. 670-671. (pp. 369-370, version malagasy).

« *Taha*¹ » à la première épouse ou *Vadibe* et aux suivantes s'il compta épouser d'autres femmes. Non seulement cette coutume juridique (puisqu'elle était obligatoire) imposait la compensation des épouses déjà à la maison, mais soumettait le souhait de l'homme à l'autorisation de ces dernières. Et la vie interne de la famille polygame n'en fut pas moins dénuée de règles : le « *Vadibe* » ou première épouse « avait la prééminence sur les autres... [Qui] lui devaient déférence et respect »². Le terme aîné s'apprécie ici par l'ordre chronologique d'arrivée des épouses et non de l'âge de chacune d'elles : l'harmonie au sein de cette famille ne faisait pas de doute où chacune des épouses avait droit à une résidence séparée ou du moins un appartement digne de cette appellation de nos jours. Tous les enfants qui naissaient dans cette famille polygame étaient reconnus légitimes même si l'on peut penser effectivement qu'ils suivaient les conditions de leurs mères respectives : à condition que les règles coutumières énoncées soient bien observées.

236. Dans certaines règles coutumières, p. ex., des hauts plateaux Betsileo, « à la mort du père, l'un des enfants, en général "l'aîné" le remplace dans l'organisation de la famille »³ : c'est une coutume générale, car dans le droit traditionnel malgache, la tutelle que l'on connaît du droit français n'existait pas. Et en cas d'absence ou de décès des parents, il était reconnu, si ce n'est encore le cas de nos jours, aux aînés d'assumer ce rôle tutélaire. S'ils n'avaient pas l'âge de discernement, ce rôle revenait aux grands-parents (le grand-père avant la grand-mère), ou sinon « la famille désigne à l'orphelin de père et de mère une personne (*Vato namelan-kafatra*)⁴ qui est chargée de sa personne et de ses biens »⁵. Souvent, elle est l'héritier principal ou le légataire universel dont la première fonction étant de « continuer la personne du défunt comme homme et comme chef de famille : les autres parents lui doivent respect et déférence comme à lui-même »⁶. Si l'aîné de la fratrie ne pouvait assumer ces obligations, du fait de son incapacité juridique : le devoir de veiller, garder, surveiller et d'élever les enfants

¹ Une sorte de compensation financière du fait du partage de la vie avec son mari, et par l'effet du mariage polygame, la part de 1/3 des biens de l'époux serait à partager par toutes les épouses équitablement.

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 138. ; JULIEN Gustave, *Questions de droit malgache, Études de sociologie et d'ethnologie juridiques, dirigées par Maunier René*, Domat-Montchrestien F. Loviton et Cie, 1931.p. 12-13.

³ COMMISSION DE RÉDACTION DU CODE CIVIL, « Rapport de synthèse, présenté par la Commission Provinciale de Constatation des Coutumes de Fianarantsoa », ministère de la Justice, 1961.p. 11.

⁴ Littéralement, la pierre à laquelle on a laissé les consignes.

⁵ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 43.

⁶ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 341.

revient à l'ainé des collatéraux des parents : « les aînés » au même sens que père et mère « sont des gens ayant acquis grâce à une longue expérience de la vie la sagesse ancestrale. On leur doit respect et soumission »¹. Rappelons que le droit traditionnel n'a pas mentionné expressément l'âge de la majorité civile, par conséquent ni la minorité ni la capacité juridique ne peuvent découler de la loi, mais de la coutume juridique ou judiciaire : il revient à la partie qui invoque l'incapacité de la prouver et que le juge en détermine souverainement les incapacités de faits². Dans ce rôle d'exécuteur testamentaire, tous les héritiers « lui doivent respect et obéissance ; ils doivent se soumettre à ses décisions, du moins si elles sont conformes aux volontés du défunt »³. La coutume malgache connaît aussi le droit à l'ainé d'une part de succession plus importante que celle des puînés : c'est la coutume du « *Tombondahy* » qui favorise l'ainé masculin de la fratrie. En ce sens, l'ainé a toujours été considéré comme ayant assisté ses parents dans l'accumulation de leur richesse et à l'éducation des puînés. Il serait logique alors qu'il soit avantagé (le droit d'ainesse) dans le partage des biens sans qu'il s'accapare et abuse bien évidemment de ce droit de l'ainé, « en signe de déférence et de respect »⁴. Toutefois, lorsque le partage d'un héritage découle d'une dévolution successorale ab intestat, l'acceptation de ses cohéritiers était nécessaire puisque tous les enfants légitimes et adoptés avaient des parts égales dans la succession. Mais cette coutume semble s'essouffler de nos jours où le partage se fait également entre les cohéritiers. Le droit de l'ainé attribué par la coutume et les usages ne fait aucun doute, mais le juriste se doit de prendre en compte « un autre facteur d'évolution du droit [qu'] est la transformation progressive de la grande famille et son morcellement. On se plaint encore à présenter la société traditionnelle malgache comme une société fortement hiérarchisée à l'intérieur de laquelle l'autorité est dévolue aux aînés de la génération la plus ancienne avec une prédominance de la famille paternelle »⁵.

¹ GUERIN Michel, Les problèmes de la formation professionnelle du jeune paysan malgache, in POIRIER Jean et RAJAONA Siméon, *Civilisation malgache*, tome 2, Faculté des lettres et sciences humaines, Cujas, 1968.pp. 69-87.

² C.T du 16 juin 1904.

³ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910. p. 84.

⁴ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 306 ; CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900. p. 299.

⁵ RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », ministère de la Justice, 1962.n° 12 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, Président de la commission de rédaction du Code civil, 1964.p. 19.

237. Enfin, le droit de l'ainé existe dans la coutume juridique découlant du « Principe du *Masi-mandidy* » (droit sacré de disposer de ses biens), retenu dans le droit patrimonial de la famille. La plupart du temps, le testateur désigne un exécuteur testamentaire, ce dernier doit procéder au partage des biens laissés par le défunt, et dans le cas du *Mamelo-maso* où le testateur défend de vendre les biens, mais de se suffire de leurs fruits : une propriété collective et un droit d'usage collectif¹. L'ainé est ici la personne à laquelle le défunt confie sa volonté sacrée et prévient dans son testament que celui qui enfreint les règles de partage imposées par l'ainé ou l'exécuteur testamentaire serait exclu de l'héritage, exhéredé. Le terme « aîné » trouve alors une signification ambivalente, d'abord faisant référence à la volonté des parents et ascendants décédés, mais également la nomination comme « *Zoky ray aman-dreny : mahaleo, mahalasana* » (ainé-remplaçant ou comme père et mère, titulaire des décisions et des bénédictions des ancêtres).

2) Au point de vue du droit français

238. Dans le Code civil français, dès sa codification, la considération par la naissance et toute autre considération discriminatoire et inégalitaire furent abolies. Dans les faits et la coutume, des pratiques traditionnelles survivaient, des régions françaises « connurent longtemps le droit d'ainesse coutumier² » (la région du Sud-Ouest, la région pyrénéenne et le Midi) où « la transmission successorale fondée sur la primogéniture resta longtemps installée dans les consciences... profond ancrage... qui justifia dans les faits le maintien de “devoirs d'ainesse” (plus que de droits d'ainesse, ceux-ci n'étant que la conséquence) : l'ainé était le “cap d'ostau” (le chef de maison)... »³. En dehors de toute considération de rang ou de place, et par la question en boucle des juristes qui se demandent si le droit doit prendre en compte la réalité sociale et donc des faits ou à l'inverse : nous confirmons plutôt que ; « le respect de l'être humain constitue simultanément la contrainte et l'objectif du droit... [et] qu'il serait bien superficiel d'oublier que l'être humain attend aussi du droit une certaine cohérence qui lui donne le sentiment de la justice »⁴.

¹ RARIJAONA René, *Le concept de propriété en droit foncier de Madagascar (étude sociologique, préface de Jean Carbonnier)*, Imprimerie Moderne de l'Est, 1967.p. 28 et s.

² OURLIAC Paul, *Études d'histoire du droit médiévale*, [s. n.], 1979. *La famille pyrénéenne au Moyen Âge*, Paris p. 169-176 ; SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES, *Recueil d'études sociales à la mémoire de Frédéric Le Play*, Éditions A. et J. Picard et Cie, 1956.

³ BEIGNIER Bernard et TANI Alex, « Le droit d'ainesse », in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 538.

⁴ GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité*, L.G.D.J, 2000.p. 455.

a. Devoir de respect aux aînés et droit d'ainesse

239. Les lois coutumières en France connaissaient le droit d'ainesse que l'Ancien Testament de la Bible¹ prévoyait sans que l'on puisse les relier : le droit d'ainesse est considéré comme « les prémices de la vigueur » paternelle, aux antipodes du privilège du *juveigneur*, c'est-à-dire du cadet, ou du droit de *maineté* respectivement de l'Ouest breton et du nord de la France. Certains peuples préféraient attribuer à l'aîné d'une fratrie un privilège sur la succession, notamment quand l'héritage ne puisse pas être partagé en raison de sa nature ou de son volume parfois infime dans les familles roturières, tandis que d'autres privilégiaient les puînés ou le plus jeune des successibles. À côté de ces règles successorales, basées sur l'âge et de la primogéniture, qui ne considéraient pas le sexe de l'enfant, mais du fait de sa première naissance entre les descendants, existait le droit de la masculinité (« *Le mâle est censé plus ancien que la femelle* », dicton parisien du XIV^e siècle : et au XVI^e siècle, le droit d'ainesse disparaissait si les descendants ne sont que de sexe féminin)². Notre regard consiste à détecter l'existence d'une institution aussi proche que celle que nous avons comme objet d'étude et de faire une approche comparative sommaire pour évaluer les ressemblances et les différences entre ces institutions qui réglaient une situation juridique, en l'occurrence sur les règles successorales et de libéralités. À une époque où l'abolition du droit d'ainesse est clairement acquise³, un regard sur l'historique de cette institution française nous permet de connaître et de comprendre le devoir de respect aux aînés. Si les deux termes « devoir de respect aux aînés » et « droit d'ainesse » ne sont pas comparables, il en ressort que les uns répondent aux autres, c'est-à-dire que si l'aîné dispose d'un droit, les puînés lui répondent par un devoir. Mais le droit d'ainesse s'accompagnait surtout d'un devoir de l'aîné, un devoir qui reposait sur les épaules de la personne de l'aîné⁴ selon la tradition : « le choix de l'aîné comme héritier unique n'est pas le choix d'un individu, mais un moyen ; le moyen de

¹ Genèse., XXV, 31 ; Deut., XXI, 15 à 17.

² LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Editions Dalloz, 2010.p. 1161 et s.

³ BEIGNIER Bernard et TANI Alex, « *Le droit d'ainesse* », in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.pp.525-545.

⁴ LEHMANN J. Y-K, NUEVO-CHIQUERO A., VIDAL-FERNANDEZ M., « The early origins of birth order differences in children's outcomes and parental behavior », *The Journal of human Resources*, vol. 53, n° 1, 2018, pp. 123-156, in *Ibid.* p. 525 : Une étude psychosociologique répondait sérieusement et positivement que les aînés sont plus intelligents et meilleurs que les puînés par le fait que leurs facultés cognitives semblent beaucoup plus développées que de leurs cadets résultant des attentions particulières que leurs parents leur ont données contrairement aux autres qui en manquaient.

conserver intact le patrimoine du groupe »¹. Si en droit français, les juristes révolutionnaires combattaient pour abolir toutes formes de discrimination et pour l'égalité pour tous et devant la loi : nous pensons que dans la réalité, le droit d'ainesse était tout simplement la reconnaissance et la récompense du service rendu à la famille par lui, même si son origine pouvait se trouver dans la Bible². Les historiens du droit fondèrent les prérogatives d'ainesse à la période médiévale justifiant le droit successoral noble d'ordre féodal et familial³ « à partir de 1027, la primogéniture devint la règle dans la dévolution de la couronne de France »⁴. Le droit féodal s'inspirait de ce pouvoir royal pour éviter les démembrements des fiefs et imposa le droit d'ainesse⁵ dans la succession.

240. L'histoire du droit d'ainesse nous permet de dégager les ressemblances et les dissemblances entre non seulement des institutions plus ou moins voisines, mais les époques sensiblement synchroniques des époques féodales, française et malgache. Le droit d'ainesse coexistait avec les règles du parage au Moyen Âge, ce dernier se rapproche beaucoup plus au devoir de respect aux aînés en matière de succession et de représentation de la famille et du groupe familial. « L'aîné est considéré comme l'héritier véritable à l'égard de tous, sauf ses frères. Il est le chef *parageur*, le miroir du fief, le titulaire de la *dignitas* »⁶ : à cet effet, il doit conserver l'unité du patrimoine laissé par les parents et assume ses obligations vis-à-vis des services féodaux ; une part assez conséquente lui était réservée par « le préciput d'ainesse » (droit hors part successorale), souvent de la maison familiale, du château ou du manoir (une coutume assez encore usitée de nos jours dans la conservation du patrimoine familial des familles nobles, mais écartant la discrimination par le sexe au rôle qui revient à l'aîné). En

¹ GRATACOS I., *Femmes pyrénéennes*. Un statut social exceptionnel en Europe. Fées et gestes, Toulouse, Privat, 1987, p. 49., op. cit. in *Ibid.* p. 540

² Genèse. XXV : 29-34 sur la rivalité fraternelle et l'abandon du droit d'ainesse par l'aîné ; DEUT. XXI : 17 « ... ce fils (le premier des fils ne saurait être déshérité) est les prémices de sa vigueur, le droit d'ainesse lui appartient ».

³ LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Editions Dalloz, 2010. Spécialement p. 1189, n° 826 ; P.-Cl. Timbal, A. Castaldo et Y. Mausen, *Histoire des institutions politiques et des faits sociaux*, 13^e éd., Dalloz, 2020, coll. « Précis », spécialement n° 273 ; S. Soleil, *Introduction historique des institutions*, XVI^e-XVIII^e siècles, 3^e éd., Flammarion, 2010, coll. « Champs Université », in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, p. 526

⁴ LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André., spéc. p. 1189, n° 826

⁵ GUY Yves et GUY Marie-Vincente, « Le droit d'ainesse absolue dans les Pyrénées centrales et le rang de naissance des conjoints » [en ligne], *Bulletins et Mémoires de la Société d'Anthropologie de Paris*, 2, 1990.

⁶ LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, p. 1194 et s.

rappelant l'hommage dû au souverain à l'époque royale malgache, il ne semblait pas aller en sens unique, car le souverain renvoyait « la pareille » au chef de famille, en l'occurrence le père ou la mère et à leurs décès à l'ainé. Cette estime accordée par le pouvoir royal et des membres de son autorité eut des fins d'ordre politique et fiscal, le gouvernement ne s'adressait qu'à ces personnes toutes réclamations ou revendications de droits et devoirs attribués à la famille. Là encore, un rapprochement du parage de l'ancien droit français peut être évoqué : « Dans le parage (au sens des historiens [mais pas au sens des textes qui le désignent comme une des modalités de règlement de la succession]), l'ainé représente les puînés, qui restent ainsi d'une certaine manière sous sa dépendance... [surtout dans les conservations du fief indivisible et impartageable] : le parage où l'ainé prête hommage au seigneur pour l'ensemble, les filles et les puînés prêtent hommage à l'ainé pour le fief qui leur a été attribué »¹.

241. Et plus tard dans l'ancien droit, la primogéniture fut retenue par la noblesse « pour assurer la perpétuité des grandes maisons... et accorda des avantages considérables à l'ainé. Cependant, il faut nuancer, car l'on sait que ces faveurs de naissance n'en concernaient que la noblesse, et en son sein que les seuls biens nobles (Châteaux, manoirs...) ; les biens roturiers étant généralement partagés égalitairement »², d'autant plus que son application différait dans le droit coutumier du Nord et du droit écrit du Sud. En parlant d'hommage ou pas, rendu à l'ainé, les coutumes en France différaient, il y avait effectivement les puînés qui refusaient de lui rendre hommage en pensant qu'ils sont de même lignée non moins illustre et de même rang que lui. Nous pouvons en déduire de l'histoire du droit successoral et de la position de l'ainé de la famille que le devoir de respect aux aînés existait tout au moins de la part des autorités féodales si du côté du groupe familial il était moins partagé. En droit coutumier malgache, outre le caractère patrimonial et successoral du respect des aînés, la philosophie de l'institution ne semble se coïncider avec le droit d'ainesse qu'en partie. Si le droit d'ainesse était une dévolution de la couronne et du trône, puis devenue une règle successorale des biens, le devoir de respect aux aînés ne faisait obtenir ce droit de la personne de l'ainé que par une reconnaissance et la récompense de ses actes de bienfaisances. Le père de famille, ou la mère, avaient tout le pouvoir pour privilégier les puînés dans la succession : le droit d'ainesse n'était pas la règle, la volonté de la personne primait.

¹ *Ibid.* pp. 1194-1195.

² GLASSON E., Histoire du droit et des institutions de la France, t. VII, Paris, F. Pichon, 1887, spéc.p. 460, in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021. p. 531.

b. Entre frères et/ou sœurs légitimes

242. De la réciprocité de droits et devoirs entre fratries : « un frère véritablement misérable nous paraît, en équité, avoir certainement le droit de demander à son frère riche de quoi vivre »¹, ces propos nous semblent pertinents compte tenu des circonstances évoquées où l'effet restrictif de l'énoncé du CCF en matière d'obligation alimentaire empêche le juge de l'étendre sur fondement d'obligation civile aux autres cas de rapport familial, ces derniers au cas par cas n'aspirent leur existence qu'au nom de l'équité dans l'obligation naturelle. Il en est ainsi, du devoir moral transformé en obligation naturelle par le juge², de l'entraide entre frères et sœurs légitimes. Et les auteurs³ ne manquaient pas de soulever cette incohérence du droit français en matière d'obligation alimentaire dans la ligne collatérale : « Est-il admissible qu'un homme doive une pension à ses beaux-parents et laisse son frère dans la misère ? »⁴. Dès lors, il revient au tribunal de reconnaître cette obligation naturelle de venir en aide à ses collatéraux, considérant que les dispositions du Code civil sur l'obligation alimentaire sont restrictives et étroites et ne prennent en compte que la lignée ascendante directe. Depuis deux siècles, la Cour de cassation⁵ laisse les juges du fond apprécier ce lien étroit qui peut exister entre les collatéraux pour transformer ce devoir moral en obligation naturelle et confirmer que le fait qu'un « frère servant une pension à un frère malheureux ne lui fait pas une libéralité », mais bien d'une obligation naturelle de venir en aide à un membre de famille proche dans le besoin. Nous pouvons affirmer ainsi que si le devoir d'assistance et de secours entre collatéraux n'est pas expressément prévu par le Code civil, il n'est pas moins une obligation juridique sous reconnaissance d'abord d'un lien familial intime, aimant et affectueux et de la capacité matérielle et financière de la personne sollicitée en aide par le tribunal.

243. Le devoir de respect aux aînés entre collatéraux peut trouver son application dans le décret-loi du 29 juillet 1936 relatif à la protection de la famille paysanne où selon l'art. 63, à la mort du père, le fils qui avait travaillé continuellement avec son père contrairement à ses frères qui ont acquis une situation indépendante, sera réputé bénéficiaire d'un contrat de

¹ SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 301.

² Requête, 7 mars 1911, D., 1913, 1, 404 ; Seine, 13 novembre 1913, Gaz. Trib. 1914, 2, 143.

³ BONNECASE, « La philosophie du Code Napoléon », *Revue générale de droit*, 1921.p. 112.

⁴ PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation), Tome II, 2^e édition*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.pp. 20-21.

⁵ Requête, 22 août 1826, D. Jur. Gén., n° 1311 ; Requête, 10 janvier 1877, Sirey, 77, 1, 72

travail dont le salaire ne lui a pas encore été payé¹. En effet, l'ainé des frères et sœurs est considéré avoir contribué plus que ses collatéraux à l'accumulation des biens et à la prospérité des parents. D'autant plus qu'en dehors de son travail, il devait aider les parents à l'éducation, à l'entretien, aux soins, à la surveillance, à nourrir ses cadets. La transposition de ces règles est-elle envisageable dans une société autre qu'agricole : par exemple commerciale ou industrielle. L'idée n'était-elle pas tirée du passé dans le droit d'ainesse ?

244. Les règles de la dévolution et de la liquidation de la succession étaient quasiment statiques depuis le Code de 1804, et les conséquences antisociales et antiéconomiques des litiges en matière successorale ne passent pas inaperçues : la loi déclare que « nul n'est censé rester dans l'indivision ». Les règles de la dévolution et de la liquidation successorale du droit français au début du XXI^e siècle laissent de plus en plus la place à « la volonté », qu'elle soit du côté du disposant qu'elle soit du côté des héritiers ou des donataires. Le législateur français tente de détendre les effets de la rigidité des règles découlant de l'égalité stricte des droits successoraux par l'admission de la volonté dans la liquidation successorale ou la transmission des affaires familiales par la donation-partage sans faire renaître le droit d'ainesse, reposant sur un privilège de naissance ou de sexe, jugé contraire aux droits fondamentaux de la Conv.EDH. L'intervention de la loi du 23 juin 2006 répond à notre question concernant la possibilité de reconnaître « a posteriori » le devoir de respect aux aînés dans la sauvegarde des entreprises et des industries familiales : souvent, il revient à l'ainé, sans distinction de sexe, de perpétuer les activités des parents, et même du « nom » de l'exploitation familiale. « La loi consacra le principe d'une réduction en valeur -contre le paiement d'une éventuelle indemnité d'appréhender l'intégralité de la succession »² outre les libéralités substitutives résiduelles ou graduelles. L'art. 929 du CCF permet alors la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) par un héritier réservataire présomptif dans une succession non ouverte au profit d'une ou des personnes déterminées, la ou les personnes désignées peuvent être l'ainé ou la personne qui s'est occupé du défunt et de son patrimoine durant les derniers moments de sa vie : « -10 ans après- le bilan fut plutôt positif »³. Les nouveaux outils que la loi consacra « (RAAR, libéralités substitutives, mandat à effet posthume, donation-partage [art. 1075-2],

¹ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004, p. 58.

² BEIGNIER Bernard et TANI Alex, « Le droit d'ainesse », in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021, p. 543.

³ BEIGNIER B. et TORICELLI S., La renonciation anticipée à l'action en réduction : l'audace récompensée », JCP N 2016, n° 24, 1199.

société civile, assurance-vie...) sont autant de techniques de « faire un aîné », à cette exception que ce n'est plus nécessairement le premier-né qui peut être choisi, mais n'importe quel héritier plus apte à assumer ce rôle de l'« aîné institué » et à revêtir les habits du « chef de famille désigné »¹. Le droit d'ainesse aboli semble faire naître « un devoir d'ainesse : celui d'honorer ce qui a été reçu en héritage et de veiller sur les autres membres du groupe »² et c'est dans ce contexte précis de devoir de bienveillance envers les siens que les autres membres du groupe familial doivent à « l'aîné désigné » un honneur et du respect en retour. Cependant, certains auteurs assimilent l'obligation d'assistance entre frères et sœurs et celle d'honorer et de respecter ses père et mère d'obligations naturelles³ par le fait qu'elles sont dépourvues de sanctions directes. En ce sens, ces obligations naturelles ne sont pas moins des obligations juridiques, mais il leur fallait l'intervention de la justice pour les reconnaître selon la gravité de leurs transgressions. En effet, l'absence de sanction directe n'implique pas qu'il n'existe pas de sanction indirecte : c'est parfois par la construction prétorienne ou par la sanction pénale que ces dispositions de droit civil se trouvent justifiées.

245. En théorie de la cause des obligations, et notamment dans les contrats unilatéraux, en supposant que l'aîné d'une fratrie a été désigné oralement par les parents de veiller à ses puînés et au patrimoine de la famille, la prestation que fournit l'aîné ne saurait au surplus qu'un engagement volontaire de bienfaisance envers sa famille, de sa protection et de ses biens. « Dans les contrats de bienfaisance, la cause finale, c'est l'intention d'exercer une libéralité ou de rendre service... C'est bien là, en effet, le seul but, le but immédiat que la partie qui fait la prestation ou la promesse se propose d'atteindre : le bienfait ou le service qu'elle veut conférer à l'autre, et la satisfaction morale qu'elle en retirera »⁴. Or c'est effectivement cette satisfaction morale du bienfaiteur du devoir accompli que le décret-loi du 29 juillet 1936 demande aux autres membres de la famille ou sinon impose à eux la reconnaissance des bienfaits de l'aîné dans la continuation et dans la conservation du patrimoine familial. Et nous confirmons que la prestation exécutée par l'aîné de la famille ne pourrait être comprise comme la rémunération de son travail, mais plutôt dans la reconnaissance de son travail par la loi imposant aux autres membres de la famille de lui

¹ BEIGNIER Bernard et TANI Alex, « Le droit d'ainesse », in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, p. 543.

² BEIGNIER Bernard et TANI Alex, « Le droit d'ainesse », in *Ibid.* p. 545.

³ LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 26.

⁴ DEMOLOMBE, T. XXIV, p. 335.

concéder une part plus ou moins équivalente à sa prestation. Bref, l'existence du devoir de respect aux aînés dans le cercle familial horizontal ne fait pas de doute même si les textes ne l'expriment pas clairement, le droit français le reconnaît indirectement par des dispositions du droit patrimonial familial ou par la voie de la justice.

c. Entre frères et/ou sœurs naturels

246. Au sens du devoir de respect aux aînés entre frères et sœurs légitimes et naturels, en matière d'obligation alimentaire que nous estimons en faire partie, nous pouvons affirmer que faute de texte en faveur d'une telle notion entre les collatéraux, la jurisprudence française reconnaît tout au moins l'existence d'une obligation morale dérivant des devoirs moraux des rapports de famille. Depuis fort longtemps, la jurisprudence ne faisait pas de distinction entre frères et sœurs légitimes ou naturels, mais reconnaissait l'existence d'une obligation naturelle entre collatéraux¹. Si l'enfant naturel est désormais assimilé à l'enfant légitime dans ses droits envers ses père ou mère naturels et de leurs conjoints, à condition que la filiation de cet enfant soit légalement établie², mais aussi dans ses obligations envers eux. L'extension de l'obligation naturelle en matière alimentaire entre les collatéraux naturels ne saurait être ambiguë. Et l'idée de restreindre l'obligation alimentaire entre l'enfant naturel et ses père et mère au premier degré et non pas à tous les ascendants découlant de l'application des anciens articles 762 (dette réciproque entre parents naturels) et 757 relatifs à l'exclusion du droit à la succession des ascendants de ses père et mère, n'est plus d'actualité. Cependant, elle manquerait de force d'exécution, il faut alors passer devant le tribunal pour pouvoir faire reconnaître ce droit en obligation naturelle, et nous revenons justement à l'appréciation de l'intimité du lien qui existe entre les prétendus débiteur et créateur de l'obligation alimentaire.

B. Les aînés dans le cercle familial vertical

1) Au point de vue du droit malgache

247. Depuis Andrianampoinimerina, sous la puissance paternelle jugée exorbitante, « l'enfant, toute la vie lui devait, non seulement honneur et respect, mais obéissance absolue, sauf le cas où le père l'autorisait à se marier et à quitter la maison paternelle... »³, et il

¹ C.A Douai, 6 mai 1825 ; Cass., Sirey, 27, 1, 418.

² Paris, 28 mars 1840, D. Jur. Gén., v° mariage, 631 ; Contra, Bruxelles, 23 février 1907, D. 1907, 2, 324, in PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation), Tome II, 2e édition*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.p. 25.

³ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 46.

prévoyait une sanction radicale de mancipation « Je ferai vendre vos femmes et vos enfants »¹ à l'esclavage pour l'infraction du « *Ni manuha-drai aman-dreni* – désobéissance des enfants à l'autorité des parents »². Au lendemain des petites luttes politiques tribales où l'individualisme et la sédentarité conduisaient nécessairement au déclin du peuple : il a fallu une administration étatique stricte et prévoyante, la providence n'avait pas sa place, la famine et la mort guettaient l'avenir d'un peuple. Dans les sociétés de types claniques, par distinction à celles fondées sur l'individualisme, « la société s'articule autour de groupes familiaux au sens plus large, placés sous l'autorité du plus âgé qui impose sa volonté à tous »³. Tout comme dans les pays africains noirs, « deux types de relations sont reconnus de plein droit dans toutes les législations..., entre l'enfant et ses parents, quelle que soit la nature de leur filiation considérée : un rapport d'autorité “naturel” et un rapport alimentaire réciproque. En effet, les enfants à tout âge doivent honneur et respect à leurs parents »⁴. En contrepartie, ces derniers sont investis d'un droit de gouvernement sur la personne et le patrimoine de leurs enfants. Enfin, nous pouvons ajouter sans hésitation que l'enfant adoptif « doit à l'adoptant l'honneur et le respect dont tous les enfants sont tenus envers leurs parents »⁵ : mais compte tenu de l'unique mode d'adoption avant l'avènement de l'adoption plénière ou judiciaire, il leur devait en même temps respect et honneur et débiteur de toutes les obligations familiales envers ses deux familles, adoptive et d'origine, tout comme ses droits du fait de son appartenance à elles. Si les enfants à tout âge doivent du respect et d'honneur à leur père et mère, ces obligations s'étendent à tous les ascendants (y compris les beaux-parents, art. 63-64 de la loi n° 2007-22) et par conséquent à la famille : ce que sanctionne le rejet de la loi n° 63-022. Peut-il être considéré comme un non-respect ou un déshonneur pour ces derniers d'être assignés devant le tribunal par un ou plusieurs de ses enfants ? Il était rare que de telle action soit accueillie devant le tribunal, il est laissé à l'appréciation du juge d'en décider sa

¹ R.P CALLET François, *Histoire des Rois : Tantaran'ny Andriana, Tome III*, Librairie de Madagascar, 1974.p.16.

² JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 304.

³ ANEX-CABANIS Danielle, Solidarités voulues, solidarités subies, in MENGÈS-LE PAPE Christine, *La loi de solidarité, vers une fraternisation selon la théologie et le droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.p. 125.

⁴ MOALTA Robenate Ténadji, *L'autorité parentale : Etude comparative des problèmes de droit interne et international privé (France et Pays d'Afrique Noire : Côte d'Ivoire, Congo, Sénégal, Tchad, Zaïre)*, dirigée par F. Boulanger, Thèse, Paris VIII, 1991.p. 14.

⁵ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 235.

recevabilité : p. ex., par le principe du Masi-mandidy, l'enfant qui considère que telle donation ou tel partage de la succession décidés par les parents sont injustes et portent l'affaire devant le tribunal manque au devoir de respect et d'honneur envers eux. Ce qui pourrait ouvrir à un procès contre ses parents repose sur le fait que pendant la minorité d'un enfant, les parents ont dilapidé les biens de ce dernier, et ce dans un contexte d'abus, de dol ou de prodigalité, « ce ne sera qu'exceptionnellement que l'action pourra être accueillie »¹.

2) Au point de vue du droit français

248. Dans certains cas, il existe des devoirs de famille assimilables à une obligation naturelle supposant l'existence du devoir de respect aux aînés reconnu par la jurisprudence française au-delà des limites prévues par le Code civil de l'obligation alimentaire entre descendants et ascendants en ligne directe. La thèse d'une obligation naturelle dérivant des devoirs moraux non reconnus comme obligation civile par le droit positif est ainsi confirmée par les décisions des tribunaux sur le fondement de l'équité.

a. L'obligation naturelle intergénérationnelle devenue obligation civile

249. Historique. La jurisprudence française continua son œuvre en reconnaissant l'obligation naturelle dans les devoirs familiaux entre les générations de degré en ligne indirecte ou par alliance. D'abord, entre oncle ou tante et nièce ou neveu. Ce qui nous semble juste, puisque ces générations dans le rapport de droit de succession se trouvent en effet successeurs ou héritiers de l'une ou de l'autre en cas d'inexistence des rangs prioritaires appelés à la succession. Dès le début du XXe Siècle, les tribunaux avaient déjà confirmé l'existence d'un devoir familial se transformant en obligation naturelle². La reconnaissance par la justice d'une obligation naturelle dans cette lignée parentale indirecte coïncide également avec celle des frères et sœurs dans le besoin, et la tendance va en cette reconnaissance du droit de la solidarité fraternelle³, idéale de la pensée théologique et spirituelle. Puis, entre bru ou gendre et belle-mère ou beau-père : la réciprocité de la dette alimentaire entre bru ou belle-fille et belle-mère ou beau-père a été reconnue depuis longtemps par la jurisprudence malgré la contrariété des décisions compte tenu de la théorie

¹ C.T du 11 avril 1903 ; C.T du 16 juin 1904.

² Trib. Seine, 13 novembre 1913, Gaz. Trib., 1914, 1, 2, 143 ; Revue Trim., 1915, p. 173.

³ Pour aller plus loin : MENGÈS-LE PAPE Christine, *La loi de solidarité, vers une fraternisation selon la théologie et le droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021. ; PELISSIER Jean, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Lyon, 1960.

de la hiérarchie des débiteurs qui se manifesta au début du siècle dernier. La jurisprudence¹ est devenue constante, les gendres et les belles-filles sont tenus solidairement des obligations alimentaires envers ses beaux-parents. Inversement, l'obligation naturelle a été reconnue par le tribunal² en faveur de la bru que la belle-mère remariée devait une obligation alimentaire et rejette la demande de cette dernière.

250. Désormais, les dispositions du Code civil sur les obligations alimentaires entre bru ou gendre et belle-mère ou beau-père (art. 206) indiquent clairement les règles et de leur réciprocité (art. 207) sous réserve que le créancier n'ait pas lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur selon l'appréciation du juge (al. 2) ou en cas de condamnation du créancier pour un crime commis sur la personne du débiteur ou l'un de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs, le débiteur est déchargé de son obligation alimentaire à l'égard du créancier, sauf décision contraire du juge (al. 3). Ces dispositions sont aussi applicables sur les obligations alimentaires entre enfants, parents et ascendants (art. 205) : dès lors, leurs applications entre oncle ou tante et neveu ou nièce pourraient être envisagées, toujours est-il que leur lien affectif et juridique est établi et réel (art. 206).

b. L'obligation légale intergénérationnelle

251. Le code Napoléon, influencé par l'individualisme n'a pas moins considéré la nécessité de protéger la cellule familiale et d'imposer le respect d'une étroite solidarité³ en harmonisant sa structure et les règles qui la gouvernent : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère », art. 371 du Code civil. Cette règle légale ne semble pas avoir pris de rides après plus de deux siècles de consécration, « la loi n'atteint son apogée de force, que là où les lois ont traversé les âges. Lorsque les lois se succèdent et se remplacent rapidement, elles perdent, avec **le respect qui leur est dû**, leur force et leur autorité »⁴. « À mes parents » », tels sont les premiers écrits de dédicace de la thèse de M. Beignier intitulée « L'honneur et le droit » dont nous apprécions forcément puisqu'il s'agit d'un objet dont nous allons étudier les tenants et les aboutissants à côté du « Respect ». Sans avoir eu connaissance de ce travail de

¹ Cass. Civ., 2 janvier 1929, D. 1929, 1, 137, note Savatier, Sirey 1929, 1, 185, note Audinet ; Seine, 25 novembre 1931, JCP 1932, 322.

² Limoges, 17 novembre 1896, D, 1897, 2, 463.

³ CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927. p. 55.

⁴ VON JHERING Rudolf, *L'esprit du droit romain, Dans les diverses phases de son développement, Traduction Meulenaere Octave, Tome I, 3^e édition*, Forni editore Bologna, 1888.p. 62.

thèse « savamment »¹ effectué en posant la même question si le respect est suffisamment considéré et protégé par le droit pareillement que « l'honneur », nous avons pu faire évoluer l'intitulé de notre sujet en « Le respect et le droit » qu'apparemment aucun auteur ne s'y attelait pas : nous préférons étudier « le respect » dans le domaine beaucoup plus restreint en rapport avec la famille directement ou indirectement et d'aller un peu plus sur la sanction aux manquements de ces obligations légales familiales. Nous pensons d'ailleurs que l'honneur et le respect vont de pair comme les notions de « bonnes mœurs » et d'« ordre public », les premières notions semblent laissées en marge par le droit tandis que les secondes sont des conditions fondamentales dans la construction du droit. « À mes chers parents »², telle est la dédicace de M. Marasco (plus d'un demi-siècle plutôt) de sa thèse en droit, elle nous paraît revêtir autant sur la forme que sur le fond d'une reconnaissance envers ses géniteurs. Nous imaginons à travers elle un accomplissement des obligations que ses parents avaient à exécuter dans l'exercice de la puissance paternelle (avant 1930). Un devoir de reconnaissance exprimé en quelques mots, qui honore et exprime le respect que l'auteur devait à ses père et mère : un devoir supposé moral même s'il est prévu expressément par un texte légal.

252. « Qu'est-ce qu'honorer ses parents, qu'est-ce que les respecter ? Heureux qui le sait et le fait ! »³. De prime abord, cette règle qui gouverne les relations verticales entre ascendants et enfants se base sur un sentiment humain : amour, affection, attachement en rapport avec la filiation. M. Foyer⁴ définit « l'honneur comme [étant] la considération due à la vertu légitimement présumée sinon éclatante et démontrée, sa conservation implique de la part de l'honorable certains comportements. Le plus souvent, des abstentions y suffisent ». Cette définition suppose deux conditions sinon un double honneur : à celui qui le doit et à celui qui le reçoit. C'est en tout cas cette réciprocité de la loi de l'honneur qui gouverne les obligations familiales, l'honneur que reçoit un membre de la famille enrichit l'honneur de tous les membres de cette même famille. Mais ce double honneur peut appartenir à la même personne : elle a effectivement un comportement honorable (qu'elle honore sa propre

¹ Que nous essayons de citer autant que possible le nom de l'auteur puisque nous pensons que dans notre travail et concernant le droit français, « c'est indiscutablement notre ouvrage de référence » sur l'obligation d'honneur ou le devoir d'honneur, toutefois et contrairement à notre intention, les idées et les œuvres de nos pensées peuvent converger spontanément sans que nous fassions allusion à son travail de thèse.

² MARASCO Georges, *Expression et concrétisation du droit*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.

³ CORNU Gérard, *Droit civil, La famille*, Monchrestien, 2006.p. 136 et s.

⁴ FOYER Jean, Membre de l'Institut, Professeur émérite à l'Université de Paris II, Ancien Garde des Sceaux, préface, in BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, Paris, 1995.p. 7.

personne par ses gestes et son comportement : p. ex., abstention à la prohibition ou encore un acte de bravoure) et qu'elle reçoit la reconnaissance des siens, de la société ou des autorités publiques. C'est pareillement dans ces cas de figure que le respect se manifeste : celui qui respecte, ou qui se respecte, reçoit l'honneur et le respect des siens et de lui-même.

253. L'art. 371 du CCF a été dépouillé de toute sanction depuis l'abrogation des dispositions transcrites « des lettres de cachet » relatives à la puissance paternelle et reprises par le Code Napoléon de 1804 contenues dans les mesures de coercition ou le droit de correction de l'ancien art. 375. Si la loi civile a rarement posé comme principe le devoir de piété en dehors du rapport familial de lignage, l'honneur et le respect dus aux parents vont même au-delà de la mort, puisque les enfants doivent assumer à proportion de leurs moyens les charges et frais de ses obsèques même s'ils ont renoncé à leur succession (art. 806 du CCF). Nous considérons que l'une des composantes du devoir d'honneur et de respect que la loi impose à l'enfant de tout âge, est d'observer envers ses père et mère l'obligation alimentaire (art. 205) et de leur réciprocité entre ascendants et descendants (art. 207) jusqu'à un degré limitativement attaché à la lignée. Il est étonnant à notre avis, d'assimiler cette obligation légale à une obligation naturelle par la jurisprudence¹ du fait qu'un enfant nourri, logé et employé par son père, réclame un salaire et que le tribunal a déclaré que l'enfant s'acquittait envers son père d'une obligation naturelle et qu'il n'a pas le droit d'en réclamer la répétition en valeur². Si la décision en elle-même semble très juste du fait de refuser le paiement de l'aide à son père : quoique si un contrat de travail existe entre le père et le fils, le cours de l'affaire aurait changé. Il est surprenant que le tribunal ne fonde pas sa décision sur l'article 371 et sur l'article 205 du CCF, mais sur la justification de l'existence d'une obligation naturelle³ et que les autres héritiers aient été dédouanés de leurs obligations. Alors que nous avons vu sur la protection de la famille paysanne du décret-loi suscité que dorénavant le fils qui a continué à aider son père dans l'exploitation agricole sera considéré

¹ Trib. Château-Gontier, 3 août 1914, D, 05, 5, 5.

² SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 301.

³ HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, L.G.D.J, 1991. « La liste des obligations naturelles est souple. Par contre, le fondement qu'on lui assigne en jurisprudence est variable selon les espèces, devoir de conscience, de reconnaissance, aide professionnelle, soins apportés, etc., aucune décision n'osant, pour l'instant mentionner un devoir de famille qui aurait insensiblement pour effet de transformer l'obligation naturelle en obligation civile ». p. 489.

comme titulaire d'un contrat de travail dont le salaire n'a jamais été payé à la mort du père, si d'autres collatéraux se sont émancipés et indépendants et n'ont pas aidé le père.

254. La jurisprudence changeait progressivement de position puisque la Cour de cassation¹ reconnaît que les charges découlant de la piété filiale² ne doivent pas être supportées par le seul enfant qui a recueilli et soigné ses parents âgés et infirmes dans ses dernières années d'existence et qu'« un tel devoir (moral envers ses parents) n'exclut pas qu'un enfant obtienne une indemnité en vertu des principes de l'enrichissement sans cause, si les prestations qu'il a librement fournies excèdent la mesure du devoir de l'art.371. »³. À travers cette décision, nous constatons l'importance de la considération de la solidarité fraternelle et de l'égalité des enfants vis-à-vis de leurs devoirs de piété respectifs, celui qui supporta la charge des parents âgés « aura le droit ultérieurement, de demander aux autres de le rembourser, à proportion de leurs facultés⁴ ». Mais il reste à savoir comment déterminer la mesure du devoir de respect et d'honneur, autrement dit sur quelle base a été mesurée l'honneur et le respect que doit chacun des enfants à leurs parents, nous revenons hors du droit puisque leur sanction serait la perte de l'honneur ou du respect : une valeur abstraite, un sentiment, un état d'esprit. La réponse se trouve sûrement dans les rapports du devoir de piété et le droit patrimonial, celui qui se trouve lésé dans l'accomplissement de l'ensemble de ces devoirs par un sacrifice moral, sentimental, financier, et même temporel se verra bonifié ou privilégié par le droit patrimonial. Si le devoir de respect et d'honneur n'appartenait pas, par sa source au domaine du droit du fait de sa force non contraignante, la loi positive lui attribue des effets de droits considérables, nous sommes dans la consécration du non-droit au droit.

II. La définition du « devoir de respect aux aînés »

255. Un passage du célèbre poète malgache Rado rappelle le caractère obligatoire de la solidarité et du partage entre frères et sœurs⁵ dans la pensée des Malgaches. S'il est d'un comportement logique de ne pas laisser un membre proche de la famille dans la misère, le

¹ Cass. Civ. 1^{re}, 12 juillet 1994, Bull. civ. I, n° 250 ; D. 1994. IR.203 ; jurisprudence constante : JCP 1995, II, 22425, note Sériaux ; D. 1995, 624, note Tchendjou ; Defrénois 1994, 35950, note Savatier X.

² Cass. Civ. 1^{re}, 29 mai 1974 : D. 1975, 482, note Magnin ; Cass. Civ. 1^{re}, 21 juin 1989 : Bull. civ. I, n° 245.

³ CORNU Gérard, *Droit civil, La famille*, Monchrestien, 2006.p. 137.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 17 mai 1993 : Bull. civ. I, n° 168. Lesquelles s'apprécient à l'époque des dépenses et non au jour où l'on demande la contribution, in BÉNABENT Alain, *Droit civil, La Famille*, Juris-Classeur, 11^e édition, Litec, Groupe LexisNexis, 2003.p. 570.

⁵ « *Raha tojo zava-tsoa na sendra ny mosary. Ny mpiray tampo tsy mba mifanary* » (littéralement, en toutes circonstances, bonheur ou malheur, les frères et sœurs ne se rejettent pas).

droit coutumier le reconnut et l'imposa à tous d'une manière impersonnelle en prévoyant l'exécution et la sanction par la saisie ou la contrainte par corps. L'essai de détermination des termes « respect » et « aînés » que nous avons effectué nous permet de donner une définition du droit au respect aux aînés, d'identifier les titulaires et les objets dudit droit au respect.

256. Le devoir est une notion facilement perceptible qu'à définir, il représente une dette, un service à faire, à ne pas faire, une situation de nécessité, une présomption, etc., bref une multitude sémantique qui se rattache à une autre personne « le créancier » quand il est un lien de droit : une obligation légale. Une obligation légale qui n'est pas ici dans le sens de « devoir : par exemple, obligation de rouler à droite, obligation d'immatriculer une société... prescriptions légales ou réglementaires qui imposent un devoir à une personne, mais non une obligation juridique au sens juridique, parce qu'il n'y a pas de créancier, donc pas de lien de droit entre deux personnes »¹ : mais bien en présence d'un débiteur et d'un créancier d'une obligation. Le verbe « devoir » correspond alors à la jonction des verbes « être » et « obliger », celui qui doit dans un lien de droit prévu par la loi ou le tribunal qui l'applique devient ainsi celui qui « est obligé ». Le devoir, verbe employé dans la notion qui nous intéresse, est facilement reconnaissable dans la morale sociale, dans la morale publique : il représente au surplus une dette morale. Il en est ainsi des devoirs moraux, des devoirs de charité en l'occurrence : bien qu'ils ne soient pas toujours dépourvus d'une certaine sanction extérieure (la réprobation du milieu social), ils manquent de cette sanction spécifique qui vient de la puissance publique². Le devoir de respect aux aînés, à une personne qu'elle soit physique ou morale a comme objet la protection du droit de ses personnes et de leurs biens : la nuance influe relativement sur l'existence autonome du respect ou du renvoi à son objet. Il en ressort de l'intérêt de l'obligation de respecter l'individu et des biens un caractère diptyque : celui de protéger le droit des personnes et les droits de la personnalité appartenant à la catégorie du droit extrapatrimonial d'une part, et celui de protéger le droit du patrimoine d'autre part, où la loi intervient pour déterminer le régime de protection des biens familiaux.

257. Le devoir de respect aux aînés est une obligation ou un ensemble d'obligations qui découle d'un fait juridique qu'est la filiation, le contenu de cette obligation ou de cet ensemble d'obligations est variable selon la situation de la personne tenue d'en faire exécution. Il peut s'agir en effet d'une prestation, d'une interdiction ou encore d'un

¹ MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2021.p. 3.

² CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 18.

comportement positif à observer envers une personne physique ou morale, envers une institution juridique ou sociale (de la loi et des autorités) : le devoir de respect aux aînés ayant comme fonction principale la protection de tout ce qui est né avant soi. Nous resterons dans le domaine des relations familiales, de ce qui pourrait impacter la famille dans les actes ou faits qu'un de ses membres aurait commis entre eux ou à l'égard des tiers. L'obligation juridique implique un devoir « lien de droit » entre deux personnes au moins et une sanction étatique, c'est-à-dire une autorité publique qui assure cette sanction, mais les règles morales peuvent aussi être reconnues comme une obligation naturelle, ci-après la conception du devoir moral par les deux droits français et malgaches.

SECTION B. Approches comparatives du devoir moral

258. Loi morale, règle morale, devoir moral, ou encore obligation morale autant de qualification pour désigner ce qui « ordonne directement l'homme à son bien, le droit l'y ordonne par l'intermédiaire du bien commun, auquel il l'ordonne directement »¹, une norme tantôt morale tantôt juridique à double paramètre variable l'homme et le bien. « Si toute règle est une raison d'agir, la règle de droit est une raison d'agir exclusive inscrite dans un système normatif institutionnalisé »² : par ailleurs, « une morale, quelle qu'elle soit, prétend toujours de nous apprendre ce qu'il faut faire »³. « La règle morale tend à la perfection de la personne et à l'épanouissement de sa conscience »⁴ : si l'homme est invité, recommandé ou ordonné à exécuter son devoir moral, tout se passe dans sa conscience et dans sa volonté propre de réaliser ce qu'il considère comme bien et en rapport avec le bien commun attendu dans la vie en société où il évolue. L'homme d'ici est différent de l'homme d'ailleurs, sans aucun esprit de discrimination, les besoins d'un homme varient selon le milieu et le moment où il vit, le bien peut répondre à la perfection, l'épanouissement, l'achèvement de son désir humain, etc.

259. Or, le raisonnement juridique d'après les « dogmatiques » ne peut admettre sa conviction au-delà du droit : « de manière générale, les considérations philosophiques, économiques, sociologiques n'ont guère de chance d'emporter la conviction par elles-mêmes... Pour pouvoir les invoquer utilement, il faut parvenir à les traduire, à les transposer

¹ PIOT Alice, *Droit naturel et réalisme, Essai critique sur quelques doctrines françaises contemporaines*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 191.

² COPPENS Philippe, *Normes et fonction de juger*, Bruylant LGDJ, 1998.p. 215.

³ COLESANTI Jules, « *Esiste una morale* », *La morale supérieure, Traduit de l'italien de OSTA Eva*, PUF, 1940.p. 7.

⁴ AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2020.p. 13.

en termes juridiques »¹ : nous confirmons. C'est exactement l'indication de lourdes tâches qui nous incombent de la « juridicisation » du devoir de respect aux aînés, est-ce qu'il n'est que moral, ou est-ce qu'il aspire au droit ?

260. Mais, « tout y est difficile [dans le droit] : le gouvernement des hommes et l'administration des choses, la recherche du juste, de la paix, de l'utile et du possible, l'exactitude du mot, l'élégance de la langue, la clarté de l'exposition, la maîtrise du concept, la cohérence de l'ensemble, l'intelligence et la compréhension de l'histoire, celle des hommes, de leurs sentiments et de leurs intérêts. Comment rendre à chacun son dû ? »². Les intérêts en jeu dans la société, dans la communauté, et dans la famille ne convergent pas forcément, voire même contradictoires. Les difficultés ne disparaissent pas en avançant : la théorie des sources du droit nous démontre la place importante de la morale d'un côté et l'affirmation de son exclusion de l'autre. La recherche du juste n'est pas aisée comme finalité du droit : la prise en compte des doléances et des lésions des uns entraîne des effets pervers chez les autres, l'évolution de la culture et des mœurs amplifie le changement de la moralité.

I. Le devoir moral dans sa conception malgache

261. Son aspect sociologique. La règle morale de respect aux aînés semble s'adresser à la seule conscience individuelle avant de fouler la cour de la société. Mais cette règle morale ne peut qu'exister simultanément avec la conscience collective, la morale sociale : à la réalisation de l'harmonie sociale, de la paix sociale. M. Durkheim³ disait pour la morale individuelle que : « ... si l'on entend par là un ensemble de devoirs dont l'individu serait à la fois le sujet et l'objet, c'est une conception abstraite qui ne correspond à rien dans la réalité. L'homme n'est un être mortel que parce qu'il vit en société ; faites s'évanouir toute vie sociale, et la vie morale s'évanouit du même coup, n'ayant plus d'objet où se prendre ». Et il continue dans un autre ouvrage qu'« on ne peut soutenir qu'il existe une seule et unique morale, valable pour tous les hommes de tous les temps et de tous les pays. La morale a vaîré,

¹ ATIAS Christian, *Devenir juriste, Le sens du droit*, LexisNexis SA, 2011.p. 114.

² MALAURIE Philippe, L'effet pervers des lois, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard CORNU. Textes réunis et publiés par BEAUCHARD Jean et COUV RAT Pierre*, PUF, 1994.p. 309 : « Définition de pervers : tourné au mal. Étymologie : du latin *perverto*, *ere* = renverser ; lui-même dérivé de *verto*, *ere*=tourner, p. 310.

³ DURKHEIM Émile, *Les règles de la méthode sociologique, De la division du travail social*, F. Alcan, 1901. 2^e éd., pp. 394-395.

elle change avec les sociétés... »¹. Nous acceptons la véracité de telle pensée philosophique et sociologique de la morale et de son interdépendance avec la société évolutive : « la morale d'une société est partie intégrante des phénomènes solidaires entre eux qui la constituent, histoire de la population, de sa religion... de ses relations avec les populations voisines, son état économique général... est déterminée par cet ensemble de faits dont elle est fonction »².

262. Cependant, dans la loi morale qui touche le « respect », un individu muni d'une capacité de réflexion et de raisonnement, l'observe en tout temps et en tout pays envers ses procréateurs, ses aînés, ses parents qui l'ont nourri et appris à devenir indépendant capable à son tour de transmettre son expérience de vie : la réprobation de telles règles morales ne se détache pas non plus de la sanction légale ; « il faudrait en conclure que dans le fond, la Morale est obligatoire à l'égal de la loi »³. Une universalité naturelle de l'homme conscient qui le différencie de tout être vivant, la morale se mue à travers la société sauf « le respect » dû à ses bienfaiteurs, croyons-nous, restant la base de la vie en famille et de la vie en société, est-ce une notion invariable et inflexible du droit naturel⁴ ? Les systèmes de morales sont assez nombreux, les moralistes cependant s'accordent à l'idée de l'existence d'une opinion commune assez répandue si l'on peut dire ainsi de chercher, de trouver ou d'assigner un but à la vie, ce qui différencie l'homme du déterminisme de l'instinct de l'animal. La classification des systèmes de morales selon M. Colesanti peut se faire en trois groupes : d'abord, « ... les systèmes de ceux qui voient le but de cette vie dans une seconde vie qui serait octroyée à l'homme après sa mort (puis)... de ceux qui assignent à la vie un but à atteindre dans le cours de la vie même (et enfin)... des systèmes de ceux qui soutiennent que l'homme sait où est le bien et où est le mal et que son devoir est de faire le bien et d'éviter, c'est-à-dire de s'abstenir du mal »⁵. En considérant ce postulat des systèmes de morales, l'appartenance du devoir de respect aux aînés à ces systèmes prédéfinis ne fait aucun doute : le devoir de respect aux aînés assigne un but dans cette vie pour préserver son destin après la mort, il régularise aussi les relations intergénérationnelles de la société et enfin nul ne saurait dire le contraire que respecter ses ascendants comme ses aînés n'est autre qu'un devoir de faire le bien et de s'abstenir de faire du mal ; un « devoir senti comme absolu, catégorique, et comme tel,

¹ DURKEIM Emile, *Bulletin de la Société française de philosophie*, t. IX, p. 221, Paris, juillet 1909.

² LÉVY-BRUHL Lucien Auteur du texte, *La morale et la science des mœurs* [en ligne], Un document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, 1903.p. 104.

³ COLESANTI Jules, « *Esiste una morale* », *La morale supérieure, Traduit de l'italien de OSTA Eva*, PUF, 1940. 9

⁴ SALEILLES, « École historique et droit naturel », *RTDCIV.*, 1902.pp. 102 et s.

⁵ COLESANTI Jules. N° 44, p. 66-67.

imposant le respect à la conscience individuelle... »¹. Les règles de conduite interdisent de faire du mal à autrui, et commandent de faire du bien à sa famille et à ses proches : tous les individus doivent du respect à leur père et mère, à leurs aînés et ascendants (« *Hajao ny ray aman-dreninao dia ho ela velona enao* », sy « *Aza mitsipa-doha laka-nitana* »...) au risque d'une vie courte et triste « Honorez vos parents si vous voulez parvenir à la vieillesse². Ces règles de conduite sociale imposent certes moralement le « *Valim-babena* »³, elles reflètent aussi des idées du droit naturel de réciprocité dans les relations familiales. Ainsi, dès que les enfants atteignent l'âge de discernement⁴, ils doivent du « respect » en premier à ses parents et à ceux qui sont nés avant lui dans la famille. Par conséquent, ils doivent protéger les biens patrimoniaux et extrapatrimoniaux des parents et de la famille, « *Mamelo-maso* »⁵ (c'est le deuxième principal devoir des enfants). Enfin, l'aîné de la fratrie avait été souvent désigné pour hériter des biens *Ko-dRazana*⁶ qui sont inaliénables, non partageables, et doivent rester dans la famille de sang, même l'enfant adopté n'a pas droit à ce bien⁷. Il revient alors à l'aîné d'entretenir et de garder le bien dans cette famille, charge à lui plus tard de désigner celui qui continuera à éterniser la propriété du bien ; p. ex. les *Tamboho* ou domaine clôturé dans lequel est construit le tombeau familial et le caveau sont des biens *Ko-dRazana* (interdiction également faite par la protection des droits de personnalité du droit français de céder une sépulture déjà utilisée en partie, par le principe qu'une sépulture est hors commerce⁸)¹.

¹ LÉVY-BRUHL Lucien Auteur du texte, *La morale et la science des mœurs* [en ligne], Un document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, 1903.p. 24.

² R.P CALLET François, *Histoire des Rois : Tantaran'ny Andriana, Tome I*, Librairie de Madagascar, 1974.p. 671. (p. 370, version malagasy).

³ Reconnaissance des enfants envers ses parents et de « ses aînés » des longues années de nourritures, d'éducation, des soins et d'assistance : c'est le premier devoir des enfants.

⁴ L'âge de discernement par l'art. 156 du code de 1881 « ne fait que consacrer la coutume, il résulte que les enfants de dix ans et au-dessous ne sont pas considérés comme ayant atteint l'âge de raison. Ils ne peuvent donc pas être témoin d'un acte » : C.T du 9 juillet 1903, in GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 209.

⁵ RAVELOJAONA, « Ny adidy ifanaovan'ny ray aman-dreny sy ny zanaka », *FIAINANA*, 1930.07, p. 194. « ... faire briller aux yeux de la société le travail des parents et de la famille ».

⁶ « Ko-drazana signifie : les usages, les coutumes des ancêtres. On dit aussi « rohin-drazana », chaîne des ancêtres, op. cit., in BERTHIER Hugues, *Droit civil malgache*, [s. n.], 1930.p. 117.

⁷ C.T du 12 mai 1898 ; C.T du 22 avril 1909

⁸ Trib. Civ., Seine, 1 avril 1882, D.P., 1883.3.30 ; Trib. Civ. Espalion, 24 juillet 1923, Gaz. Pal., 1923.2.487. « Que la concession d'un terrain dans un cimetière ne peut faire, de la part du concessionnaire lui-même, à plus forte raison de la part de ses héritiers, l'objet d'aucune cession totale ni même partielle, surtout d'une cession à

263. Le devoir dans certaines hypothèses n'implique pas de droit de créance, faute de pouvoir en exiger l'exécution, il ne constitue pas d'obligation au sens technique juridique des rapports entre débiteur et créancier. C'est une manifestation de la volonté libre, aucune contrainte ne pèse sur la personne si ce n'est que sa seule conscience. P. ex., il était observé à Madagascar, si ce n'est encore le cas, qu'un mort mérite des funérailles et des obsèques dignes. Or cette dignité variait selon la fortune du défunt et de sa famille : « ... dans certaines familles, où l'avarice était plus forte que l'amour du défunt, les funérailles n'étaient pas célébrées avec un éclat en rapport avec la fortune du défunt. C'était un manquement grave à un devoir sacré, manquement qui était l'objet de la réprobation générale et qui était ressenti par tous »². Ce devoir moral pèse sur la famille du défunt, même si la sanction ne saurait être qu'une déconsidération ou un déshonneur. La sanction juridique à ce manquement du devoir moral d'honneur et de respect aboutirait par une demande de rejet par les parents et ascendants du défunt : donc l'existence d'une action en justice. La juridicité du devoir moral découle de la sanction prévue par l'État et les tribunaux : les devoirs absolus³ où la loi les impose à tout individu envers ses semblables. Si un dommage provient d'un manquement à des intérêts communs ou individuels, alors son auteur serait contraint de le réparer, c'est là que se manifeste une véritable obligation entre créancier et débiteur.

264. En droit malgache, l'art. 48 de LTGO prévoit l'obligation naturelle comme fondée sur le respect d'une obligation morale, d'une règle d'honneur ou d'une obligation civile qui a perdu sa force obligatoire. Elle n'est pas susceptible d'exécution forcée : p. ex., « la pratique du *Loloha*⁴ ne devrait être qu'une obligation naturelle qui, le cas échéant, pourrait servir de

titre onéreux consentie dans un but de lucre, alors surtout que le bénéficiaire de cette cession se trouve étranger par le sang au concessionnaire primitif ».

¹ LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.p. 27 : « Ce principe n'est pas appliqué avec une rigueur absolue ». En effet certaine décision ancienne de justice permettait la rétrocession d'une sépulture qui n'a pas été utilisée ou vide et approuve plus tard la licéité d'un contrat consenti entre des collatéraux où l'un deux vendait sa part aux autres en demandant le remboursement de ses frais, il en résulte donc que le principe n'est pas absolu si la vente ou la rétrocession ne débouche pas à un but lucratif. Cour Cass., 4 décembre 1967, J.C.P., 1968.II.15404bis, D., 1968.133.

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 34.

³ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 20.

⁴ C.T du 2 mai 1901 reconnaît le « *Loloha* » comme étant la coutume par laquelle, une place a été accordée à une personne n'ayant pas de sépulture à sa mort.

cause au paiement effectué volontairement »¹. L'effet de cette reconnaissance du devoir moral en obligation naturelle permet de faire valoir un droit de créance ou de jouissance à l'égard des ayants cause : la classification de ce fait ou de cette coutume en obligation naturelle lui attribue la qualité d'obligation juridique qui n'est pas forcément obligatoire, mais la devient par le refus de la demande de répétition de l'indu, et le paiement volontaire du devoir moral. Cette institution sociale malgache représente le caractère parfait du devoir moral puisqu'elle signifie le devoir de partage des soucis, le devoir d'aide et d'assistance envers sa famille et au-delà d'elle, la reconnaissance d'un service rendu gratuitement, l'affection, l'attachement ou encore du lien d'amitié de la personne à qui on la doit. La solidarité de proximité est la règle à Madagascar contrairement à la solidarité nationale organisée par l'État en France.

II. Le devoir moral dans sa conception française

265. Selon M. Demogue² : « on n'a jamais songé à imposer par la force, au moins en thèse générale, d'être bon, aimable, de n'être pas paresseux, de n'être pas menteur... Mais il y a une partie des règles morales qu'il apparaît nécessaire d'imposer par la force » ; il ne compte pas dans sa critique des notions fondamentales du droit privé faire dépendre le droit de la morale. Tout dépend d'après lui, comme tant d'autres auteurs, de l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice subi et la démonstration de sa relativité avec le fait d'un manquement à un devoir. De même, le devoir moral résulte des pratiques d'engagements non juridiques entre proches parents ou entre amis, des promesses qui n'ont pas de force de droit, mais pouvant déclencher une action en justice pour dommage : tout comme l'engagement sur l'honneur où « celui qui le viole sera déshonoré de son milieu social, mais il n'encourt pas de responsabilité juridique »³. Le devoir c'est l'intérêt qui prime à l'exercice d'une action et il en est la condition d'existence de cette dernière : « pas d'intérêt, pas d'action », c'est-à-dire un intérêt juridique, dans notre sujet en réclamant la force obligatoire du devoir moral. En évoquant l'inefficacité de la distinction de la règle de droit et de la règle morale par leur finalité, certains auteurs reconnaissent en effet que « la tentation est grande d'affirmer leur dissemblance en ce que la morale paraît relever exclusivement de la conscience individuelle et

¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, Président de la commission de rédaction du Code civil, 1964.p. 54.

² DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Éditions La mémoire du droit, 2001.p. 14.

³ LEFEBVRE, L'honneur, Thèse, Poitiers, 1947, in CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 22.

de ne pas avoir de dimension sociale... [or] il n'en est pas moins certain qu'elle "intéresse" le groupe, au moins dans la mesure où elle détermine une action qui se réalise au sein de celui-ci »¹, nous soulignons. « Pour la morale traditionnelle, ce n'est pas la volonté qui crée le devoir moral ; il lui préexiste, ce qui a longtemps paru être une des données essentielles de notre civilisation »², l'art. 371 du CCF « calqué sur un article du Décalogue symbolise le devoir de "piété filiale"... devoir moral érigé en devoir légal »³, il est le porte-fanion des valeurs sentimentales dans le droit civil. Et même s'il a été dépourvu de toute sanction directe du fait de l'abrogation du droit de correction : il n'est pas dépouillé de sanction indirecte.

266. Mais cette juridicisation du devoir moral découlant de l'art. 371 du CCF n'a pas été épargnée par de fortes critiques qui confirmaient son caractère de précepte moral : « cette dette d'honneur et de respect est unilatérale et perpétuelle. Elle ne peut être interprétée comme une obligation juridique formelle⁴ et n'est pas sanctionnée par le droit. En ce sens, d'autres auteurs confirment ce postulat pour démontrer qu'il ne doit pas y avoir d'obligation de rembourser des services de soins, d'affection ou d'assistance. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'obligation juridique formelle au sens de son exigibilité, de sa quérabilité, et de l'existence d'une action judiciaire en exécution forcée : cependant, cette dette peut être reconnue comme une obligation naturelle, qui n'est pas moins une « obligation juridique ».

267. Ci-après les devoirs moraux que M. Ripert pensait ne pas faire l'objet de suppression par des conventions particulières : « tu ne disposeras pas de la vie, du corps, de la liberté de ton prochain pour des fins inutiles et toi-même tu respecteras ta vie et ton corps – tu ne

¹ AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2020.p. 15.

² MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Éditions Cujas, 1995.p. 674.

³ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 136.

⁴ Anvers, 29 octobre 1984, Revue notariale belge, 1985, p. 143. Un père avait souscrit une reconnaissance de dette en vue d'indemniser une de leurs filles pour les soins prodigués. Attendu que les soins qu'a assurés l'appelante habitant chez ses parents appartiennent à son devoir moral duquel ne résulte aucune créance à l'égard des parents : attendu que les soins donnés par l'appelante tombent sous l'article 371 du Code civil. Attendu que tous les auteurs admettent que les obligations de l'art. 371 du Code civil ont un caractère moral (MARCADE, *Éléments de droit civil français*, 1847, t. II, p. 141. ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil français*, t. V, 1908, pp. 146-147 ; PLANIOL Marcel [1853-1931] Auteur du texte, *Traité pratique de droit civil français*, Tome I, 2^e éd., LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952., n° 306, p. 385 ; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 1962, n° 774, 2^e, p. 904), in POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain, *L'affection et le droit*, Préf. F. Rigaux, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.p. 137.

chercheras pas à tirer profit de ta débauche ou de celle d'autrui – tu ne t'enrichiras pas injustement par le jeu ou le hasard, par l'acte de ruse ou de force, ou la tromperie, alors même que tu devrais faire par devoir – tu ne stipuleras pas de rémunération pour des actes qui ne doivent pas être payés – tu n'acquerras pas à prix d'argent une impunité coupable »¹. Et dans sa recherche d'un fondement rationnel de la règle juridique, il n'a pas manqué d'exprimer sa profonde déception tout en affirmant que « la vieille loi morale... nous donne des règles que nul ne peut nier ni transgresser sans être coupable »². Les devoirs moraux se distinguent en effet du devoir légal du fait de l'absence de sanctions directes prévues par les lois civiles : il faudrait que leur manquement cause un dommage à autrui pour qu'ils soient sanctionnés ; « ... nous nous sommes aperçus que les devoirs moraux de ne pas faire, comme ceux de faire, se trouvaient sanctionnés en principe par les articles 1382-3 [ancien] du Code civil, au même titre que n'importe quelle obligation légale... l'infraction à un devoir moral constitue en effet une faute, engageant la responsabilité de son auteur, l'obligeant à réparer le dommage qu'elle peut causer à autrui »³ nonobstant la différence entre l'obligation naturelle et le devoir moral. Une chose attire particulièrement notre attention dans la pensée de M. Savatier quand il présenta ses excuses avant tout propos en soulevant le devoir de politesse adressé « à ceux qui [sont] saisis de la généreuse intention de nous lire... », à la manière d'un orateur malgache de s'excuser auprès des ancêtres, des aînés, des « Ambanilanitra » (de tous ceux qui se trouvent sous les cieux), qu'il n'est pas le propriétaire des paroles.

268. Pour notre part, et dans notre objet, il nous semble pertinent de déterminer a priori le terrain que nous foulons en posant dès le départ la distinction entre un devoir moral, une obligation naturelle et une obligation civile ou légale. « Mais cette distinction n'est pas tranchée. Des zones d'ombre subsistent et le rapport du droit à la morale est évolutif... : un droit sans morale serait celui d'une société en déliquescence... »⁴ ; tout particulièrement en droit malgache où la coutume concourt au même titre que la loi à régir certaines situations de

¹ RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949. (2^e éd. P. 44), in SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.pp. 328 et s.

² RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1^{re} éd., Paris, 1925, N. 206-207, p. 388-389, in PIOT Alice, *Droit naturel et réalisme, Essai critique sur quelques doctrines françaises contemporaines*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 56.

³ SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 2.

⁴ MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick, *Introduction au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2022.p. 55.

la vie quotidienne. M. Cahuzac parle de l'obligation alimentaire réciproque comme « une institution de droit naturel » que la loi coutumière donne des bases beaucoup plus larges¹. L'obligation morale a été un moyen pour la jurisprudence française d'imposer la réparation d'un préjudice d'une façon plus générale² : elle se servait de base à cet effet pour reconnaître le plus souvent le devoir d'assistance entre collatéraux ou entre parents que la loi n'impose pas d'une manière explicite les obligations. Le juge dispose du pouvoir souverain d'appréciation du devoir moral en obligation naturelle chaque fois que l'état de mœurs le lui permet³. Progressivement, le devoir moral fut assimilé à l'obligation naturelle par la jurisprudence, il en est de même pour l'obligation alimentaire réciproque, assistance proprement dite⁴ : les frais funéraires, les donations rémunératoires, etc. « Aujourd'hui, le fondement de l'obligation naturelle ne serait pas tellement le devoir moral que la conscience que chacun s'en fait »⁵ : finalement, l'énergie de l'obligation naturelle tiendrait plus au respect qu'on doit aux consciences individuelles qu'à l'autorité d'une règle morale qui serait extérieure à l'individu. En d'autres termes, la sanction d'un devoir moral que subit celui qui a violé la règle morale ne pèse que sur sa conscience, la contrainte ne touche que le sentiment du transgresseur alors que la sanction juridique reconnue par la justice ou imposée par la loi s'impose à lui d'une manière obligatoire. Si la différence entre le devoir moral et le droit peut se faire dans l'appréciation de leur finalité, à savoir respectivement, d'ordres religieux ou d'ordre social, « la différence de valeur permettrait... de distinguer, certes subtilement, les règles de droit, prescrivant le juste, des règles morales, indiquant le bien »⁶. Nous pouvons rajouter de ce fait que cette subtilité serait à rechercher dans les sanctions d'un manquement au devoir moral dans le droit pour qu'il devienne une obligation juridique. Et c'est dans ce postulat que « la loi prend alors en considération pour sanctionner le devoir moral de secourir ses semblables »⁷, en l'occurrence, dans l'obligation alimentaire entre proches parents sous une double condition du besoin de secours de celui qui la reçoit et de la capacité de faire de

¹ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 184.

² ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929.p. 128.

³ Cass. civ., 8 juin 1862, D. P., 1862, 1, 188.

⁴ CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927.p. 124 et s.

⁵ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Éditions Cujas, 1995.p.674

⁶ DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2021.p. 43.

⁷ PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation), Tome II, 2^e édition*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.p. 18.

l'obligé : il est alors une obligation légale. Si la loi ne le consacre pas expressément, le devoir moral découlant de l'obligation alimentaire ne saurait être qu'une obligation naturelle. Cependant, le devoir moral constitue une obligation civile dans la mesure où les obligations de faire et de ne pas faire qui en découlent ne sont pas observées et cause un dommage à autrui avec la reconnaissance du droit de la victime de demander réparation. Le devoir de respect est reconnu comme une obligation civile puisqu'il est prévu dans le Code civil, mais il prend le nom d'obligation naturelle lorsque considéré comme un précepte purement moral, sa violation est impunie par la loi, même si cette dernière la prévoit comme règle de droit. Le dépouillement de ses sanctions par le législateur ou tout simplement de leur ignorance, entraînerait soit la désuétude de cette règle morale dans le droit, soit le retour à son statut de règle purement morale, au mieux d'obligation imparfaite.

III. La confluence entre le droit et la morale ou la religion

269. Les juristes s'efforcent souvent à distinguer le droit de la morale et de la religion, ils creusent ainsi sur les dissemblances des concepts à travers soit de leur finalité, soit de leurs caractéristiques, soit de leurs rôles dans la société, soit encore de leur force d'imposition par l'existence de sanction. Certes, les différences sont réelles, mais sans exagération, il arrive que le droit emprunte des règles morales ou religieuses, « les membres d'une famille sont tous moralement solidaires »¹, pour imposer ses objets dans la société. Cette interaction entre le droit, la morale et la religion régule parfois la vie en société : la perte de l'un des éléments de ce trio improbable dans la société perturbe même les règles de droit bien établies, nécessitant ainsi une évolution ou une modification radicale. « ... Il n'y a pas de partie du droit qui touche d'aussi près à la morale : l'organisation de la famille n'est solide que si elle est fondée sur une morale rigoureuse. Les règles qui gouvernent la famille constituent autant, et quelquefois plus des préceptes de morale que des règles de droit »², nous confirmons. Concernant la finalité sociale du droit, de la morale ou de la religion : une distinction est à remarquer, « le droit vise à organiser la société et les relations qui s'y établissent entre les personnes qui la composent, la morale et la religion concernent essentiellement l'individu »³. Mais la tendance de cloisonner le droit de la morale et de la religion n'est pas aussi effective,

¹ MENGÈS-LE PAPE Christine, *La loi de solidarité, vers une fraternisation selon la théologie et le droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.p. 20.

² PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André.p. 7.

³ AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2020.p. 12.

car il existe des législations étatiques dictées par la religion, notamment le droit musulman. Par contre, si dans un État laïc, la séparation des pouvoirs entre l'État et l'Église caractérise le droit moderne, il arrive que les règles purement morales ou religieuses servent de fondement des règles juridiques. La règle morale ou l'obligation morale¹, tout comme le droit, évolue : des changements d'orientation du droit s'accompagnent des changements de la moralité « sociale » ; ce qui semble d'intérêt général et conforme à la morale présentement risque de se transformer et aller à contresens tout en respectant ces mêmes critères de validité et de suivi par la société. Si la morale a ainsi besoin de règles coercitives pour s'imposer, inversement, pour que la loi puisse s'imposer et générer sa force contraignante, il faut qu'elle soit conforme à la morale. Cette dernière ne saurait être prise comme un simple épanouissement de la personne ou de la satisfaction individuelle, mais appliquée à l'homme social vivant dans une société : ce qui nous induit à confirmer la moralité collective ; la force des règles morales est endogène². En effet, « l'organisation des relations sociales par le droit se fait aussi en considération d'un besoin de justice, c'est-à-dire l'harmonie et l'équilibre... pour assurer une protection des plus faibles et le respect de la bonne foi »³. Si le droit se distingue par sa force coercitive, la morale et la religion n'ont pas moins de force contraignante dans la société : elles sont générales et impersonnelles comme le droit et s'appliquent à toutes personnes. L'abolition de la peine de mort a souvent été interprétée comme des règles religieuses de ne pas tuer, de s'abstenir de faire vengeance, à la fois prescrites à l'ensemble des vivants dans un intérêt général et spirituel et adressées à tout un chacun de s'abstenir de tel acte et de libérer sa propre conscience, la règle morale. Le droit, la morale et la religion ont un but commun de « réguler la paix sociale et le comportement de chaque membre de la société... et même si le juge ne saurait être tenu... de contrôler la "moralité" de la norme juridique en cause. Celle-ci est présumée. Ce n'est que dans les cas patents que la distinction entre droit et morale est décisive »⁴. Par sa force persuasive et générale, le droit imbriqué de cette force morale devient un droit universel (même si les termes sont à relativiser). Ce mariage du droit et de la morale

¹ KANT, « Les principes métaphysiques de morale », avança le principe universel, fondement de l'obligation morale : « Agis de telle façon que la règle d'après laquelle tu agis soit admise et adoptée comme loi par tous les êtres rationnels », in MILL John Stuart, *L'utilitarisme*, Alcan Félix, 1889.p. 7.

² NJARA Ernest, *Philosophie du droit : Les quelques concepts philosophiques à connotation juridique*, [s. n.], [s. d.].p. 72.

³ GHESTIN Jacques, BARBIER Hugo et BERGÉ Jean-Sylvestre, *Introduction générale*, LGDJ, 2018.n° 26 et s.

⁴ STEULLET Alain, *La victime de l'atteinte à l'honneur, Étude de droit pénal et de procédure pénale suisses*, Éditions Ides et Calendes, 1983.p. 48.

aboutit à un ensemble, une union, indestructible et intemporelle, « la morale sociale peut d'ailleurs avoir une portée élargie pour devenir humanitaire – au sens de devoirs individuels envers l'humanité – et déborder des cadres des sociétés nationales. Ainsi des devoirs envers l'être humain – respect, dignité, sauvegarde... C'est le cas des droits de l'Homme et aussi, par exemple, des règles tendant au respect de l'environnement »¹.

270. Et c'est à ce stade que la réflexion sur la distinction des règles de droit et de la morale fait évoluer cette dernière vers une conscience non plus individuelle, mais devenant une conscience collective de la société, dite « morale sociale ». La tendance similaire de la conscience individuelle découle vers une mutualisation de celle-ci en une morale sociale qui régule à son tour le comportement de chaque membre de la société d'une manière générale et impersonnelle, aboutissant à une paix sociale. Bref, que les règles découlent de la morale, de la religion ou du droit, ou de l'interaction entre ces différentes sources de normes, nous confirmons que le droit est reconnu par l'existence d'une sanction des autorités, et de nos jours par la coercition étatique d'où notre démonstration sur le droit au respect des aînés.

271. P. ex., la grande majorité de la doctrine suisse et la jurisprudence du Tribunal fédéral² reconnaissent que les dispositions légales, civiles et surtout pénales sur l'atteinte à l'honneur ne peuvent être qu'interprétées restrictivement, les articles 173 et 174 du Code pénal suisse, ainsi que les articles 28 du Code civil et 49 du Code des obligations ne protègent que « la considération acquise par le respect des règles morales et juridiques. La considération due à la situation sociale ou à la fonction sociale n'est pas couverte »³. Mais cette majorité de la doctrine « préconise [également] une conception sociale de la considération : non seulement le reproche de violer les devoirs juridiques ou moraux représenterait un délit, mais aussi celui de ne pas exécuter ses obligations sociales »⁴ : ce qui, en tout état de configuration, reconnaît

¹ AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2020, p. 15.

² Journal des Tribunaux 1966 IV 124, Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral 92 IV 96 : « D'après la jurisprudence constante de la Cour de cassation, les art. 173 ss CP ne protègent que la réputation d'homme honorable du lésé et le sentiment qu'il a de son honorabilité. Ne tombent pas sous le coup de ces dispositions, les assertions propres à diminuer la valeur sociale d'autrui à d'autres égards... ».

³ STEULLET Alain, p. 37.

⁴ STRATENWERTH Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, Berne, Stampfli, 1982, p. 109-111 ; FREI Lionel, *Der Entlastungsbeweis nach Art 173 Ziff. 2 und 3 St GB und sein Verhältnis zu den Rechtfertigungsgründen*, Berne, Stampfli, 1976, p. 21 ; VON LISZT Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin et Leipzig, de Gruyter, 22^e éd., 1919, p. 62, etc., in *Ibid.* p. 44.

l'existence de l'interprétation morale ou de « graves défaillances morales »¹ sur la considération ou la bonne réputation de ces dispositions légales.

272. Enfin, le Code civil grec dans son article 1507² va même au-delà de ces pensées doctrinales en spécifiant que : « les parents et les enfants sont liés réciproquement par une obligation d'assistance, d'affection et de respect l'un envers l'autre » : une reconnaissance formelle du législateur d'une obligation juridique, donc exigible et sanctionnée. La prise en compte de ces règles morales de respect mutuel, de l'honneur, par le droit est sans équivoque : néanmoins le droit fait la distinction entre les règles de courtoisie ou de politesse et les règles morales qui s'imposent à ne pas offenser autrui, nuire ses prochains, en offrant une action au lésé de demander justice : c'est dans le but d'universaliser des règles partagées et transcendantes à toutes autres raisons que le droit naturel a été pensé par ses partisans.

SECTION C. Droit naturel et obligation naturelle

273. La question qui interpelle l'esprit est de savoir si l'obligation naturelle tire sa source du droit naturel ou bien les deux concepts s'interfèrent dans leur existence et dans leur domaine d'intervention respective.

I. Le droit naturel

274. D'une part, nous ne pouvons pas nier l'existence d'une catégorie intermédiaire entre le devoir moral et l'obligation civile : « c'est l'obligation naturelle (obligation selon le droit naturel, pourrait-on dire) »³. La résolution de ces contradictions *in terminis* nous semble cruciale, l'existence d'une loi au-dessus des lois, une valeur « en soi... que... le juriste voit surgir devant son esprit ce domaine des « choses en soi... mais qui n'est pas son domaine propre, à lui juriste »⁴. C'est le postulat qui anime les discussions interminables des philosophes et le début des controverses doctrinales sur l'existence, la définition et le contenu du droit naturel. La philosophie juridique parle d'une transcendance⁵ : l'idée de l'universalisme ou des lois naturelles se trouvant dans les caractéristiques de « l'animal

¹ STOOS Carl, *Vorentwurf mit Motiven*, Motifs, traduit par Alfred Gautier, Berne, Stampfli, 1894, p.320.

² Modifié par la loi du 18 février 1983.

³ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004, p. 320.

⁴ PIOT Alice, *Droit naturel et réalisme, Essai critique sur quelques doctrines françaises contemporaines*, Thèse, Faculté de Paris, 1930, p. 10.

⁵ NJARA Ernest, *Philosophie du droit : Les quelques concepts philosophiques à connotation juridique*, [s. n.], [s. d.]. Sur la thèse de la transcendance des règles morales, p. 69.

raisonnable », abstraitement considérée comme spécifique à l'être humain intelligible et empathique, se bat continuellement depuis des siècles pour s'imposer sinon de primer à toutes autres considérations. « Les lois naturelles doivent prévaloir sur les lois positives et c'est la conformité des lois des hommes aux lois naturelles qui fonde leur autorité »¹, et qu'un renversement de la pensée philosophique devant reconnaître davantage la volonté individuelle engendre une transformation du droit naturel classique en un « droit naturel moderne, expression de la Raison humaine et inhérent à la nature humaine individuelle »². Nous connaissons en effet l'opposition farouche des défenseurs du droit naturel au positivisme juridique en tant que théorie, fondée en contradiction avec la sociologie juridique : « d'une autre opposition entre la jurisprudence des concepts et la jurisprudence sociologique, entre la théorie étatique et la théorie sociale du droit, entre formalisme et réalisme »³.

275. D'autre part, « le droit pur, né du normativisme kelsénien, n'est pas le droit qui est mis en œuvre quotidiennement... L'habitude est d'opposer, au positivisme, les théories dites de droit naturel. Elle est trompeuse... L'idée de droit naturel est tenace. Elle répond à une aspiration profonde, celle qui attend de la justice la mise en œuvre du droit, celle qui veut que le droit ne soit pas le résultat de choix opérés par les hommes, celle qui s'attache à l'idée même du droit »⁴. Or, à notre avis, la valeur et la reconnaissance du « droit au respect » émergent à travers les ordres juridiques, qu'il soit d'un citoyen envers les institutions étatiques et sociales et inversement, qu'il soit d'un homme envers ses semblables. De même, la contribution de la pensée à la construction du droit n'est pas négligeable, ayant une finalité de trouver un droit idéal, une orientation vers l'appréciation d'un droit entendu comme la justice : d'où la recherche du droit le plus juste, nature et essence du droit lui-même. Sur ce dernier point, l'existence d'un droit inhérent à la personne humaine, prémisse de raisonnement pour imposer l'autorité des lois fondamentales sur la construction des lois positives ne crée pas d'opposition : p. ex. dans les droits de l'homme (droit fondé sur l'homme individuel et naturel) et dans le droit des hommes construit aux besoins de la vie en société par une autorité supérieure, l'État et de la loi de l'État, la Constitution.

276. L'idée à l'existence du droit naturel supérieur au droit positif et qui en doit imposer les règles au XIX^e siècle, eut été éclipsée par la croyance que toutes les lois civiles sont

¹ DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2021.p. 50.

² D'où le nom d'École du droit naturel moderne du XVII^e et XVIII^e siècle, Grotius et Pufendorf, in *Ibid*.p. 50

³ BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, BRUYLANT LGDJ, 1998.p. 33.

⁴ ATIAS Christian, *Devenir juriste, Le sens du droit*, LexisNexis SA, 2011.p. 10 et s.

conformes¹ au droit naturel et qu'elles ne peuvent plus être remises en cause par une autre idée de suprématie à elles. C'est là que l'École de l'Exégèse trouva son terrain de promotion pour affirmer qu'il n'y a plus de lois civiles au-delà du Code Napoléon, et qu'elles ne sauraient être interprétées largement ni être silencieuses ou obscures : comme disait M. Demolombe ; « Ma devise, ma profession de foi, est aussi ; les textes avant tout », ou encore M. Bonnet-Case ; « La conviction de la perfection de la loi civile donne à l'École de l'Exégèse un caractère étatiste »². Les droits savants, le droit naturel et le droit canonique prônent respectivement le droit idéal propre à la nature humaine et le droit de la nature humaine ordonné par la loi divine. L'idée d'une suprématie hiérarchique d'une loi sur une autre s'oppose à la pensée des juristes qui ne fonde le droit que par des faits, par un certain réalisme et une grande part de déterminisme liant un phénomène juridique naturel par un fatalisme des conséquences des tenants et aboutissants et des causes à effets. Si le jusnaturalisme ne nie pas l'existence du droit positif, il considère ce dernier du rang inférieur : et de son côté, le positivisme exclut toute idée du droit naturel. Nous partageons plutôt l'idée de l'existence de l'un et de l'autre dépourvue de suprématie : ce qui signifie qu'à côté du droit positif, comme droit réellement en vigueur, se trouve une autre source de droit que les citoyens observent par leur nature humaine, qui s'impose à eux et que les tribunaux n'hésitent pas à reconnaître. Parfois même, leurs regards se croisent : le droit positif découle du droit naturel, le droit de la famille en est le miroir parfait de ce que le jusnaturalisme et le positivisme juridique se voient l'un dans l'autre ; il est le domaine propice à l'émergence d'une obligation naturelle.

II. L'obligation naturelle par la doctrine

277. Tantôt, les uns l'appellent la morale « supérieure » dans le droit, en l'évoquant pour contester l'abus de droit, réclamer l'indu, rapporter le trop-perçu, etc., tantôt, les autres l'appellent une obligation naturelle : un devoir moral qui ne s'impose que par décision du pouvoir judiciaire et la volonté du débiteur. Ainsi on opposait l'obligation naturelle de la doctrine classique d'Aubry et Rau entre autres qui la détermine comme une obligation imparfaite, à la doctrine moderne (p. ex., des droits savants) qui la considère comme un devoir moral, un devoir de reconnaissance³. En ce qui nous concerne, le problème est de savoir si

¹ RIPERT Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1948, p. 45.

² BONNET-CASE, L'École de l'Exégèse, p. 148., in *Ibid.* p. 46.

³ LACOMBE Jean, *Théorie générale des obligations en droit malgache*, Éditions Cujas, 1967, p. 480.

l'œuvre de la pensée coïncide avec les faits que le droit prend en compte, on parle de solidarités naturelles à « l'intérieur du cercle familial »¹ et des solidarités artificielles (p. ex., de la mutualisation ou de la répartition qui font partie de la solidarité intéressée).

278. « La doctrine du droit naturel met en jeu ce principe que le bien humain doit être recherché »² : il serait à rechercher dans son cadre individuel mais aussi dans le cadre social où il s'épanouit. En d'autres termes, le bien humain individuellement considérable ne trouve de terrain de développement que dans une société prévoyant le bien commun. Le droit canonique de son côté impose le comportement d'un être humain dans sa vie quotidienne et dans ses relations avec ses semblables à ne faire que du bien, selon la loi divine. C'est en effet dans cette optique de l'existence d'un droit idéal éternel que le droit naturel rejoint l'idée spirituelle des canonistes dans le bien humain total ordonné par Dieu dont les droits dérivent et déterminent leur fin ultime. Dans cet esprit de fondement du droit naturel, les jus naturalistes évoquent entre autres la loi divine, éternelle où la nature humaine et l'ordination de l'être humain à Dieu engendrent un bien humain indiscutable.

279. D'autres pensées, comme celle de M. Gény, a basé sa doctrine à la recherche « des données de la nature et de la vie... éléments fondamentaux et objectifs de toutes les règles juridiques »³, en repérant les sources morales et religieuses de certaines règles juridiques qui ordonnent à l'homme de distinguer le mal du bien et l'idée du juste et de justice. Les données à considérer seraient celles du réel (un substratum matériel, conditions de fait), celles de l'historique (ensemble des règles acquises et consolidées par le temps), celles du rationnel qui est l'ensemble des règles de conduite (la raison dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde) et enfin celles idéales⁴ (toutes les aspirations humaines en vue du progrès incessant du droit positif différentes des exigences absolues de la raison). Alors que d'après M. Guastini⁵, « dans un premier sens, jusnaturalisme désigne une méta-éthique, plus

¹ LAVIALLE Christian, Remarques sur les deux faces de la solidarité, in MENGÈS-LE PAPE Christine, *La loi de solidarité, vers une fraternisation selon la théologie et le droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.p. 145 et s.

² PIOT Alice, *Droit naturel et réalisme, Essai critique sur quelques doctrines françaises contemporaines*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 12.

³ GÉNY François, *Science et technique en droit positif, Tome II, Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »)*, Recueil Sirey, 1915., n° 164, p. 363 et s.

⁴ *Ibid.*, n° 170, p. 384-386.

⁵ GUASTINI Riccardo, Norberto Bobbio, *ou de la distinction*, in BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, BRUYLANT LGDJ, 1998.p. 6 et s.

précisément une méta-éthique naturaliste, une variante de ce que l'on appelle le cognitivisme éthique », tandis que dans un deuxième sens il serait une « éthique libérale » défendant les libertés individuelles contre le légalisme ou le formalisme éthique. Quant à M. Bobbio, le positivisme juridique considère les normes juridiques comme de simples faits et non des valeurs contrairement au cognitivisme éthique et il pense que les normes ne viennent pas de la « nature » impliquant son obéissance : en soulignant que « le positivisme juridique est une façon de voir qui « n'admet pas la distinction entre droit naturel et droit positif et affirme qu'il n'y a pas d'autre droit que le droit positif »¹. Cependant, il écarte la caractérisation du positivisme à la répudiation du droit naturel en expliquant que dans le droit naturel on trouvait une acception du « jusnaturalisme et du positivisme définissant le « jusnaturalisme » comme « le courant qui admet la distinction entre le droit naturel et droit positif, et qui soutient la suprématie du premier sur le second »². Ainsi, si le devoir de respect aux aînés ne découle pas du droit naturel alors même qu'il existe bel et bien, il ne pourrait être que du droit positif : en effet, « c'est lui [le droit naturel] qui inspire et anime la règle juridique ; c'est lui qui fonde le droit vivant, du droit écrit et pratiqué, celui que l'on désigne comme le droit positif, et qui n'en est que le reflet, la traduction »³.

280. Ce point de vue s'écarte de celui de M. Ripert qui rejette catégoriquement la croyance au droit naturel en affirmant que c'est « un dogme qui ne renaitra plus »⁴ et que l'admission de l'idée de l'existence de loi supérieure au droit positif n'est plus d'actualité, il propose plutôt l'existence de la règle morale dans les obligations civiles même si la tentation de répondre à l'appel de M. Gény lui semble forte, d'un droit naturel fondé sur l'idée de justice. La position négative de M. Ripert quant au fondement du droit naturel ne signifie pas qu'il ne reconnaisse pas des idées morales et religieuses qui guident le législateur ou le juge dans l'application des lois et souligne en même temps que : « les sources du droit sont ailleurs que dans le droit positif, tantôt dessus, tantôt dessous ; elles sont dans notre culture, histoire de notre nation, les bases de notre civilisation, les exigences profondes de l'esprit, de la raison, tout ce qui entend maîtriser les puissances de l'instinct : les forces *créatrices* du droit »⁵.

¹ BOBBIO Norberto, *Gisunaturalismo e positivismo giuridico*, Op.cit. 127.

² BOBBIO Norberto.p. 39.

³ AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2020.p. 25.

⁴ RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949. Paris, 1^{re} éd., 1925, n° 9, p.16.

⁵ In, MALAURIE Philippe, « La révolution des sources », Defrénois, 2006, art. 38465, p. 1552. Sur ces forces créatrices.

281. Alors que l'œuvre de Duguit nous démontre deux faits : d'abord, l'homme est conscient de ses actes et qu'il vit dans une société où « il est soumis à une loi, qui est cette loi même de la vie sociale »¹ ; puis, de la nécessité de fait découle une nécessité de droit (une loi de but et non de loi de cause) que l'homme doit être régi. La rigueur de la loi de but ne doit pas être interprétée comme le concept de finalité, mais de « norme toute simple parce qu'elle s'applique à des êtres conscients ». Le droit trouve sa source créatrice selon lui dans l'état de conscience né d'un sentiment de la socialité et de celui de la justice et affirme que « la chose en soi... est la pensée individuelle » et que « la conscience individuelle est la seule réalité »².

282. Peut-on alors qualifier le droit naturel comme source informelle de droit, « produit des rapports de coexistence entre individus en dehors de l'État... pour destinataires, en dehors du législateur, les individus. »³, et l'obligation naturelle comme reconnaissance du pouvoir judiciaire du juste, du devoir de reconnaissance⁴ (bref, nous pensons que l'approche différente entre le droit naturel et le droit positif, « l'opposition entre les défenseurs de l'un et de l'autre est parfaitement stérile »⁵). Pour notre objet, le devoir de respect aux aînés ne peut se dérober de son origine éthique évidente, « au sens de coutume et d'usage [est] un ensemble de normes transmises de génération en génération, héritées en quelque sorte par la société, et qui peut conditionner le comportement de l'homme »⁶. Une nature humaine quasi constante, reprise par l'idée de juste : « élément permanent de la nature humaine... mais la notion du juste et de l'injustice est infiniment variable et changeante »⁷ disait M. Jèze sur l'existence d'un « droit

¹ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, t. I : *La règne du droit-Le problème de l'État*, Fontemoing et Cie, 1927. pp. 66 ; *Les transformations du droit public*, 3^e éd.p.82.

² DUGUIT Léon, *Études de droit public*, Tome I, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 23 et s., in PIOT Alice, *Droit naturel et réalisme, Essai critique sur quelques doctrines françaises contemporaines*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 33.

³ BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, BRUYLANT LGDJ, 1998.p. 41.

⁴ En ce sens, la Cour de cassation a restreint le devoir de reconnaissance à « une obligation naturelle de fournir des aliments » entre le donateur et le donataire, Requête, 1^{er} décembre 1919, D. 1920, I, 5, note G. Ripert, Recueil Sirey 1921, 1, 127, in PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation)*, Tome II, 2^e édition, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.p. 19.

⁵ BOBBIO Norberto. p. 51.

⁶ IMBIKY Anaclet, *Déontologie et responsabilité des magistrats à Madagascar*, Éditions Créons, 2013.p. 10.

⁷ JEZE, M. G, Les principes généraux du droit administratif, op. cit., p. 32., in PIOT Alice, *Droit naturel et réalisme, Essai critique sur quelques doctrines françaises contemporaines*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 20 et s.

idéal » même s'il ne voyait le droit idéal que ce que les hommes croient l'être. C'est effectivement cette idée du positivisme pur, ramenant tout le droit à la notion de droit positif que M. Capitant ne reconnaît le « droit idéal » qu'en tant que « notion contraire »¹ (toute notion [y compris positiviste] implique une notion contraire). Nous ne contredirons pas ces acceptions, mais ajoutons que le droit « effectivement appliqué » en pratique ne se fonde pas seulement sur les textes de droit prédéfinis, la justice en vertu de l'équité et du contrôle de proportionnalité corrige même au cas par cas les effets excessifs ou pervers des textes. Par conséquent, faute d'être prévue et transcrite par le législateur, la règle dans l'état de nature fut appliquée par les juges et trouva l'appellation d'obligation naturelle ; c'était ce pouvoir d'appréciation et d'interprétation du juge que l'École de l'Exégèse craignait, car « le juge pourrait déformer la pensée du législateur, qui est aussi la volonté du peuple »².

283. L'esprit du juriste à la rencontre de l'idée d'une obligation naturelle fait un réflexe mental à l'idée du droit naturel et de son précepte moral ou religieux invoquant sporadiquement le juste, l'injuste, le mal et le bien³ : le tout serait à apprécier par l'homme et pour l'homme individuellement ou dans la vie en société à la recherche du bien individuel sans négliger le bien pour autrui. Mais encore, faut-il aller plus loin pour résoudre l'énigme philosophique que tant d'auteurs ont essayé si l'on doit considérer le droit naturel propre à la personne humaine ou le droit naturel selon la nature du droit, nous nous abstenons.

Exemple. Dans cette perspective de la recherche du juste et dans la transformation du droit naturel en règle juridique, citons le contrat du « *Fehivava* »⁴ dans le droit traditionnel malgache. C'est un contrat de vente « temporaire » dont les effets et la forme sont à rapprocher au nantissement immobilier et à l'hypothèque du droit moderne. La personne qui vend une parcelle à une autre personne s'oblige à lui remettre le prix fixé dans un délai déterminé : le créancier-gagiste (ou propriétaire éphémère) faute de paiement du prix au jour fixé dans le contrat ne deviendra pas propriétaire *de plano*. Cependant, il a le droit de disposer, de vendre le bien pour se faire payer jusqu'à concurrence seulement du prix consenti, le reliquat du prix de la vente sera à verser au vrai propriétaire débiteur. Cet usage fut parmi ceux qui faisaient l'objet de rédaction en priorité par les autorités royales à l'aube

¹ CAPITANT René, *Introduction à l'étude de l'illicite*, L'impératif juridique, Thèse, Paris, 1928, p. 122.

² RIPERT Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1948, p. 46.

³ « Le bien et le mal, comme le vrai et le faux, sont affaires d'observation et d'expérience » selon l'école inductive, in MILL John Stuart, *L'utilitarisme*, Alcan Félix, 1889, p. 4.

⁴ Art. 244 et s. du code de 1881.

du droit écrit malgache. D'une part, pour contenir les règles régissant les relations entre les personnes, et d'autre part, pour atténuer les abus des prêteurs sur gages : l'acquisition définitive par le prêteur, du bien en cas de non-paiement de la dette, est strictement interdite par l'ancien droit « *Tsatoka* ». La règle morale de remboursement du trop-perçu, d'abus de droit ou d'enrichissement sans cause, s'est métamorphosée en règle légale du droit positif.

284. Du fait de la qualification commune entre le droit et l'obligation, nous pensons que la notion d'obligation naturelle ne peut découler que du droit naturel et ils se répondent « naturellement » sur la base du juste et de la justice. Et ce dans une notion moins profonde de droit naturel, mieux adapté, et dont le contenu inclut la valeur inhérente de la personne humaine, des règles proches de la vie¹ (morale et juridique). Des règles reconnues et appliquées par les juridictions judiciaires qui en font des règles positives, « le droit, œuvre rationnelle, formulation des règles prenant en compte des substratums métajuridiques ». « La théorie de l'obligation naturelle est née de l'analyse des devoirs de conscience faite par les canonistes »², l'obligation naturelle ne peut se justifier que par la nature propre à l'homme, par la conscience de l'homme de distinguer le bien du mal, d'une ordination divine ou de la justice humaine adaptée à sa vie et à son entourage. En soulevant l'histoire du droit, on opposait souvent le droit primitif (ou ancien) au droit moderne, si le premier semble tirer sa force par une autorité (supérieure) naturelle, divine, ou royale, le second tire son autorité par l'organisation moderne des sociétés en État assurant la validité des règles et de leur sanction : indifféremment, la force contraignante des lois positives est toujours assurée par une autorité supérieure.

III. Éléments de comparaison de l'obligation naturelle

A. L'obligation naturelle du droit malgache

285. Après la codification des éléments jugés urgents du droit civil et du droit pénal, le législateur malgache a adopté la loi n° 66-003 relative à La Théorie générale des Obligations³.

¹ GÉNY François, *Science et technique en droit positif, Tome II, Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »)*, Recueil Sirey, 1915., n° 172, p. 393-399, in PIOT Alice, *Droit naturel et réalisme, Essai critique sur quelques doctrines françaises contemporaines*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 80-81.

² RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949. , n° 192.

³ Qui rassemblait et complétait les textes antérieurs relatifs aux preuves des obligations civiles (ordonnance n° 62-007 du 31 juillet 1962), aux obligations considérées indépendamment de leurs sources (ordonnance n° 62-037 du 19 septembre 1962) et enfin aux sources des obligations civiles (ordonnance n° 65-003 du 9 juin 1965).

1) Définition de l'obligation naturelle selon l'art. 48 de LTGO

286. L'art. 48 de la loi sur LTGO prévoit que l'obligation naturelle est fondée sur le « respect d'une obligation morale, d'une règle d'honneur ou d'une obligation civile qui a perdu sa force obligatoire. Elle n'est pas susceptible d'exécution forcée ». Cette définition, compte tenu des caractéristiques de l'obligation naturelle et du rapport entre la morale et le droit, nous donne satisfaction de la reconnaissance du droit positif d'une obligation morale : d'autant plus que nous retrouvons le terme « respect », principal objet de notre étude. Cependant, nous remarquons que le législateur malgache ne s'arrête pas à la qualification de l'obligation naturelle de l'obligation morale, mais l'étend à la règle d'honneur et à celle de la doctrine classique de l'obligation imparfaite. Cette définition faite par le législateur malgache se trouvait plus tard dans celle de M. Carbonnier plaçant la demeure des obligations naturelles entre l'obligation civile et le devoir purement moral, dont il est plausible d'aller à leur recherche des deux côtés à la fois¹. Ce dernier parlait de la découverte des deux catégories d'obligation naturelle : les obligations civiles dégénérées ou manquées et les devoirs de conscience transformés en obligations naturelles, mais rajoute la possibilité d'une troisième que sont les « Dettes d'honneur ». Ces définitions font une synthétisation entre la doctrine classique et la doctrine moderne de l'obligation naturelle, mais introduisent la règle d'« honneur » qui implique en termes d'obligation un créancier et un débiteur.

2) L'assimilation de l'obligation naturelle à l'obligation imparfaite

287. Selon Pothier, les obligations imparfaites sont différentes des obligations naturelles (« Celles-ci ne donnent aucun droit à personne contre nous, même dans le for de la conscience »)² en donnant l'exemple d'un manquement de rendre à son bienfaiteur un service que la reconnaissance l'obligeait à lui rendre, faut-il prendre en considération l'évolution du droit et les bornes temporelles qui séparent ces acceptions à ceux de nos jours de presque trois siècles. Il considéra les obligations imparfaites comme des devoirs moraux que la jurisprudence assimila à de véritables obligations naturelles. Ces allégations datent de l'ancien régime, le Code civil reconnaît depuis plus de deux siècles la sanction de l'ingratitude et ouvre l'opportunité à celui qui est lésé l'action en révocation de la donation ou de l'enrichissement sans cause ou encore de la répétition de l'indu. Toutefois, il existe toujours des devoirs moraux qui, sanctionnés par la morale sociale, manquent de sanctions prévues par

¹ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 18.

² POTHIER, *Traité des obligations*, n° 191-2, in SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 273.

la puissance publique, aussi les qualifie-t-on parfois d'obligations imparfaites¹. Le caractère d'une obligation naturelle se manifeste par un devoir moral supposant un débiteur, mais que le créancier ne peut demander son exécution : autrement dit, soit c'est le statut du créancier en lui-même qui n'existe pas ou soit c'est la créance que le droit positif ignore. Nous reprenons l'exemple d'une donation rémunératoire : conscient du service rendu par un ami, qui dans l'usage n'est pas rémunéré. Le devoir de reconnaissance nous rappelle à chaque fois qu'une occasion se manifeste envers notre bienfaiteur, sauf que le service n'est pas estimable en argent : l'objet de ce devoir de reconnaissance est donc incertain. L'ami bienfaiteur n'est pas reconnu non plus comme créancier puisqu'il ne peut exiger quoi que ce soit comme créance. Il en résulte que l'obligation est doublement imparfaite² en considérant que son objet est indéterminable et le bénéficiaire n'est pas créancier d'équité. Et l'on ne manquait pas de traiter de bonnes vieilles règles³ ces dispositions de droit civil ou administratif dépourvues ou dépouillées de sanctions par suite d'abrogation, car inadaptées ou exorbitantes, ce sont des lois imparfaites dérogeant le caractère traditionnel d'un droit ou d'une règle associée à une sanction (p. ex., la déclaration sur l'honneur, ou en matière de convention internationale dépourvue de sanction en cas d'inexécution), ou encore « le respect » que les fédérations sportives ont introduit dans les stades, dans leur charte, mais qui reste idéal.

288. Le devoir de reconnaissance est sacré pour le malgache : « Raha izay soa nifanaovana ela fahiny izay tokoa, dia tsy hay atao maty mangina toy ny otrik'afon'apombo... Na dia tsy malahelo ny tenako be aza, dia tsy maintsy hahatsiaro ny an'entan-kitaiko (ny soa natao azy) ». Il en découle de cet adage dans les relations familiales, et amicales qu'après des années écoulées, le souvenir d'un bienfait ne peut s'éteindre tout seul. L'ignorance et la non-reconnaissance des bienfaits reçus équivalaient à un délit sévèrement réprimé par les autorités royales de l'époque⁴, comme un vol par le fait que l'on ne renvoie pas le service rendu par les siens ou par la communauté. Ces règles coutumières diffèrent totalement de l'appréciation de l'obligation naturelle du droit positif, ce qui pourrait générer un conflit entre la loi et la coutume. En effet, le législateur malgache optait plutôt pour la solution du droit français que

¹ CARBONNIER Jean.p. 18.

² SAVATIER René.p. 313.

³ DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2021.p. 35.

⁴ « Nankamasinina sy nankatoavina izany ny kely manana ny azy, ny be manana ny azy izany ;... Teo ampanjakan'Andrianampoinimerina, dia mafy ny lalàna tamin'ny halatra sy ny vonoan'olona, ho hidin'izany zo izany tsy hivaha », in MERINALAVASOFINA, « Ny Ntaolo sy ny lalàm-pitodran-tena (Fihavanana na ny Fisakaizana) », *Isan'Andro 1943*, 1943.06.19.p. 1.

de reconduire l'esprit du droit traditionnel dans la théorie des obligations. Si l'obligation naturelle est une obligation civile imparfaite, parce qu'elle était soit dégénérée, soit avortée, l'obligation civile dégénérée désigne une ancienne obligation civile qui avait perdu sa force : p. ex., une obligation prescrite ; le cas le plus typique d'obligation civile dégénérée est celui de la dette éteinte par prescription¹ (si le débiteur exécute le paiement en parfaite connaissance de la prescription dont il bénéficie les conséquences, il ne sera plus reçu en action de la répétition de l'indu). Alors que l'obligation civile avortée est une obligation qui n'avait pas pu naître civilement à cause d'un vice qui l'avait infectée à son origine même, ou une obligation qui n'a jamais été civile selon l'analyse romaine² : p. ex., malgré sa nullité, la promesse de l'esclave (dépourvu de personnalité juridique) faisait naître une obligation naturelle, devenant civile le jour où il était affranchi³. M. Campion apporte sa critique sur les partisans de la thèse de l'obligation dégénérée pour laisser apparaître l'obligation naturelle comme une obligation à laquelle la force obligatoire fait défaut et cite quelques exemples : « Point d'obligation naturelle à charge des parents pour établir leurs enfants. Simple devoir moral... Point d'obligation non plus à charge des collatéraux de se fournir des aliments... ». Il conclut d'après sa démonstration que les obligations naturelles sont à ranger parmi les devoirs d'ordre moral et ne constituent pas une catégorie spéciale d'obligations civiles⁴. Ce qui paraît cohérent dans la classification du devoir moral, mais il est indéniable que les obligations morales accèdent à la vie juridique et ne peuvent qu'appartenir aux obligations civiles quand les tribunaux tranchent les litiges au nom du devoir moral chaque fois que les circonstances se basent sur les notions d'abus ou d'équité. L'instabilité des sanctions relatives aux obligations familiales intergénérationnelles est due à la variété de son objet d'application : p. ex., le manquement aux obligations de respect à ses père ou mère est sanctionné par l'indignité si l'enfant porte atteinte à la vie d'un ou de ses parents ou ascendants. La sanction répond uniquement à la condition que la victime succombe aux violences qu'elle a subies, même si le droit français a depuis évolué pour adapter l'indignité successorale à toutes violences physiques, il manque des considérations des violences verbales qui sont parfois les prémisses

¹ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 18.

² « Certains auteurs soucieux de maintenir une limite nette entre la morale et le droit et de conserver aux principes juridiques leur caractère de rigoureuse logique ont vu dans l'obligation naturelle une sorte d'obligation civile dégénérée, une obligation civile imparfaite », in CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927.p. 117.

³ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Éditions Cujas, 1995.p.673

⁴CAMPION Lucien.p. 120.

des violences physiques. Bref, l'évolution du droit et la spécialisation des règles juridiques qu'il a comme progression objective n'impliqueront-elles pas la perfection et la prévision de sanctions des règles qu'il impose ?

3) La règle d'honneur

289. L'assimilation de la règle d'honneur à l'obligation naturelle est la création du législateur dans LTGO, cependant la règle d'honneur n'est pas définie par la loi elle-même et reste donc une notion vague sinon obscure. D'abord, il faut se demander quelle est cette règle. Si une règle, une norme doit s'imposer, il va falloir qu'elle soit au moins considérée comme telle par tous, incluant la puissance publique. Elle répond donc à la définition de la coutume juridique qui pour s'imposer en règle juridique nécessite l'intervention du juge, de plus sa qualification d'obligation naturelle lui ôte toute demande en exécution. La règle d'honneur peut se manifester sous des appellations différentes, devoir d'honneur, engagement d'honneur, engagement sur l'honneur, etc. Ci-après quelques exemples pour nous éclairer : 1/ Engagement d'honneur : entre États, ou entre membres d'une même famille, ou entre amis, ou dans les relations d'affaires existent souvent des « engagements d'honneur » (*gentlemen's agreements*). Ce sont des accords dont les parties subordonnent l'exécution à leur loyauté respective ; elles s'interdisent de soumettre leurs différends à des tribunaux, même arbitraux. Leur portée est obscure. La doctrine estime généralement qu'ils se situent en dehors du droit¹, ou appartiennent au non-droit². 2/ Engagement sur l'honneur : la justice française le reconnaît sous condition ; en matière commerciale, l'engagement sur l'honneur ne saurait être une obligation naturelle, l'arrêt de la Cour de cassation³ est sans équivoque, a jugé que compte tenu des conditions réalisables de l'engagement sur l'honneur auquel les défaillants n'ont pas respecté, d'abord parce qu'ils ont clairement reconnu leurs dettes par l'engagement sur l'honneur par écrit, et vu la capacité d'exécuter leur engagement ils se sont abstenus de mauvaise foi : l'engagement sur l'honneur est une obligation civile qui lie celui qui s'est engagé à respecter. 3/ En matière familiale, la Cour de cassation⁴ a jugé qu'il n'y a pas de

¹ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent.p.203.

² CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, LGDJ, 1988.p.23

³ « La Cour d'appel a, d'une part estimé à bon endroit que l'engagement pris "sur l'honneur" par Pourcel de rembourser le solde débiteur de son compte à la banque ne pouvait être considéré comme une simple obligation naturelle et, d'autre part, souverainement apprécié qu'eu égard aux disponibilités dont ils jouissaient, les époux Pourcel étaient en mesure de payer » Cass. Com., 23 déc. 1968, B. IV, n° 374 ; D., 69, somm. 71 ; R. com. 69.555.

⁴ Cass. Req. 25 février 1835, Jurisprudence générale (Jur. Gén.) v° Déni de justice, n° 14.

déni de justice dans le refus des juges de prononcer la nullité d'un acte qui ne renferme qu'un engagement d'honneur et ne forme aucun lien civil ; en l'espèce, un frère avait promis sur l'honneur à ses sœurs de ne pas acquérir les biens de leur mère à un prix inférieur à une valeur déterminée ; jugé qu'il n'y avait pas à statuer sur la demande¹. Ici encore, la décision de la Cour de cassation française en matière familiale confirme par déduction que l'engagement sur l'honneur est une obligation civile qui s'impose à celui qui l'a pris de s'y conformer.

290. Bref, nous considérons qu'au vu des décisions de la justice et de la doctrine² en classifiant l'honneur dans les biens extrapatrimoniaux des personnes, le législateur malgache accusait un recul plutôt sur l'assimilation de la règle d'honneur à l'obligation naturelle en matière civile, elle ne pourrait être qu'une obligation civile, son inexécution de mauvaise foi encourt le rejet, voire des sanctions pénales : ce que l'obligation naturelle ne risque jamais.

B. Éléments de droits continentaux européens

1) Droit romain et droit français

291. La comparaison de l'obligation naturelle en droit romain et en droit français faite par M. Pothier³ au 18^e siècle se résume respectivement par l'exclusion de la demande en paiement et du défaut d'action pour la défaveur de la cause ou de la qualité du contractant. Dès le début du 19^e siècle, la question de l'existence de l'obligation naturelle est une question de fait,

¹ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Éditions Cujas, 1995.p.203.

² Voir entre autres : BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, Paris, 1995. ; LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983. ; RIGAUX François, *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, É. Bruylant Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990. ; LEFEBVRE Philippe, *Le droit et l'honneur, sous la direction de Carbonnier Jean* [microfiche], Thèse dactylographiée, Poitiers, 1947. ; STEULLET Alain, *La victime de l'atteinte à l'honneur, Étude de droit pénal et de procédure pénale suisses*, Éditions Ides et Calendes, 1983.

³ POTHIER, Traité des obligations, n° 191-2, in SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.pp. 271-272 : « On appelait dans le droit romain obligation naturelle, celle qui est destituée d'action, c'est-à-dire, qui ne donnait pas à celui envers qui elle était contractée le droit d'en demander en justice le paiement. « Telles étaient celles qui naissaient de simples conventions qui n'étaient revêtues ni de la qualité de contrat, ni de la forme de la stipulation. « Ces obligations étaient très favorables... C'est pourquoi, à cela près qu'elles étaient destituées d'action, elles avaient tous les autres effets que peut avoir une obligation civile. « Selon les principes de notre droit français... ces obligations naturelles du droit romain sont dans notre droit de véritables obligations civiles ». « Celles qu'on peut appeler dans notre droit obligations purement naturelles sont : « 1° celles pour lesquelles la loi dénie l'action par rapport à la défaveur de la cause dont elles procèdent... « 2° celles qui naissent des contrats des personnes qui, ayant un jugement et un discernement nécessaire pour contracter, sont néanmoins, par la loi civile, inhabiles à contracter ».

souverainement soumise au juge du fond : jugeait la jurisprudence française¹. La tendance de la doctrine est unanime ou presque en classant suivant le degré de la reconnaissance juridique du devoir moral au stade de l'obligation naturelle et de l'existence de l'obligation civile. Un classement supposant la supériorité de la qualité juridique de l'obligation naturelle au devoir moral, peut-être dans une législation formaliste où aucun droit n'existe autant qu'il a été acquis, par certaines personnes, suivant des formes obligatoires². Or, « ... là où la loi positive est muette, on doit, pour suppléer à ses lacunes, s'adresser à la loi naturelle, à l'équité »³, à condition que celle-ci ne soit pas contraire aux lois. M. Savatier, d'après l'intention des juristes du Conseil d'État reprenant les paroles du tribun Jaubert⁴ et de l'idée de M. Bigot-Préameneu, arriva à donner une synthèse de ce qu'est l'obligation naturelle, d'après le Code civil, *le devoir moral qui, sans l'intervention formelle et contraire de la loi, aurait été civilement obligatoire*, en vertu de la force de l'équité, et en vertu, aussi, dans beaucoup de cas, de textes législatifs venant corroborer la force de l'équité⁵.

292. D'une part, certaines situations créent à charge des individus des devoirs moraux qui peuvent se transformer en obligations naturelles : p. ex. à propos de l'idée d'assistance en droit privé⁶. D'autre part, elles resteront à jamais des devoirs moraux laissant la conscience réagir à la place du droit. Le devoir moral change de nom, en quelque sorte, en obligation naturelle quand la justice lui attache des conséquences juridiques puisqu'il est caractérisé par l'absence absolue de moyen direct ou indirect permettant d'en exiger l'exécution⁷, nous pensons aussi qu'il doit porter sur un objet certain, élément essentiel de toutes obligations confondues. Un autre exemple concret de notre étude concerne « *la Caritas generis humani* »⁸ ignorée par le droit au même titre que l'obligation générale de reconnaissance. En effet, l'objet n'est pas déterminé dans certains cas où recevant les bienfaits d'une personne, il pourrait arriver à notre tour le devoir de lui rendre la pareille. Mais cela reste un devoir moral,

¹ Cass. 22 août 1826, D., Rép., V^o Disposition, n^o 131 ; Cass. 10 janvier 1871, Sirey, 1877, I, 72.

² SAVATIER René. p. 268.

³ *Ibid.* p. 3.

⁴ Locré, XIII, p. 45 g. – Fenet, XII, p. 33 g.

⁵ SAVATIER René. pp. 274-275.

⁶ CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927.p. 117.

⁷ ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929.p. 137.

⁸ « La charité du genre humain », reconnue par le judaïsme comme le synonyme de justice et figurant dans le principe de « *Tsedaka* » comportant les huit niveaux de « donner », par ailleurs reconnue comme une des trois valeurs du christianisme aux côtés de la foi et de l'espérance.

une dette morale que seule la conscience réalise, le primo bienfaiteur ne pourra demander le paiement du bien ou du service qu'il a accordé librement, et que la loi lui interdira de reprendre, sauf dans des conditions spécifiques. Cependant, si la personne qui a reçu le bien ou service décide à son tour d'offrir son service ou d'assister son bienfaiteur devenu indigent ou en grande difficulté, il s'agit d'une obligation naturelle reposant sur un devoir moral, non point pour anéantir la dette morale, mais d'un acte libre, équitable et volontaire.

2) Droits suisse et allemand.

293. « La justice, dit Stahl, se présente sous deux formes : d'un côté, la justice protectrice (*Schütz Ende Gerechtigkeit*) qui se borne à mettre à l'abri des atteintes des autres hommes le droit qu'elle reconnaît à l'un deux : c'est le *suum cuique* que nous ont légué les textes romains ; de l'autre, la justice rémunératrice (*vergeltende Gerechtigkeit*), d'après laquelle toute violation d'un devoir, à la supposer consciente, appelle une peine venant rendre manifeste aux yeux de tous l'autorité éternelle de l'ordre moral (*die ewige Herrschaft der ethischen Ordnung*). C'est cette dernière forme de la justice reposant sur une conception plus profonde de la nature des choses que nous révèle le droit athénien... »¹. Il en est ainsi de l'art. 72, § 2, du Code fédéral suisse : « on ne peut répéter ce qu'on a payé pour acquitter une dette prescrite ou pour accomplir un devoir moral » et du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) art. 814 : « Ce qui a été presté indûment ne peut être répété si l'auteur de la prestation a su qu'il n'était pas obligé de la faire, ou si la prestation a eu pour but de satisfaire à un devoir moral ou aux convenances ».

294. La solution que donne la comparaison nous démontre une ligne quasi statique en droit, le devoir moral est aligné à une obligation naturelle par ses effets irrépétibles, ce qui les distingue d'une obligation civile. Dans le CCF, le terme « obligation naturelle » n'apparaît qu'à travers l'article 1302, al. 2 (anc. 1235, al. 2) : « la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ». Il en est de même de l'art. 50 de la LTGO qui n'admet pas l'action en restitution à l'égard des obligations naturelles qui ont été acquittées en connaissance de cause. Ce qui signifie que les prestations ou services rendus reconnus comme obligations naturelles par la justice ne sont pas susceptibles de paiement. L'obligation naturelle est ainsi assimilée au devoir moral, où sans l'intervention contraire de la loi ou de la justice, elle trouverait sa force obligatoire : elle devient une obligation civile parfaite lorsque cette obligation consiste en « un lien de droit que

¹ STAHL, Philosophie des Rechts, II, 1, 5e éd., Tübingen et Leipzig, 1878, p. 161 et s., op.cit., in HUGUENEY Louis, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse, Dijon, 1904. P. 33-34.

les tribunaux sont appelés au besoin à sanctionner... »¹. En effet, l'analogie d'imprécision entre les concepts d'ordre public, de bonnes mœurs, et d'obligation naturelle permet au juge de rapprocher la morale et le droit² et de ne pas les confondre. Dans les cas où la loi fait défaut, alors que la coutume peut donner la solution : le juge en recourant à l'équité dans sa décision n'exclut pas de sanctionner le devoir moral, et le transforme en obligation juridique : obligation naturelle ou obligation civile. Ci-après, comment le droit s'intéresse-t-il à ce devoir moral ou quand est-ce que le devoir de respect aux aînés accède à la vie juridique ?

CHAPITRE II. Le devoir de respect aux aînés : une obligation juridique

295. En continuant sur cette lancée de la distinction entre la morale et le droit, trois critères ont été proposés à savoir « leurs sources, leur caractère obligatoire et leurs fins »³, autrement dit si une règle morale ne remplit pas ces trois paramètres devenant alors des conditions, elle n'accédera pas à la règle juridique. À priori, l'origine de l'obligation de respect aux aînés semble différer de ce que nous rencontrons de nos jours où l'obligation a pour source la loi ou le contrat faisant force de loi du principe *pacta sunt servanda*⁴. « Une personne peut être obligée, soit parce qu'elle l'a voulu, soit parce que la loi le lui impose »⁵ : l'obligation juridique implique un lien de droit entre deux personnes, elle-même peut être une obligation civile ou naturelle. Pour que le devoir de respect aux aînés soit une obligation juridique, il faut que la loi l'impose ou la justice la reconnaisse : si la loi est obscure, nos regards doivent se tourner vers les autres données qui pourraient justifier sa qualification d'obligation juridique. La philologie comprise comme science du texte⁶ représente deux formes d'interprétation, soit d'une méthodologie critique, soit celle développée par l'École historique et l'École de l'exégèse. Cette deuxième méthodologie nous intéresse dans le sens où le droit positif trouve

¹ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 89.

² ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929.p. 140.

³ MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick, *Introduction au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2022.p. 56.

⁴ Locution latine affirmant le principe majeur selon lequel les traités et, plus généralement, les contrats doivent être respectés de bonne foi par les parties, Lexique des termes juridiques 2017-2018, in « DALLOZ Etudiant - Actualité : Pacta sunt servanda ».

⁵ MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2021.p. 543.

⁶ FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien, *Décrire le droit...et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, 2017, p. 141 et s.

son explication dans son histoire et que le Code civil celle de sa « vérité historique »¹. « L'histoire du droit permet de comprendre le droit positif, qui dans sa physionomie présente est tributaire du passé »² : un rapprochement peut être fait de ces ouvrages relatant les droits coutumiers malgaches à ceux des coutumiers Français avant la rédaction des coutumes depuis le XVe siècle où selon Jean Bart la démarche de leurs auteurs (juristes) n'est que des sortes de « récits » rapprochant celles des poètes et des romanciers³. Des textes qui ne sont pas normatifs, mais qui racontaient le droit. L'obligation de respect aux aînés était imposée par la législation orale, puis reprise sans être soulignée expressément par les Codes ultérieurs. Les règles coutumières et la loi plus tard ont donné naissance à cette obligation indépendamment de la volonté d'un individu, imposée par un fait juridique : la filiation. « L'origine religieuse et le fondement moral du droit n'ont pas eu pour seule conséquence une identité de termes, mais entre ces termes une communauté de sens certaine »⁴ : l'impérativité de la loi. La coutume malgache occupe une place équivalente à celle de la loi dans les sources du droit : elle est une « conduite adoptée par tous et depuis si longtemps que nul ne se souvient de son origine et que tous croient en sa nécessité... »⁵. M. Cornu affirme d'ailleurs que « le droit n'est pas le seul régulateur de la vie en société »⁶ : si la reconnaissance de la coutume comme source de droit est généralement reconnue, sa place diffère dans l'ordre juridique considéré (principale ou subsidiaire), c'est pour cette raison que nous sommes contraints de voir toutes les sources coercitives du devoir de respect aux aînés.

SECTION A. Le fondement du devoir de respect aux aînés

296. La plupart des ouvrages et traités sur les obligations ne mentionnent qu'en marge les obligations familiales : la raison n'est pas surement un déni du droit, mais de son caractère spécial rattaché au droit de la famille dont les conditions, les effets, et les sanctions sont limitativement et strictement définis par la loi ; elles dérogent aux régimes des obligations contractuelles. Mais affirmer que le droit positif ne peut découler que des normes édictées par

¹ FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien, *Décrire le droit... et le transformer. Essai sur la décriture du droit*, Dalloz, 2017.p. 141 et s.

² LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 15.

³ FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien.p. 24

⁴ RABUT Albert, *La notion de faute en droit privé*, Thèse, Paul Cézanne, 1949.p. 19.

⁵ DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2021.p. 63.

⁶ Op. cit., in AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2020.p. 11.

l'autorité publique ne peut que confirmer l'absolutisme de l'État alors même que la justice dont chacun attend du droit ne saurait provenir du jugement arbitraire de l'État ou de ses organes en ôtant « au droit la base sur laquelle il repose, la loi divine naturelle et positive et par là même immuable »¹ : le droit de la famille ne peut ignorer ses fondements idéologiques. En effet, la source d'une règle juridique correspond parfois à des règles religieuses : il est néanmoins important de préciser que de telle distinction ne s'opère pas dans des États non laïcs, comme les États musulmans, ou le Vatican qui choisissent la religion de l'État. L'obligation née du devoir de respect aux aînés est une obligation purement légale, car le fait qu'on attend de son débiteur est licite, et d'un objet certain. Cette qualité d'obligation légale n'arrive pas par hasard, nous ciblerons donc les sources idéales, réelles, historiques et rationnelles : fondement de sa source juridique.

I. Les sources idéales : La religion

297. L'objet de cette approche va déterminer les limites du droit et de la morale pour mieux comprendre une règle morale devenue une règle légale : si la première provient des sources idéales, la seconde est consacrée par une autorité qui en assure la sanction ; l'une et l'autre obligent. « La règle religieuse veille au salut de l'être humain dans une rencontre d'amour avec Dieu »², cette acception sous-entend un sauvetage, une échappatoire à la justice divine, à la damnation éternelle et indique sa finalité par l'obtention de la vie éternelle. Cette croyance de la vie après la mort qui s'obtient par un « salut » dans un ultime « jugement » ne peut se dérober du comportement de l'homme vivant en société, le pécheur n'atteindra la destination promise que s'il confesse de ces péchés. Cependant, malgré les préjugés dogmatiques de l'« homme pécheur », il n'est pas stigmatisé dans cette caractéristique dans la vie sociale. La révélation au sens large³ est l'affirmation solennelle d'une loi morale ou juridique, comme l'expression d'une vérité supérieure : ne pas faire du mal à son prochain.

298. Historique. Dès sa montée au trône, en levant des pierres, *Orim-bato*, témoin de son autorité, Andrianampoinimerina⁴ leva ses mains vers le haut et pria « *Andriananahary* »

¹ SCARPELLI Uberto, GIANFORMAGGIO Letizia et CLAVREUL Colette, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, LGDJ Bruylant, 1996.p. 89.

² AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric.p. 13.

³ JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2015.p. 31 et s.

⁴ RAVELO Mpitandrina, « Orim-bato sy vavaka nataon'Andrianampoinimerina raha vao nandray fanjakana izy », *Teny Soa, Krüger Etienne, Gérant responsable*, juin 1930.p. 92.

(Dieu) pour la bénédiction de son royaume et l'exhorta pour que le « *fahamarinana* »¹ fût avec lui et son peuple (*Ambanilanitra*) et pour la prospérité de la grande terre où il régna. Un des sénateurs « *Tsimahafotsy* » répondit au discours et au questionnement que le roi posa, en disant que : pour que la paix et la prospérité soient avec le peuple, le roi « *Imboasalama* » dispose d'après son exhortation à Dieu et aux ancêtres des bonnes intentions qu'ils lui auraient accordées. Les souverains Malgaches étaient considérés comme des « Dieux » ou du moins leurs descendants² ou représentants dans la vie sur terre : ils étaient traités comme tels par le peuple et que leurs discours aient été compris non seulement comme des règles juridiques (*Lalàn'ny fanjakana* ou lois de l'État royal), mais aussi des règles divines.

299. Cette vérité supérieure peut dans le cas des sources du droit malgache provenir du culte des ancêtres avant toute autre source religieuse. Ce qui nous emmène à traiter en premier le sujet au niveau des conseils et recommandations laissés par les anciens oralement et par répétition aux générations qui se sont succédé. Le second aspect du positivisme juridique en tant que théorie du droit, c'est-à-dire à la conception étatiste du droit, selon M. Bobbio, est « ... au regard de la définition générale du droit, son caractère impératif et coercitif ; au regard de l'ensemble des règles et de l'ordonnancement, leur caractère complet et cohérent ; au regard de la théorie des sources, la considération de la loi comme source principale, l'abaissement du droit coutumier au rôle de source subsidiaire et inférieure, l'élimination, du nombre des sources, du droit judiciaire... ». Nonobstant l'idée rigide du positivisme juridique, il existe des sources du droit positif, secondaires, subsidiaires ou encore originaires selon les cas à savoir la jurisprudence, le droit coutumier, les règles religieuses. M. Delabrousse confirmait l'existence dans certaines civilisations anciennes « avec le caractère d'une institution patriarcale inspirée par un sentiment religieux, le culte des ancêtres et par un besoin social énergétique de concentration de l'autorité familiale »³ en parlant du droit d'aînesse dans les peuples sédentaires contrairement à ce qui se passait dans les tribus nomades où la règle était la juveignerie favorisant l'hérédité au plus jeune fils. Dans les règles coutumières

¹ Peut être traduit en français comme la vérité, l'honnêteté, la droiture, la sagesse, etc.

² Rahaga, Devin de la Cour, noble, adressant au Roi Radama II en 1863 salutation disait : « Radama Deux, Pilier du Temple, Aigle divin, « Fût de pierre levée au flanc de la Colline, « Hommage, Fils du Ciel ! », in RABEMANANJARA Jacques, *Les Dieux malgaches*, Hachette, 1964.p. 16.

³ DELABROUSSE L., La grande encyclopédie, *Inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts par une société de savants et de gens de lettres*, t. I, Paris, H. Lamirault, 1885-1902, p. 997-998., in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 527.

consacrées par la législation orale, l'attribution des prérogatives ou des avantages à certaines personnes de la famille ne se faisait pas automatiquement, ou de plein droit, c'était plutôt la soumission à la volonté d'un « être supérieur » et de la transmission de celle-ci sur la hiérarchie familiale qui la sanctuarise. À ce stade, l'homme continuait la volonté supérieure en transmettant les règles de conduite dans la famille et dans la société, dans la vie quotidienne comme dans la vie spirituelle. Si les plus anciens étaient logiquement ceux qui s'en souvenaient des règles ultérieurement, celui qui hérite la sagesse des anciens n'était pas forcément le plus âgé, mais au mérite du courage, de l'intelligence et de la bienveillance.

A. Le culte des ancêtres

300. Comme de l'époque primitive du droit romain, en l'occurrence de la constitution de la *domus* et des attributions du *pater*, « le groupe familial a, une vocation religieuse : il a son culte propre, les *sacra privata*. On célèbre le culte des Lares et des Mânes, qui sont les ancêtres, et aussi des Pénates, petites divinités du foyer »¹ : tous les Malgaches pratiquaient le culte des ancêtres. De nos jours, 50 % de la population malgache continuent de pratiquer ces croyances traditionnelles² : ainsi dans la vie quotidienne, ils ne devaient pas faire un acte contraire à la volonté du « *Zanahary* » par peur de toute sanction divine. Selon ces croyances, les ancêtres furent les intermédiaires privilégiés de la cause humaine devant la juridiction divine : considérant le défunt comme « Saint » et « Sacré », ayant un esprit de bienveillance de leurs familles et de transmettre les vœux de ces dernières auprès de « *Zanahary* ». Il en est ainsi des demandes et des sacrifices faits en l'honneur des ancêtres avant de débiter un culte, avant toute cérémonie culturelle, avant de bâtir une maison, avant de procéder à une demande en mariage ou fiançailles, bref dans tous les actes importants de la vie où l'on implore le pardon et les bénédictions du « Créateur ». Pour les Malgaches : « les morts sont des êtres sacrés ; [ils ont] pour eux l'adoration que l'on rend à la divinité ; [ils] les aime[nt] et les redoutent en même temps... Ils les consultent comme s'ils étaient toujours vivants, comme s'ils continuaient à faire partie de la famille : ils demandent leur secours et leur appui... que les ancêtres sont des divinités qui surveillent et protègent la famille »³. Les paroles valent puisqu'un devoir, les « lois des ancêtres » sont des obligations juridiques : le respect du culte

¹ LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Editions Dalloz, 2010.p. 49.

² Présentation de Madagascar/France Diplomatie, in MINISTÈRE DE LA SANTÉ PUBLIQUE, « Plan stratégique intégré en planification familiale et en sécurisation des produits de santé de la reproduction 2021-2025 », 2021.p. 15.

³ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 30 et s.

des ancêtres était observé par la puissance coloniale, sa positivité à travers les us et coutumes locaux. D'après l'art. 9 de la 1^{re} Constitution de la République Malgache, le Président, avant la prise de ses fonctions, fera le serment suivant dans les deux langues officielles : « Je jure solennellement devant Dieu, devant les ancêtres et devant les hommes, de remplir loyalement les hautes fonctions qui m'ont été confiées, de respecter fidèlement les règles et les principes fixés par la Constitution... » Une place particulière des ancêtres confirmait le respect des règles transmises par eux dans le comportement que doivent avoir les dirigeants, le parjure serait sanctionné du châtement suprême. D'ailleurs, à la grande influence plus tard de la dogmatique chrétienne, les sages malgaches se demandaient si l'on était en train de désavouer « la sainte croyance aux Dieux de nos ancêtres... attester que le Christ est seul Dieu souverain, peut-on être Malgache et demeurer serein devant un sacrilège, un crime aussi perfide ! »¹. Blasphème, sacrilège ou crime, la dernière qualification nous renvoie à la gravité des faits reprochés à celui qui enfonce le culte des ancêtres jusqu'à renier même sa nationalité : les règles suivies formant la civilisation malgache n'étaient pas seulement sociales, mais aussi juridiques, le pouvoir royal apprécia le manquement aux règles laissées par les ancêtres. Par ailleurs, le roi Radama II, plus clément, moins sévère que ces prédécesseurs, laissa à son peuple une grande liberté de choix dans leur vie spirituelle en considérant effectivement que les dogmes chrétiens et leur mystère ne méritent pas moins « honneur et respect »². Enfin, est-il nécessaire de souligner la reprise par le CPPM des mœurs et des coutumes en formulant le serment des assesseurs des Cours criminelles, dans son art. 427 : « Vous jurez devant Dieu, devant les ancêtres et devant les hommes... ». Une importance particulière portée sur le respect de ses paroles devant Dieu comme dans différentes cérémonies judiciaires ou juridiques occidentales, mais aussi conforme à l'esprit du peuple malgache et de leur considération « aux ancêtres ».

1) La croyance d'une vie après la mort

301. Une coutume assez générale à Madagascar, pratiquée par les anciens et transmise aux générations successives jusqu'à nos jours : le « *Famadihana* » dans le centre et Centre-Sud (retournement des morts³) ou encore « *Fitampoha* »¹ dans la région ouest, est une cérémonie

¹ RABEMANANJARA Jacques, *Les Dieux malgaches*, Hachette, 1964.p. 19.

² *Ibid.*p. 21.

³ Il ne faut pas traduire littéralement le sens des mots : en effet, il s'agit de renouveler le « linceul » du défunt en rajoutant par-dessus un ou plusieurs autres. D'après la croyance, démontrant pareillement un signe extérieur de

dédiée aux aïeux respectivement tous les ans ou tous les sept ans, ou à chaque fois où le tombeau familial s'ouvre de réenvelopper la dépouille avec du « *Lambamena* » (soie naturelle de très haute qualité). C'était la seule religion que connaissait le Malgache avant l'arrivée de la civilisation religieuse dite abrahamique : ainsi, l'entretien des tombeaux, l'entretien des restes des corps des défunts sont des devoirs sacrés pour la famille qui pourrait en retour demander prospérité, fertilité, pardon, bénédiction, réussite, etc., une occasion aussi de leur adresser des remerciements. Les Malgaches vénèrent leur défunt pour les protéger, pour les épanouir spirituellement, matériellement et sentimentalement : « le tombeau est le véritable et le seul temple... le culte des ancêtres constitue en effet la véritable religion des Malgaches »². La croyance et la confiance étaient telles que « ce qui arrivait arriva, car c'est la volonté des ancêtres ». L'exemple laissé par les anciens devenus ancêtres est à suivre : il s'agit de leur sagesse, de leur bienveillance, de leur parole, de leur croyance, de leur travail, bref de leur vie quotidienne. Un adage malgache, et non moins la devise de l'Université d'Antananarivo dit « *Izay adala no toa an-drainy* » : il ne faut pas égaler son père, dans son comportement négatif que dans les bienfaits qu'il a laissés. Ainsi dans les temps les plus difficiles, les Malgaches disaient « *Raha Razana tsy hitahy, mifohaza hiady vomanga* » (littéralement : si c'est des ancêtres qui ne nous protègent pas, qu'ils se réveillent pour piocher les patates douces). De cette croyance à la vie après la mort découle deux conséquences majeures, d'une part la peur d'un mauvais sort (une malédiction) suite à une éventuelle infraction à la règle laissée par les anciens, d'autre part la peur d'une perte de soi-même quand son heure arrive de passer à l'au-delà. La moralité du système ne laisse aucune illusion, sauf que dans la réalité tout est supposition, « croire sans voir », « croire sans avoir vécu » : or dans l'esprit des sages et des anciens, il n'y a pas de liberté de choix : c'est le destin (*Lahatra*) que l'homme doit accepter. La vie éternelle comme ancêtre auprès de Dieu est le corolaire du bien qu'on a laissé sur terre, la vie de l'au-delà existe, ce n'est pas une hypothèse.

302. En ce sens, le but de la vie actuelle inclut la préparation de la seconde vie, en désirant accéder à la vie éternelle des ancêtres qui nous guident et qui nous protègent dans la vie de l'homme mortel et que nous pouvons répondre à M. Colesanti de sa question dans la Morale

richesse et d'aisance de la famille « plus il y a de *Lambamena*, plus le défunt aurait chaud et pourrait répondre à toutes prières et sollicitations de sa famille ».

¹ BARÉ J.F, *Pouvoir des vivants, Langage des morts : Idéo-logiques Sakalave*, François Maspero, 1977.

² MAESTRE Jean-Claude, *Le tombeau malgache et le droit public*, Éditions Cujas, 1965. p. 150, op.cit. de Cahuzac.

supérieure¹ : « En quoi tuer, voler, manquer à la parole donnée, pourrait, comment dire ? Nuire, nous faire tort dans cette seconde vie... C'est-à-dire représenter une mauvaise préparation ? »². Le Malgache lui répond tout simplement qu'il n'accédera pas à cette seconde vie et n'aura pas le moyen de protéger les siens et d'écouter et défendre leurs doléances auprès de « *Zanahary* » (Le Créateur) : une Morale supérieure de l'ordre spirituel malgache qui s'impose par la volonté du Créateur, par la loi des ancêtres et des hommes. Mais ce ne sont pas tous les défunts qui accèdent au rang des ancêtres, en effet les « *Zaza-rano* » ou enfants mort-nés n'y ont pas droit, d'ailleurs d'après la coutume et la croyance ils ne peuvent accéder au tombeau familial. Les raisons en sont diverses, il faut retenir la méconnaissance de la vie quotidienne de ses semblables, étant donné que l'enfant n'a pas survécu à la première difficulté de sa vie sur terre. L'enfant mort-né est enterré, encore de nos jours, à proximité du tombeau familial, mais mérite tout le respect, la dignité et la décence du reste d'un corps humain : une métaphore de la règle morale et de la règle juridique ; de la personnalité juridique, l'enfant mort-né ou l'enfant né non viable n'accède pas à la personnalité juridique ; la règle juridique ne tire-t-elle pas son origine dans la règle morale ?

2) Une norme spirituelle et sociale devenue une norme juridique

303. M. GénY François en faisait le fondement du droit naturel, « le donné total du droit positif, dégagé... de tout artifice, et s'imposant de lui-même à l'homme »³ qui doit formuler la règle de droit. « L'homme, doué de raison et de liberté, et qui, à la différence des autres animaux, n'est pas suffisamment dirigé par l'instinct, a besoin d'une norme (règle de conduite), établie par une autorité suprême, qui se propose à son intelligence, sous l'impulsion du sentiment, et dont l'exécution dépend de sa volonté. Telle est la règle émanant de Dieu, qui l'impose à l'homme, sous des sanctions d'ordres divers... cette règle morale, qui repose essentiellement sur la distinction du bien et du mal se révélant spontanément à la conscience, prend parfois le caractère de règle juridique, grâce à une injonction plus catégorique et à une sanction extérieure... »⁴. Ce postulat coïncide étonnement à la croyance des anciens Malgaches et à la production des normes juridiques, en les imposant à l'homme pour sa

¹ La morale mineure étant la morale supérieure adaptée aux diverses capacités individuelles pour guider les hommes., in COLESANTI Jules, « *Esiste una morale* », *La morale supérieure*, Traduit de l'italien de OSTA Eva, PUF, 1940., n° 67, p. 108.

² *Ibid.*, n° 46, p. 69.

³ GÉNY François, *Science et technique en droit positif*, Tome II, *Élaboration scientifique du droit positif* (L'irréductible « droit naturel »), Recueil Sirey, 1915., n° 161, p. 353.

⁴ *Ibid.*, n° 163, p. 360-361.

conduite dans la société par l'existence de sanctions divines d'une part, et l'existence de sanctions légales érigées par les autorités publiques d'autre part. Des règles de droit par lesquelles une hiérarchie spirituellement et socialement prédéfinie ne devait pas permettre à l'homme social de les enfreindre pour assouvir tout autre besoin : « c'est un spectacle bien touchant que celui de l'homme heureux de vivre en des conditions de pauvreté, de maladie, d'abjections telles qu'on penserait que la vie devrait être insupportable. »¹.

304. Une nature sociale inspirée d'un idéal supérieur, celui de la prospérité individuelle, de la solidarité, du respect, de l'harmonie entre les individus qui composent la société, mais qui doit s'imposer comme une règle morale : une règle juridique si la société elle-même par l'intermédiaire d'un être supérieur en assure la sanction ; c'est le rôle que tenait les anciens, les aînés, les sages dit-on. Les anciens Malgaches, appelés aussi « *Ntaolo* », laissaient à leur cadet, par la répétition, des bonnes manières, des règles de conduite que chaque individu devait observer à la maison, dans la rue, et devant les autorités². Le *Ntaolo* classifiait en six catégories la manière de respecter : « primo, les règles de respect dans la salutation entre les membres de la famille et envers les tiers, secundo, les règles de respect dans la façon de quitter un endroit ou une assemblée, tertio la façon de demander un passage, quarto les règles de respect dans le partage d'un trajet commun, quinto les règles de respect dans la vie ménagère puis en dernier non moins intéressant sont les règles dans les visites qu'elles soient familiales ou dans les événements de fête ou de tristesse »³.

305. Sur le plan juridique, les principaux devoirs de respect commençaient à l'endroit des parents et des aînés⁴ et s'étendaient aux membres de la famille et de la communauté. Ces règles « disciplinaires » que l'on estime de nos jours comme des règles de courtoisie ou de savoir-vivre entraînaient des conséquences juridiques, car leur sanction pouvait aller jusqu'à l'indignité successorale, au rejet familial ou communautaire, à la révocation des donations

¹ COLESANTI Jules. N° 45, p. 67-68.

² RAZAFINDRAMASINA, « Ny fanajàna teo amin'ny Ntaolo, fanajàna tamin'ny Mpanjaka sy ny Andriana, Fanajàna teo amin'ny ankohonana sy ny ankizy », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*, 1er janvier 1920, p. 7 : L'auteur rappela quatre sortes de respect dans ses articles consacrés à la sagesse et aux règles de conduite sociales, à savoir le respect entre les souverains et les nobles, le respect dans le foyer et entre amis, celui dans la rue, et enfin le respect que l'on doit avoir à table.

³ VOHITRA (J), « Fomba fanajàna fanaon'ny Ntaolo : ny fiarahabana, ny fanaovam-beloma, ny fandalovana, ny fiarahan-dalana, ny firaisan-trano, ny fotoam-pamangiana », *Ny sakaizan'ny tanora*, 1948.05, n° 698, pp. 50-52.

⁴ « ... tsy mba fahalalam-pomba fotsiny, fa noheveriny ho tsiny amin'Andriamanitra ny tsy manaja olona, indrindra fa ny ray aman-dreny na zoky... », in *Ibid.* p. 50.

pour ingratitude, et dans certains cas l'emprisonnement. Le « Respect » était une valeur sûre des anciens Malgaches : « à l'intérieur de chacune des familles des sociétés traditionnelles existe une forte solidarité entre ses membres qui s'entraident, éduquent et socialisent les enfants qui, à leur tour, entretiendront leurs parents lorsqu'ils ne seront plus autonomes »¹. Tout a été prévu pour éviter un conflit au manquement du respect : le « *Tsiny* »², toutes mauvaises conséquences relatives à la non-observation des règles de respect ne sont que des réprimandes d'« *Andriamanitra, Andriananahary* » et de la colère des ancêtres. Les tabous, l'adoration des « *Sampy* » (idoles), le fétichisme, les sacrifices observés sporadiquement dans les tribus malgaches confirment l'adhésion de la population à ces normes abstraites, supérieures³. La place des ancêtres et la continuité de la personne du défunt devenu « *Razana* » dans la vie quotidienne se reflètent dans les règles régissant le respect de la volonté du défunt, mais aussi du traitement que doit avoir toute personne décédée. Les manifestations juridiques de la croyance aux ancêtres se concrétisaient dans la dévolution successorale (le caractère religieux du droit successoral⁴) et dans les règles de conduite à avoir dans la famille, dans la société, et même dans le choix de son futur conjoint. Le culte des ancêtres comprenait des règles strictes de droit, ce qui nous permet de dire que le droit civil coutumier était un mélange de volonté ancestrale, de morale, de mœurs, de culture, d'us et d'usage, et de coutume. Auquel s'ajoutaient par la suite des règles divines introduites par le christianisme⁵, confirmant la positivité de ces règles coutumières et de la diversité des fondements du droit pour en édicter des règles de conduite sociales en vue d'une harmonisation de la société et de la vie dans les ménages. Les règles de conduite, de civilité, de savoir-être et de savoir-vivre qui n'étaient que des usages extrajuridiques, mais qui se

¹ LAVIALLE Christian, Remarques sur les deux faces de la solidarité, in MENGÈS-LE PAPE Christine, *La loi de solidarité, vers une fraternisation selon la théologie et le droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.p. 147.

² Destin malheureux ? Ou « Tort » à l'endroit de Dieu et des ancêtres.

³ Quelques traces du culte des ancêtres se trouvent exportées à l'Ile de La Réunion où l'on continue à pratiquer par-ci par-là les rites exhortant la protection et la bénédiction des ancêtres, appelées « Religion malgache ».

⁴ APPLETON Charles, *Le culte des ancêtres, source permanente du droit en Asie, et du droit ancien à Rome*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény* [en ligne], Librairie Edouard Duchemin, 1977., t. I, p. 12 ; SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.p. 13.

⁵ RAVELOJAONA, « Ny adidy ifanaovan'ny ray aman-dreny sy ny zanaka », *FIAINANA*, 1930.07, p.191.

répètent de génération en génération par des gestes, des comportements contribuent, par leur utilité dans les relations entre les individus, à la formation de la règle coutumière.

306. Quelques exemples. Si un individu enfreint les règles ancestrales ou coutumières, il sera exclu de la communauté, pire encore il peut subir la peine capitale, un lynchage public¹ est toujours d'actualité à Madagascar : la loi du talion. Le sang répond au sang, c'est la face noire de la solidarité qui devient source de désordre alors qu'à l'origine elle s'inscrit dans une perspective d'organisation sécuritaire². La vindicte populaire dont la source n'est autre que le pouvoir d'appréciation attribué au « Fokonolona » d'autrefois, ou par la convention de sécurité publique locale (« Dina » ou « Dinabe ») : convention sociale ou collective impliquant tous les membres de la communauté locale devient une vraie problématique en concurrence avec la justice. Un vrai dualisme de droit applicable, qui au-delà des avantages palpables sur la présence d'une justice de proximité et de règlement amiable des litiges locaux, fait naître une ambiguïté sur les compétences des autorités publiques. Un autre exemple malheureux faisant la condamnation des communautés internationales³ sur la mort d'une vingtaine⁴ de personnes tuées par balles par les forces de l'ordre suite à une émeute des habitants d'*Ikongo* survenue le 29 août 2022 réclamant les suspects (arrêtés par elles) d'enlèvement d'un enfant albinos et du meurtre de sa mère survenus le 22 août 2022.

Une petite anecdote nous revient au moment même où nous traitons le sujet. Au cours d'une mission humanitaire avec le Programme alimentaire mondial, dans un projet appelé « Famine dans le sud », quatre équipes devaient rejoindre la ville d'*Ampanihy* du Sud malgache, pour détecter les communes les plus touchées par la famine et acheminer par la suite des vivres sous forme de dons. Après un périple de plus de mille kilomètres (la moitié était presque impraticable, et 36 heures de conduite) : nous avons décidé de nous arrêter à cinq kilomètres avant d'arriver, pour nous dégourdir les jambes, prendre un peu d'eau et échanger (à ce moment précis, un des nôtres était pressé d'« uriner » et se soulageait au bord de la route).

¹ De nos recherches auprès du Commandement de la Gendarmerie nationale, le bilan des années 2016, 2017, 2018 indique respectivement 43, 64 et 38 cas sur le territoire national faisant des victimes tuées (auteurs des faits incriminés par le Fokonolona et des membres de ce dernier ainsi que des forces de l'ordre), 55, 68 et 38.

² ANEX-CABANIS Danielle, Solidarités voulues, solidarités subies, in MENGÈS-LE PAPE Christine, *La loi de solidarité, vers une fraternisation selon la théologie et le droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.p. 126.

³ Notamment de l'Union européenne le 2 septembre 2022 sur l'usage excessif de la force.

⁴ YV Sam Faits divers, « Affaire Ikongo, le bilan s'alourdit à 19 morts et 21 blessés » [en ligne], *midimadagasikara*, 31 août 2022.

Arrivée à notre destination, nous étions étonnés quelques minutes plus tard que des individus (plus d'une centaine) commencent à se rassembler autour de nos voitures et finissent par nous demander lequel d'entre nous avait fait ses besoins au bord de la route, territoire sacré de leur ancêtre et feu souverain. Nous ne pouvions que dénoncer notre collègue : « Et le verdict tombe ! Il doit faire le sacrifice d'un zébu pour se faire pardonner sinon il risquerait la colère du peuple et des ancêtres ». Après une longue négociation, une série de demande de pardon et d'excuse, et d'expliquer la finalité de notre visite de leur venir en aide, notre collègue s'était délesté de sa peine en offrant au fokonolona une « chèvre »¹ : la cérémonie de sacrifice est une coutume généralement connue. Quelle leçon à en tirer de cette mauvaise expérience sinon l'existence d'une croyance au culte des ancêtres et de leur tabou « *fady* »², de leurs règles normatives locales imposables non seulement entre les individus locaux, mais également aux tiers, aux étrangers : sont-elles des règles juridiques ? Nous doutons, cependant, le caractère obligatoire des règles largement suivies sur le territoire concernant les endroits sacrés nous incite à accepter qu'il s'agisse bien d'une coutume juridique. Même les éléments des forces de l'ordre nous avaient conseillé de trouver un arrangement amiable en payant « un droit d'excuse » ou « *Ala loza* »³ pour éviter un danger, une probable vindicte populaire ou « *Fitsaram-bahoaka* » : peine prononcée par le peuple au nom des ancêtres.

3) Comparatisme historique du culte des ancêtres

307. Le culte des ancêtres à Rome. Les Romains de leur côté faisaient attention dans leurs pratiques religieuses de ne pas ternir l'image⁴ du défunt pendant la cérémonie de sacrifice et

¹ « *Nofon-kena mitam-pihavanana, tsy hanin-kahavoky fa voninahitra ifanomezana* », le sacrifice d'animal et le partage de la viande entre les belligérants ou les personnes présentes renforcent ou reliait l'amitié, la fraternité et ce faisant tout le monde s'honore de cet acte ; c'est une coutume générale observée dans toute l'île.

² ANDRIAMANJATO Richard, *Le Tsiny et le Tody*, Présence africaine, 1957. « Le fady, c'est ce qu'il ne faut pas faire absolument ; son caractère absolu se manifeste en ce sens que celui qui passe outre voit son acte sanctionné sur le champ... », p. 33 et s. ; THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache moderne, Tome I, Fascicule I : Le nom, l'absence, les actes de l'état civil*, Librairie de Madagascar, 1962, p. 60.

³ R.P CALLET François, *Tantaran'ny Andriana eto Madagascar. Documents historiques d'après les manuscrits malgaches, I*, Ouvrage réédité par la colonie, avec le concours de l'Académie malgache, Imprimerie officielle, 1908, p. 290.

⁴ POLYBE, Histoire, Livre IV, 53, op. cit. par Bianchi Bandinelli, traduit de l'italien par M Ch. Guillaume, Rome, Le centre du pouvoir, L'art romain des origines à la fin du IIe siècle, Ed. Gallimard, Paris, 1969, p. 75, in RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978, p. 6 : « Cette image est un masque de cire représentant avec une remarquable fidélité la physionomie et le teint du défunt... ».

d'honneur qui lui fut dédié. Cette tradition romaine dut respecter certaines caractéristiques de l'image du défunt qui pouvaient entraver son rôle de protecteur du peuple, de la famille, bref des vivants et des institutions : ce fut le cas de « Marius [qui] était méprisé par de nombreux praticiens, car «il n'avait pas d'images d'ancêtres»¹. Un autre exemple de la coutume romaine de croyance à la vie après la mort et de l'honneur reconnu et dédié aux ancêtres se trouvait au «*jus imaginum* [qu'] est l'expression juridique d'un droit qui se concrétisait dans le privilège de garder les images des ancêtres dans la cour intérieure de la maison : l'*atrium*... Ce droit était strictement réservé à la noblesse... Montrant un profond attachement à la réalité de la vie, à la volonté de durer au-delà de la mort... »². L'Europe antique connut le culte des ancêtres, le père fut le gardien et le gage de perpétuation des règles divines, il assura l'observation en sanctionnant par des peines sévères comme l'exclusion de la famille, la déportation de l'enfant, ou toutes autres peines afflictives et dégradantes. À Rome comme à Athènes, le père agissait dans son rôle de magistrat, de justicier et de père spirituel. Avant la loi des XII Tables, « la maison est le siège de la puissance du Romain : c'est le foyer à l'abri duquel il conserve pieusement le culte des ancêtres ; c'est l'autel où il sacrifie, le tribunal où il juge, car il est souverain absolu de tous les membres qui composent la famille ». De même, ce droit absolu du père se manifesta en droit germanique où « le père est le prêtre du culte des ancêtres en même temps que le roi de leur postérité. Tous les membres de la famille sont unis par une étroite solidarité : l'individu n'est rien, il ne s'appartient pas à lui-même, il vit par la famille et appartient à la famille »³.

308. Si la ressemblance du pouvoir du père semble ainsi se confirmer dans les sociétés primitives à travers non seulement de son rôle de père spirituel, juge domestique et chef de famille, il exista tout de même des différences quant à la durée de manifestation de ce droit absolu du père. En Grèce, il fut atténué de sitôt (vers deux siècles avant notre ère selon Halicarnasse⁴ par Solon, Pittacus, et Chorondas), alors qu'à Rome la puissance paternelle laissa la place lentement à la crainte que l'éducation transmette : « cette crainte toute morale

¹ SALLUSTE, Guerre de Jugurtha, LXXXV, 25, in Bianchi Bandinelli, traduit de l'italien par M Ch. Guillaume, Rome, Le centre du pouvoir, L'art romain des origines à la fin du IIe siècle, Ed. Gallimard, Paris, 1969, p. 77, in *Ibid.* p. 6.

² BIANCHI BANDINELLI Ranuccio, DARDENAY Alexandra et ROSSO Emmanuelle, *Rome, le centre du pouvoir : l'art romain des origines à la fin du deuxième siècle*, Gallimard, 2010., p. 76

³ JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.pp. 10-49.

⁴ Denys d'Halicarnasse, II, 26.

qu'on appelle "le respect"¹. Tandis que chez les germains, ce fût la force d'un guerrier qui détermine la place du père et du futur père : le fils devient un guerrier capable d'assumer sa survie et de protéger les siens, libre de quitter la maison de son père pour en fonder une autre : la puissance paternelle ne dura pas au-delà de la majorité que très rarement. Entre les rapports de force morale ou physique, le père devait respecter le droit du fils de quitter la maison et par conséquent de rompre toute puissance paternelle.

309. En France. Le Code pénal prévoit des sanctions à l'outrage des morts et à l'intégrité du cadavre outre les dispositions du CCF dans son art. 16-1-1 sur le devoir de respect qu'on doit au corps humain après la mort en protégeant les restes des personnes décédées. La loi impose un traitement respectueux, avec dignité et décence, et autorise "curieusement"², le mariage et l'adoption posthume (art. 171 et 353, al.3 du CCF). Le droit oral coutumier s'inspirait beaucoup des règles de conduite, de comportement, transmis par les aînés de la société, le respect dû aux morts, principe "non écrit, mais inscrit sur la table des cœurs, est aussi droit positif"³. Et "... dans le vivre traditionnel, la loi recule devant la coutume. Et lorsque la coutume est installée dans un consensus social ancestral, elle survit longtemps aux dispositions légales"⁴, de même que "les normes 'primaires', adressées aux citoyens (ne) devraient être éliminées de la classe des normes juridiques... Est juridique tout ordre ayant pour contenu l'organisation de la force. Sont juridiques toutes les normes appartenant à un tel ordre, conformément à ses propres critères de validité"⁵ où "le droit est un ordre qui... organise l'usage de la force"⁶ : les conditions idéales, réelles, formelles et matérielles de leur production nous démontrent que le droit oral coutumier s'inspirait du culte des ancêtres.

¹ JAMIN René.p. 48.

² BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ Lextenso éditions, 2010.p. 26.

³ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 338.

⁴ GRATACOS I. Femmes pyrénéennes. Un statut social exceptionnel en Europe. Féeries et gestes, Toulouse, Privat, 1987.p. 32, op.cit. in BEIGNIER Bernard et TANI Alex, Le droit d'aînesse, in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 538.

⁵ GUASTINI Riccardo, Norberto Bobbio, ou de la distinction, in BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, BRUYLANT LGDJ, 1998.p. 12.

⁶ BOBBIO Norberto, « Diritto e forza », 1966, in N. Bobbio, Studi per una teoria generale del diritto, op.cit., *Ibid.* pp. 119 et s.

B. La religion dite abrahamique

310. La religion abrahamique comprenant la religion chrétienne, la religion musulmane et le judaïsme, n'en constitue pas moins une source de droit : la "révélation"¹ qui prescrit des règles juridiques, leur teneur différencie selon les pays et la religion de l'État. Ainsi, les pays de droit musulman² tirent leur droit positif dans les prescriptions émanant de Dieu, tandis que les pays laïcs (antérieurement sous influence des règles religieuses chrétiennes) n'en gardaient que quelques règles jugées utiles et indéniables pour en fonder leurs droits positifs. Madagascar n'échappe pas à cette "mondialisation" (le terme peut choquer les esprits, nous le préférons au mot vulgarisation ou civilisation) de la religion, une reconversion confessionnelle s'est accentuée depuis la colonisation laissant petit à petit le culte des ancêtres et allant de plus en plus dans le christianisme et l'islamisme qui représentent respectivement 45 % et 5 % des religions pratiquées³. Si l'origine du devoir de respect aux aînés ne semblait liée directement à ces religions révélatrices, une métaphore nous laisse penser le contraire⁴.

1) Une métaphore dans les règles religieuses chrétiennes

a. Élément de droit romain

311. Les empereurs romains chrétiens apportaient des considérations humanistes dans la législation de l'époque, notamment de la réciprocité des devoirs de respect et d'honneur qui lient les membres de la famille sous l'influence de la philosophie grecque, le *pater familias* cessa d'avoir figure de despote. Que l'amour des parents pour leurs enfants leur est inspiré par la nature : soumis aux lois civiles, l'homme de bien, instruit de ses devoirs sociaux, aura plus

¹ « Pour un croyant, la révélation n'est rien de moins que la parole de Dieu... n'implique au départ qu'un acte de foi et la pratique religieuse, dictée plus que spontanée, ne vient qu'après », in JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2015.p. 19.

² P. ex., GUY Paul, *Études de droit musulman comorien, Les successions*, [s. n.], 1980. La dévolution successorale constituée par les versets coraniques, le hadith : « Attribue d'abord les parts coraniques à ceux de la famille, et ce qui restera ira aux plus proches des mâles », p. 1.

³ Présentation de Madagascar/France Diplomatie, in MINISTÈRE DE LA SANTÉ PUBLIQUE, « Plan stratégique intégré en planification familiale et en sécurisation des produits de santé de la reproduction 2021-2025 », 2021.p. 15.

⁴ Quand le christianisme fut autorisé à Madagascar : les devoirs dus aux membres de la famille, à son prochain, font le fondement des normes spirituelles, ces sacrifices sont récompensés par une vie longue et paisible éternelle. Traduction du Nouveau Testament Rom, 13 (7) : « *Manajà ny rainao sy ny reninao, mba ho maro andro hianao amin'ny tany izay omen'i Jehovah Andriamanitra ho anao* ». « *Mandoava amin'izy rehetra izay tokony ho azy avy : vola hetra ho an'izay tokony handoavan-ketra, fadin-tseranana ho an'izay tokony handoavana fadin-tseranana, tahotra ho an'izay tokony hatahorana, haja ho an'izay tokony hohajaina* ».

à cœur le bien général que celui de qui que ce soit écrivait Cicéron¹, place au premier rang de la hiérarchie de la “*societas*, le lien qui unit tous les hommes entre eux et qui se trouve au sommet de la gradation est celui de la raison et de la parole... [grâce auxquelles ils] peuvent communiquer, discuter, juger en vue d’un bien qui peut servir à tous”². Le lien familial s’inscrit dans cette gradation et étend la forme de la famille aux “liens fraternels, puis de ceux des cousins germains et issus de germains... Cette extension et la descendance sont à l’origine des républiques”³. Dans l’éducation familiale et de différents intérêts à considérer : la *lex* prend en considération l’intérêt moral des enfants, et dans la décadence des *bonis mores*, elle voulait que l’enfance fût préservée de la contamination⁴. Des rescrits impériaux décidèrent que la garde des enfants, qui, en règle générale, appartient au père, après le divorce sera confiée à la mère si la conduite du père est indigne. (D. XLIII, 30, 1, 3 ; D., eod. 3, 5 ; C., V, 49, 1.). En revanche, Ulpien proclama : “*Filio semper honesta et sancta persona patris... Videri debet*” (La personne du père et du patron doit toujours être honorée et sainte pour [son] enfant et [son] patron, D., 1, 1, 2 ; D. XXXVII, 15, 9) ; c’est pourquoi, “si un fils injure son père ou sa mère à qui il doit respect, ou s’il porte sur eux une main impie, le préfet de la ville vengera la piété publique et punira le coupable suivant la gravité du délit” (D. XXXVII, 15, 1, 2). Et “l’affection filiale que les enfants doivent à leur père doit se trouver même chez les fils militaires (*etiam militibus pietatis in parentes constare debet*)”. (D., eod. 1, fr). La *lex naturalis*, outre les sentiments d’affection et la *pietas patris* qu’elle enseigne aux parents à l’égard de leurs enfants, établit aussi des devoirs à la charge des enfants à l’égard de leurs parents. C’est un des préceptes du Droit commun à tous les hommes, écrit Pomponius, que nous obéissons à nos parents. Ce respect envers les parents est un devoir si impérieux que la loi punit comme indigne celui qui a appelé son père et sa mère *maleficos*. Et Julien ne permet pas à un fils d’intenter contre ses parents une action de dol ou d’injures ni d’obtenir un interdit *unde vi* contre eux (D. eod, 1, 3) ». Ce n’est qu’à partir de l’époque classique (1750-1820) que

¹ CICÉRON, *De finibus Bonorum et Malorum*, lib. III, XIX, 62, in SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.p. 23.

² LIVONGUE Daniel João, *Les liens de fraternité selon Ambroise de Milan : Fondements et enjeux éthiques*, in MENGÈS-LE PAPE Christine, *La loi de solidarité, vers une fraternisation selon la théologie et le droit*, Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, 2021.p. 52.

³ CICÉRON, *Les devoirs*, Livre I, trad. Maurice Testard, Paris, Les Belles Lettres, 1965, 17, 53, p. 131, in SAINT-CYR Albert-Eugène.

⁴ *Ibid.*p. 24.

s'atténuer la rigidité des mœurs familiales. Désormais, la mère n'est plus *loco filiae* dans la maison paternelle, la sœur des enfants : elle est leur mère¹ et ils lui doivent le respect.

b. Une règle morale chrétienne reprise par l'art. 371 du CCF

312. Depuis la réception du droit romain au XVI^e siècle jusqu'à la révolution, la puissance paternelle connaissait en France sa forme la plus sévère où les enfants de tout âge, bien au-delà de la majorité, devaient avoir le consentement des parents pour se marier. Pendant la période monarchique, le préambule de la déclaration royale de 1639 sur le mariage² assimila la puissance paternelle comme : « la naturelle révérence des enfants envers leurs parents [qu'] est le lien de la légitime obéissance des sujets envers leur souverain ». L'absolutisme du pouvoir paternel ne s'atténua que vers la moitié du XVIII^e siècle par l'avancement de la révolution en France. Le Code Napoléon, plus tard, retenait les revendications des juristes révolutionnaires qui obtenaient par décret de la Législative du 28 août 1792 la suppression de la puissance paternelle (anc. art. 372) sur les majeurs³. Mais cette majorité à 21 ans eut été remise en cause en ce qui concerne le mariage du moins « pour les garçons (jusqu'à 25 ans, il leur fallait le consentement des parents), de même leur consentement était requis pour le divorce par consentement mutuel. En outre, à tout âge, garçons et filles devaient leur adresser des actes respectueux pour feindre de leur demander conseil... » (art. 371). L'origine religieuse de cet article du Code civil français est incontestable : en effet, nous pouvons faire référence au 5^e commandement du décalogue reçu par Moïse ; « Honore ton père et ta mère, afin que tes jours se prolongent dans le pays que l'Éternel, ton Dieu, te donne ». Cette prescription divine laïcisée dans la disposition de l'art. 371 du CCF est aussi une transposition juridique du verset 16 du Chapitre V du Deutéronome⁴ : « Honore ton père et ta mère comme te l'a demandé le Seigneur ton Dieu afin que ta vie se prolonge et que tu sois heureux sur la terre que le Seigneur ton Dieu te donne », l'œuvre est-elle le fruit du relais des canonistes de faire pénétrer dans le droit français leurs convictions religieuses et morales⁵.

313. L'appel à la religion chrétienne dans le droit positif suppose l'idée de la transcendance d'une loi suprême s'imposant à tous les hommes : l'enfant honorable et respectueux se « maintiendrait en communication, en état de solidarité avec toute sa lignée, il ne ferait qu'un

¹ « *Inter colliberios matrem et filium pietatis ration secundam naturam salva esse debet* » (D. eod. 1, 1).

² LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Editions Dalloz, 2010.p. 203.

³ Majorité à 21 ans par décret du 31 janvier 1793.

⁴ Cinquième Livre de l'Ancien testament, Dernier Livre de la Torah.

⁵ JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2015.p. 29.

avec elle »¹. « Les règles de conduite qu'imposerait cette solidarité familiale reposent sur un don mutuel, quoique déséquilibré, la justice commutative qui vise à assurer l'égalité des échanges économiques n'ayant pas sa place ici »². « Le droit positif y gagne un supplément d'âme : à l'exigence d'une stricte et quasi mathématique justice selon les hommes, il ajoute une loi d'amour qui se traduira plus concrètement par charité ou solidarité... »³ ; M. Carbonnier se posait la question si l'on ne pouvait admettre que le décalogue et la loi d'amour représentent l'absolu du droit pour le chrétien, nous soulignons. L'empiètement de la loi morale et du droit sur la question de solidarité fraternelle se confirme, la morale et le droit s'accordent davantage au fil du temps aux fins de consolider la solidarité avec la fraternité. En France, « selon les juges des lois, la sanction des délits de solidarité résulte de l'oubli de la fraternité par les juges du fond »⁴ et confirme la valeur constitutionnelle⁵ de la troisième composante de la devise républicaine. Le respect et l'honneur, deux concepts s'imbriquant l'un à l'autre dépendent nécessairement d'un rattachement, de la reconnaissance d'un comportement idéal à avoir, deux notions variables que le droit ne définit pas, mais qui sont des sources considérables et considérées de la loi chrétienne. Si l'amour et l'affection des parents envers ses enfants semblent d'une nature incontestable, des exceptions pourront-elles confirmer la règle en la matière, la réciprocité n'est pas toujours acquise d'avance. Même si la primauté des intérêts protégés a basculé au profit des enfants mineurs, fallait-il rappeler certaines règles de conduite des enfants « de tout âge » envers les parents dans le Code civil pour renouveler leur importance et leur prépondérance en matière familiale. Si de nos jours,

¹ CLAUDEL P., *Les aventures de Sophie*, Gallimard, N.R.F. 1937, p. 129 et s. op. cit. par SERIAUX A., *Les successions, Les libéralités*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1986, p. 265, in POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain, *L'affection et le droit*, Préf. F. Rigaux, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.p. 136.

² *Ibid.*p. 136.

³ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 96.

⁴ Conseil Constitutionnel, décision n° 2018- 717/718 QPC (Question prioritaire de constitutionnalité) du 6 juillet 2018 « a lié les mots d'aide et de fraternité dans sa décision » sur le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irrégulier d'un étranger, in MENGES-LE PAPE Christine, Ouverture, MENGÈS-LE PAPE Christine, *La loi de solidarité, vers une fraternisation selon la théologie et le droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.p. 19.

⁵ MOUANNES Hiam, La fraternité, entre vertu personnelle et principe constitutionnel..., in *Ibid.*p. 131 et s. : exempt de toutes poursuites pénales les faits d'aide à l'entrée, à la circulation... depuis la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 : « des ascendants, ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs... ».

l'âge de la majorité des enfants est fixé à 18 ans, ils ne seront pas moins le restant de leur vie et celles de leurs parents, débiteurs du devoir de respect et d'honneur envers ses père et mère, même après les décès des parents puisqu'ils doivent une sépulture digne à leurs géniteurs. De ces règles chrétiennes, nous remarquons, entre autres, l'existence des prescriptions : « Soyez soumis aux anciens dans vos rapports mutuels, revêtez-vous d'humilité... »¹. Ou encore ; « Enfants, c'est votre devoir devant le Seigneur d'obéir à vos parents, car cela est juste... Respecte ton père et ta mère afin que tu sois heureux et que tu jouisses d'une longue vie sur terre... « Et vous pères, n'allez pas irriter vos enfants par votre attitude. Mais élevez-les en leur donnant une éducation et une discipline inspirées par le Seigneur »².

314. En France, comme dans de nombreux pays occidentaux, le christianisme a marqué d'une profonde empreinte les droits³, les juristes de l'ancien régime tout comme les juristes révolutionnaires ont gardé cet esprit de prévaloir l'origine de l'humanité et des sociétés. Une trace indélébile qui justifie encore plus longtemps le devoir de respect et d'honneur aux père et mère du décalogue : une compensation de « l'obligation pour les parents de nourrir et d'élever les enfants, inconnue du droit romain de l'époque païenne [qui] est un apport du droit de l'Église sur lequel les canonistes médiévaux étaient unanimes, et qui marque toujours notre droit positif de la famille »⁴. Mais à côté de cette protection de la famille par le christianisme, existe une autre valeur qu'il a enseignée, celle de « la protection de la personne humaine... [Ou] le respect de la dignité humaine »⁵, une philosophie des droits de l'homme de nos jours. Le christianisme à travers ces paroles divines met à un pied d'égalité le père et la mère, la *patria potestas* sous sa forme sévère disparaissait définitivement, « c'est l'ordre divin qui doit régler les rapports entre le père et les enfants... [en partage avec la mère]. Les enfants doivent obéir à leurs père et mère... l'un et l'autre ont droit au respect et à l'obéissance de leurs enfants »⁶. La doctrine de M. Ripert a pour objet de recherche le fondement rationnel d'une règle juridique, et il détermine le positivisme comme le droit positif qui se suffit à lui-même en tant que droit, mais n'exclut pas de son fondement dans la règle morale : « le monde moderne dans son organisation juridique est-il arrivé à créer un droit qui se suffit à lui-même

¹ PETER 1, chapitre 5, deuxième partie du verset 5 (5 b), Nouveau Testament.

² Éphésiens, 6 (1, 2, 3, 4).

³ JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2015.p. 7.

⁴ LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 191.

⁵ BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 7.

⁶ JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.p. 39.

ou bien reste-t-il dominé par la grande loi morale qui depuis des siècles de christianisme régit les âmes des peuples européens ? »¹. De nombreux juristes pensent que l'auteur est plutôt un moraliste² qu'un positiviste convaincu, de notre côté, nous constatons que certaines règles du droit positif trouvent leur fondement dans un précepte moral ou religieux.

2) Dans le droit musulman

315. Du côté de la religion musulmane, le Coran, « texte révélé » (parole de Dieu) et la « Sunna », l'exemple du Prophète³, constituent la « Loi », « La Charia » ou « Sharia » est la source première du droit. Théoriquement, cette dogmatique religieuse est censée être figée et non évolutive, les juristes musulmans n'en considèrent pas moins d'autres sources dérivées de la « Charia ». Dans cet aperçu de l'étude des sources du droit musulman et des règles positives jugées communes à toutes les dérivées de droit musulman pour savoir si le devoir de respect aux aînés figure dans les prescriptions de l'Islam, nous nous sommes contentés de nous fier de certains ouvrages européens⁴. Beaucoup de Malgaches descendent d'après l'histoire, des personnes originaires du Sud-Est entre autres et du Centre-Sud, de Ramiria (d'où le nom de *Zafiramiria*), prince indien de confession musulmane qui a colonisé cette partie de Madagascar en remontant le centre. Dans cette région Centre-Sud de l'île, on a découvert depuis longtemps l'introduction du Coran par la présence de ces ancêtres et qu'étonnement l'écriture en malgache se traduit « *Soratra* » qui se rapproche de la « Sourate » coranique. C'est dans cette même région de l'île que des manuscrits se rapprochant de l'écriture arabe préexistait avant la venue de l'écriture romaine et de la Bible plus tard.

316. Certains pays musulmans comme l'Arabie Saoudite ou le Maroc⁵ imposent des règles assez strictes dans l'attribution des noms et des prénoms de leurs ressortissants, faute de quoi

¹ MESTRE A., « Morale et obligation civile », *RTDCiv-I*, 1926.

² PIOT Alice, *Droit naturel et réalisme, Essai critique sur quelques doctrines françaises contemporaines*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 72.

³ JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2015.p. 22.

⁴ LINANT DE BELLEFONDS Y., *Traité de droit musulman comparé : Filiation, Incapacités, Libéralités entre vifs*, Mouton & Co, The Hage, and Maison des sciences de l'homme, 1973.p. 13. « La bibliographie en arabe est pratiquement impossible à établir, à moins de renvoyer à l'ensemble des grands traités de fiqh... [par exemple] il n'existe guère de travaux en une langue européenne sur la filiation ».

⁵ L'art. 6 bis de la loi marocaine n° 35-95 de 1996 sur l'attribution du prénom prévoit : « Le prénom choisi par celui qui effectue la déclaration de naissance en vue de l'inscription sur le registre d'état civil doit présenter un caractère traditionnel marocain et ne doit être ni un prénom étranger, ni un nom de famille, ni composé de plus de deux prénoms, ni un nom de ville, village ou tribu, comme il ne doit pas porter atteinte à la morale ou à

les enfants peuvent être privés d'héritage, exclus de leur propre communauté, voire rejetés par sa famille et sa communauté. C'est un devoir de respect au « plus aîné » des aînés, l'État, ou le pouvoir monarchique, ou encore la loi divine « celle du pays », l'identité des citoyens présente alors un aspect coutumier qui socialement rattache la personne à une famille, une communauté, une tribu. Mais est-il suffisant de dire que le devoir de respect aux aînés est issu des règles islamiques ? Nous ne le croyons pas, du fait que les différences entre les origines et les confessions religieuses des tribus malgaches s'opposent radicalement, que de tels postulats pourraient être vérifiés. Dans le Coran, la Sourate¹ sur le respect des parents et des autres est prévue par les Versets 19-Marie (Maryam) 14 : « ... et dévoué envers ses père et mère ; et ne fut ni violent ni désobéissant », complétée par le comportement des enfants envers sa mère, 19-Marie (Maryam) 32 : « ... et la bonté envers ma mère. Il ne m'a fait ni violent ni malheureux ». Nombreux sont les passages du Coran portant sur les règles de conduite des enfants envers ses parents, mais également de l'homme envers ses semblables, mais ce ne sont à priori que des « obligations religieuses »², le droit positif musulman connaît plusieurs variantes, comme les droits hanafite, chaféite, malékite, hanbalite enseignés dans les écoles qui parfois se contredisent sur la solution apportée à une situation juridique ou un conflit. Dans notre objet d'étude, nous avons sélectionné quelques-uns que nous pensons primer sur les autres : les Versets 31-Luqman 14-15 « Nous avons commandé à l'homme [la bienfaisance envers] ses père et mère ; sa mère l'a porté [subissant pour lui] peine sur peine : son sevrage a lieu à deux ans. Sois reconnaissant envers Moi qu'envers tes parents... »³. Enfin du 2-La

l'ordre public », rectifiée par la loi n° 37-99 de 2002 qui a supprimé le mot « traditionnel », mais a gardé les autres critères., in WYVEKENS Anne, « Justice familiale et "Diversité culturelle" », Institut des Sciences sociales du Politique, avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2015.p. 61 et s. ; voir aussi COLOMER André, *Droit musulman, Les Personnes - La Famille*, Librairie de Médecis, 1963. *Le droit musulman marocain*.

¹ Écrit ou partie d'une écriture à l'instar des Versets ou Chapitres de la Bible.

² En ne connaissant pas ni l'arabe ni le Coran, nous avons recoupé les données dans des documents ou en ligne, de la traduction in « Verses about Respect for parents and others », sur *Quran Verses* [en ligne]. ; AL-MIDANI Mohammed Amin, *La famille musulmane et la Sharia*, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.pp. 29-40.

³ Se trouvent également dans 46-Al-Ahqaf 15-16 : « Et Nous avons enjoint à l'homme de la bonté envers ses père et mère : sa mère l'a péniblement porté et a péniblement accouché... Ô Seigneur ! Inspire-moi pour que je rende grâce au bienfait dont Tu m'as comblé ainsi qu'à mes père et mère, et pour que je fasse une bonne œuvre que Tu agréas. Et fais que ma postérité soit de moralité saine... ».

vache (*Al Baqarah*) 83 : « Et [rappelle-toi], lorsque nous avons pris l'engagement des enfants d'Israël de n'adorer qu'Allah, de faire le bien envers les pères, les mères, les proches parents, les orphelins et les nécessiteux, d'avoir de bonnes paroles avec les gens ; d'accomplir régulièrement la Salât et d'acquitter la *Zakât* ! ». Une autre traduction de ces versets coraniques, d'après l'édition courante égyptienne fait état de ces mêmes obligations religieuses : du respect envers ses parents ; « Dieu a ordonné de n'adorer que lui, d'avoir une belle conduite envers vos père et mère, soit qu'étant chez toi, l'un d'eux ait atteint de vieillesse, ou que les deux y soient parvenus et ne leur dis pas : ouf, ne leur fais pas de reproches. Parle-leur avec respect » (Coran, XVII, 23.) ; « Nous (Dieu) avons recommandé à l'homme ses deux parents, sa mère le porte en son sein, et endure peine sur peine, il n'est sevré qu'au bout de deux ans. Sois reconnaissant envers moi (Dieu) et envers tes parents, » (Coran, XXX, 14.). Malgré les différences quant aux sources complémentaires du droit dans ces multitudes de droits musulman, les sources principales du droit musulman sont le Coran et la Sunna. La troisième est l'« *Idjma* » ou Consensus général et enfin le « *Kiyas* » ou raisonnement déductif (elles sont définies respectivement comme « le consensus unanime des Docteurs musulmans, après la mort du Prophète, d'une époque donnée concernant un effet donné »¹. Et « c'est prendre appui sur une règle préexistante pour en déduire une autre règle, quel que soit le mode particulier de raisonnement logique que l'on emploie, la règle déduite restant, pour ce bien, rattachée à la règle première qui en consiste le fondement »²)³ : et la coutume, tout comme l'intérêt général entre autres complète ces sources du droit. Cet aperçu du droit de la famille en droit musulman consiste surtout à cibler les ressemblances et les dissemblances avec les autres religions des règles de relations intergénérationnelles. L'homme et la femme en tant que parents ont droit au respect et à l'honneur de leurs progénitures, mais les déductions qui peuvent sortir de l'esprit solidaire du droit musulman présument l'existence des devoirs de respect et d'honneur aux aînés. La famille occupe une place très importante dans la Sharia, « l'abondance des règles de la sharia qui traitent de son statut et le respect qui doit dominer les relations entre ses différents membres, pas seulement époux, parents et enfants, mais aussi grands-parents, oncles, tantes et d'autres proches... [nous la démontre]. En

¹ AL-SUBANI Abd al. Rahman, *Muhattrat fi al. Sharia al-islamiyya*. (Cours de droit musulman). Université de Damas, 1972, p. 82, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland..

² TYAN Émile, « Méthodologie et sources du droit en Islam » [en ligne], 1959. *Studia Islamica*, no. 10, p. 83.

³ AL-MIDANI Mohammed Amin, *La famille musulmane et la Sharia*, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, pp. 31-32.

effet, le respect de la famille, de son honneur et de sa cohésion est recommandé par ces règles au-delà de toutes croyances ou religions »¹. Bref, le droit de respect et d'honneur existe bien en droit musulman, il appartient à chaque membre de la famille, il est considéré par la sharia comme des règles universelles dépassant toutes considérations confessionnelles, s'imposant à tout musulman et aux membres de la famille.

3) Dans le Judaïsme

317. Les dispositions du dernier Livre de la Torah imposent : « Honore ton père et ta mère comme te l'a demandé le Seigneur ton Dieu afin que ta vie se prolonge et que tu sois heureux sur la terre que le Seigneur ton Dieu te donne ». Le droit de la famille légitime semble prévaloir à toutes formes de famille, la filiation établit entre le père et son enfant né d'un mariage valable (Lévitique XVIII), c'est-à-dire ne comportant pas de transgression de la loi un statut rattachant l'enfant à celui de son père. Ce rattachement à un groupe familial du père renvoie tous les membres masculins de la famille et ceux de sexe féminin jusqu'à leur majorité à la famille du prêtre (*Cohen*)². Si à Madagascar, l'identité d'une personne par son nom présente une origine étrangère, les administrations malgaches risquent de demander un certificat de nationalité Malagasy pour que cette personne recouvre tous ses droits (attribution du passeport, passez un permis de conduire). Jusqu'à nos jours, c'est un vrai problème d'intégration qui se pose aux individus portant des noms étrangers malgré le fait qu'ils sont nés sur le territoire et qu'ils parlent la langue malgache couramment. Une ressemblance frappante à l'égard de la famille élargie ou le groupe familial de la société malgache, et même dans la nomination de l'enfant qui endosse le nom de son père, pour une fille de « *Bat* », pour un fils de « *Ben* », parfois par un parent maternel réputé. L'individu est, dès sa naissance, rattaché à la famille, voire la grande famille : le garçon qui reçoit le titre de *Cohen* le gardera toute sa vie avec les droits et les devoirs qui lui incombent, le père est tenu de donner à son fils une instruction dans la Loi (religieuse), un métier, et de le marier...

318. Le devoir de respect et d'honneur répond alors au droit au respect et à l'honneur, ce ne sont pas des devoirs moraux, ce sont des obligations légales (et religieuses) : la solidarité familiale est de mise, elle ne peut être suppléée par la solidarité nationale qu'en cas de force majeure, les enfants doivent assumer à leur tour les besoins substantiels de leurs parents âgés. C'est l'effet miroir des droits et devoirs familiaux que les parents ont assumés pour établir leurs enfants dans la société, ces derniers s'ils sont dans leur incapacité physique d'exécuter

¹ AL-MIDANI Mohammed Amin, *La famille musulmane et la Sharia*, in *Ibid.* p. 40.

² ACKERMANN Liliane, *Quelques données sur le droit de la famille dans le Judaïsme*, in *Ibid.* p. 23 et s.

leurs obligations doivent payer quelqu'un à leurs places et assumer leur responsabilité. « La constitution juive dans ses aspects juridiques et philosophiques prévoit les devoirs réciproques des parents et des enfants, par des actes. Ce droit est aussi ancien que la Révélation dont il est partie intégrante. Il ménage l'individu autant que la famille dans une éthique où l'ÊTRE et l'AVOIR se placent dans une recherche dynamique des valeurs... de l'ABSOLU »¹.

319. Conclusion : « ... Vers le VIII^e siècle, les canonistes irlandais avaient, dans des pénitentiels minutieux, dressé avec une grande impudeur probablement innocente, la liste de tous les péchés possibles »² : le rôle moralisateur de l'Église ne semble pas concerner l'origine du devoir de respect aux aînés. Si la promulgation du Code Napoléon (1804) coïncide en partie au règne d'Andrianampoinimerina (1787 – 1810), rien ne prouve scientifiquement ou historiquement que ce dernier « illettré » se soit inspiré des règles bibliques ou du Code civil français pour en légiférer les siennes. Néanmoins, les normes de conduite que les religions et celles que le roi malgache imposait à son peuple sont des « commandements », des prescriptions à des degrés de force de sanctions prononcées respectivement par le jugement divin et par le jugement royal au nom du culte des ancêtres et de « Zanahary ». « L'histoire n'a de cesse de rattacher le droit à Dieu, la loi humaine à la volonté divine »³, le souverain renforça son autorité en confondant la règle divine, règle du royaume et son statut de représentant vivant des paroles de Dieu et des ancêtres. Cette civilisation chrétienne ne touchait pas les règles coutumières établies à Madagascar puisqu'en considérant les bornes temporelles et une comparaison des sources du droit, aucune coïncidence ne sort de cette approche. L'histoire nous relate d'ailleurs que des missionnaires catholiques français et des missionnaires protestants britanniques ou norvégiens voyageaient à travers tout Madagascar pour prêcher « les bonnes paroles », mais leur influence était minime, vu que le pouvoir royal de l'époque ne justifiait de son acte ou de sa sentence que par le nom de « Zanahary » et de ses ancêtres. Cependant, depuis que le christianisme a été autorisé dans le royaume par le Roi Radama II (1861-1863), souverain considéré comme tolérant et ouvert d'esprit, peut-on accepter l'influence que pouvait avoir la morale chrétienne et la civilisation européenne dans la religion, les us et coutumes malgaches (p. ex., l'interdiction de la polygamie, la suppression de la répudiation, etc.). Au lieu d'aller chercher les dissemblances des religions dans une

¹ ACKERMANN Liliane, *Quelques données sur le droit de la famille dans le Judaïsme*, in *Ibid.* p. 27.

² MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.39.

³ RENOUX-ZAGAMÉ M. -F., *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, 2003, in MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick, *Introduction au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2022.p. 58.

comparaison théologique, notre recherche dans cet aperçu des règles religieuses sur le devoir de respect envers ses père et mère, envers les proches parents et les gens, consiste à trouver les points communs sur lesquels la religion prend en compte dans la vie quotidienne de ses membres ou dans leur transcendance¹ et immanence en une seule et même fois² considérées par les autorités étatiques en règles juridiques. Nous pouvons penser effectivement que tout législateur s'inspire de ces règles religieuses sinon de la morale sociale pour définir les règles régissant les échanges entre les personnes privées et de leurs relations avec les personnes publiques. De ce fait, il est loisible d'accepter toutes ressemblances de bonnes conduites religieuses ou des cultes des ancêtres, découlant sur une tentation d'argumentation de règles universelles, de tautologies religieuses, et pourquoi pas de droit naturel³. Une transcendance d'un droit que M. Jestaz⁴ et M. Ripert ne conçoivent pas de la même manière, ce dernier « positiviste convaincu » ne peut imaginer une règle de conduite supérieure aux règles de droit positif que dans l'autorité divine. Alors que M. Jestaz considère que le droit naturel peut contenir « un phénomène de révélation *lato sensu* (à la fois moral et quasi religieux) lorsqu'un groupe social se prévaut d'une formulation juridique, d'origine divine ou non, qu'il considère en tout cas comme sacrée et supérieure à son droit positif ». Notre recherche n'est pas de démontrer la hiérarchie des sources du droit, elle se base sur l'existence ou pas du droit au respect et d'honneur : et si telle est le cas d'en faire une analyse sur sa nature et son fonctionnement. Ainsi, nous avons constaté dans ces aperçus des règles religieuses que le devoir de respect et d'honneur est prévu et sanctionné par elles : tantôt, il est une obligation légale et religieuse simultanément dans les pays non laïcs, tantôt il est prévu par les règles en vigueur dans des pays laïcs, mais manque de clarté, de sanction, et d'« actes ». Nous examinerons par la suite le fondement du « devoir de respect aux aînés » dans ses aspects

¹ KANT Emmanuel, TREMESAYGUES André, PACAUD Bernard *et al.*, *Critique de la raison pure*, Presses universitaires de France, 2012. *De l'apparence transcendantale*, « Nous appellerons immanents les principes dont l'application se tient dans les bornes de l'expérience possible, et transcendants ceux qui sortent de ces limites ».

² VATIKIOTIS Panayiotis Jerasimof, *L'Islam et l'État*, Gallimard, 1992. Trad. d'Odette Guitard, p. 52-53.

³ Dans le sens où L'École du droit de la nature et des gens pense fonder les bases du droit sur des raisons naturelles laïcisées de la révélation divine, et des droits transcendants contrairement à la doctrine classique du XIII^e siècle De Thomas d'Aquin fondée sur la primauté de la *lex naturalis* (venant de la *lex divina*) à la *lex humana*.

⁴ JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2015.p. 8 et s.

réels et rationnels : après ces discours sur « le devoir de respect » ou « obligation de respect », nous le plaçons dans le contexte familial intergénérationnel.

II. Les sources réelles et rationnelles du devoir de respect aux aînés

A. Les sources réelles

320. « *Fanajàna* », ce mot malgache se traduit sans aucun autre sens que le « respect » en français et vice-versa. Nous avons vu précédemment les différentes catégories de « respect » dans sa conception que le Ntaolo malagasy suivait et faisait suivre aux membres de la famille et de la communauté : en l'occurrence le respect entre les membres de la famille et envers les tiers, celui de s'accommoder au milieu où on se trouve, le respect dans un lieu public et celui dans les grands événements de la vie en famille et en société. Mais, quel qu'en soit le nombre de catégories de respect et de leur forme, nous pouvons confirmer à travers notre documentation que « le devoir de respect aux parents et aux aînés »¹ n'était pas seulement une institution sociale, mais bien une institution juridique que le pouvoir royal laissait aux parents, au « *Fokonolona* » le pouvoir de sanctionner. Quel qu'en fût l'endroit, le temps ou le contexte (événements familiaux de joie ou de tristesse), les règles de conduite dans la famille et dans la communauté étaient claires et suivies par tous ses membres. Ainsi à chaque événement majeur, Asaramanitra (fête nationale), la célébration et le rite du « *Fandroana* » ou « le bain royal » (que l'on assimile au jour de l'an), tous les membres de la famille ainsi que l'ensemble du voisinage se souhaitaient le meilleur pour le futur et demandaient la bénédiction des ancêtres et d'*Andriananahary* (Dieu). Il était impardonnable que ce jour faste en prospérité, en amitié, en bonheur... fût oublié par un des siens : c'était une cause de rupture définitive² de filiation, d'amitié, d'entente, de « *Fihavanana* ». La reconnaissance à sa mère qui l'a enfanté,

¹ Par exemple, dans les règles de salutation, les femmes adressent en premier leur salutation avant les hommes, et les puînés et les cadets envers leurs aînés, ainsi que les enfants envers leurs parents, grands-parents et ascendants ; un deuxième exemple consistait dans le partage des chemins où les moins jeunes ne devaient jamais devancer leurs parents et aînés sur le parcours à faire. Pour aller plus loin, voir VOHITRA (J), « Fomba fanajàna fanaon'ny Ntaolo : ny fiarahabana, ny fanaovam-beloma, ny fandalovana, ny fiarahan-dalana, ny firaisan-trano, ny fotoam-pamangiana », *Ny sakaizan'ny tanora*, 1948.05, n° 698 p. 50 et s.

² « *Manaraka izany, vao mainka fatratra aminy koa indray, toy ny Vazaha amin'ny taom-baovao, ny fifanajàna sy fifampahatsiarovana tamin'ny fetim-pandroana. Naleony ny azy tamin'ny andro hafa no tsy tsarovana, toy izay tamin'io no nohadinoina. Raha eo no mifanadino, tsy mifanome voninahitra, dia manao fihavanam-bato : tapaka sady madilana, tsy misy fitohizana intsony* », in RAZAFINDRAMASINA, « Ny fanajàna teo amin'ny Ntaolo, fanajàna tamin'ny Mpanjaka sy ny Andriana, Fanajàna teo amin'ny ankohonana sy ny ankizy », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*, 1er janvier 1920.p. 45.

à son père qui le nourrissait, à ses collatéraux (« *Nifanongo-tsinay* »), à ses amis, rattrape celui qui se trouvait éloigné des siens. Les règles malgré un éloignement physique imposaient « la pensée » que les Malgaches croyaient en sa force réelle¹ (une sorte de télépathie), que faute de pouvoir donner des nouvelles par écrit, il suffit de regarder le soleil levant ou couchant en envoyant toute sa pensée aux siens : ce qui exclut de nos jours, en présence de toutes sortes de communication moderne, un mutisme, une ignorance. C'est là que la loi morale délimite son champ d'application et que le droit interviendra en opposant le juste et l'équitable par l'intermédiaire de l'une des sources du droit « la décision de justice » qui sont censées protéger (avant tout) les faibles. Mais cette notion de « faible » dans l'esprit du droit véhiculé par la justice ne découle-t-elle pas directement de la morale ? Ce cercle mouvant entremêlant l'esprit du droit et de la réalité sociale en conformité avec la morale publique, suivie sur un territoire donné à un moment donné, ne cesse de tourner sur lui-même, prenant en considération les paramètres métajuridiques dans la construction du droit. Une règle sociale existante depuis la nuit des temps où le créancier du respect le doit à elle-même et à ses semblables : cependant, si la société en exige son application en toutes circonstances, le droit ne la suit pas forcément. Ce passage d'une règle sociale à la règle de droit se manifeste différemment à Madagascar et en France et dans le reste du monde, certains pays consacrent les règles sociales à travers la coutume juridique (où le juge se réfère à l'usage et à la coutume locale pour s'en inspirer de la résolution d'un litige), d'autres comme la France font appel plutôt à la coutume judiciaire (ou jurisprudentielle, c'est-à-dire des décisions antérieures similaires à un cas concret). À Madagascar, faute de moyens de l'État d'assumer ses engagements internationaux et de veiller au bien-être et à l'assistance des personnes âgées, il revient nécessairement à la famille de les assumer : dès lors, la qualification d'obligation morale d'un devoir de respect aux aînés ne pourra être acceptée puisqu'elle est contraire à la réalité sociale et aux dispositions des lois civiles de respecter et d'honorer ses parents, ascendants, et sa famille.

B. Les sources rationnelles

321. Étant donné les revendications actuelles sporadiques, des voix réclament ou se plaignent des solutions jugées parfois passives ou incomplètes par le droit. Cette « lutte pour

¹ « *Raha manina anay, hianareo, hoy indray koa ny hiran'ny fahiny, ny taratasy ao ampitondray, ny volom-borona no ampanoraty, ny rano mainty no ampiteneno. Ny masoandro no jereo na hilentika na hiseho, fa ny hitanay no hitanareo* », in MERINALAVASOFINA, « *Ny Ntaolo sy ny lalàm-pitodran-tena (Fihavanana na ny Fisakaizana)* », *Isan'Andro 1943*, 1943.06.11.p. 1

le droit » faisait allusion souvent à la nostalgie des temps anciens où les règles sociales s'imposaient et le droit les accompagnait, et firent l'objet d'un droit civil assez strict prévoyant des règles claires et des sanctions de la morale, de la discipline sociale, ou de l'éthique¹ (quelle qu'en soit son appellation). L'avancée du droit dans tout pays, suivant celle de la société, qui se spécialise à outrance, ne profite pas aux règles sociales pourtant fondamentales à l'épanouissement d'une société quelconque. Si le respect est le fondement de toutes relations humaines, la comparaison faite en droit malgache et en droit français nous éclaircira certainement sur la nature du « respect ». Nous savons qu'une règle de droit est obligatoire par principe, « cela justifie par la finalité sociale qui lui est assignée : destinée à organiser la société et les rapports entre ses membres, pour le bien du groupe, sa vocation naturelle est d'être respectée »². L'obligation qui découle d'une règle normative rime avec son « respect » : de ce fait, ce dernier constitue le caractère principal d'une règle de droit, en effet le non-respect d'une règle de droit implique soit l'application d'une sanction pour sa transgression, soit qu'elle-même ne soit pas véritablement obligatoire (parlons ainsi du droit mou ou *soft law*).

En prenant en compte l'esprit du législateur français à l'idée donnée sur les bonnes mœurs de considérer l'homme en tant qu'individu, mais non pas comme un élément de la société, nous affirmons a contrario que le fait d'inclure l'individu dans un milieu social, dans une société donnée, c'est-à-dire en relation avec ses semblables entraîne inévitablement « le respect de la loi, le respect de l'organisation politique et de l'organisation familiale, avec toutes les règles relatives aux droits de la famille, aux droits successoraux et autres... »³. Le respect caractérise le comportement que l'individu doit avoir devant les institutions sociales et légales, mais aussi devant les personnes membres de la société, de sa famille et de sa personne elle-même. Et d'un autre côté, l'État lui-même doit respecter ses engagements dans un traité ou dans une convention internationale. Même si la sanction peine parfois à s'appliquer, le droit semble bien évoluer où la morale se trouve de plus en plus dans les dispositions légales sous une autre appellation comme éthique ou déontique dont l'origine et l'objet ne peuvent se détacher d'elle : cette fois, leur transgression entraînerait des sanctions privées ou publiques.

¹ Des mots grecs, *ethos* et *ethikos* (moral), L'éthique renvoie à une intention de bien faire, à la visée d'un bien commun dans l'exercice d'une tâche : IMBIKY Anaclet, *Déontologie et responsabilité des magistrats à Madagascar*, Editions Créons, 2013.p. 10.

² AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2020.p. 21.

³ RAYNAL Jean, *Etude sur les Conventions immorales*, Thèse, Paris, 1900.pp. 95-96.

322. L'obligation apparaît comme le lien de droit existant spécialement entre deux personnes, en vertu duquel l'un doit faire quelque chose pour l'autre¹, M. Carbonnier rajoute les concepts du devoir et du pouvoir pour démontrer que les obligations en droit sont conditionnées par le « possible » selon la maxime « *impossibilia nulla obligatio* », à l'impossible² nul n'est tenu. En effet, l'obligation reflète un devoir, mais le devoir ne reflète pas forcément une obligation : « tout devoir n'est pas une obligation » continue-t-il, nous soulignons. Le devoir de respect aux aînés, dans tous ses sens, évoque la place ou le statut de celui à qui est dû le respect. Le caractère dénué de perfection du discours n'enlève pas le caractère obligatoire du devoir qui en découle, et ce, par les usages, les mœurs et l'ordre public dans un milieu donné, à un moment donné et par la force du sentiment du devoir.

SECTION B. Les sources juridiques du devoir de respect aux aînés

323. Si en droit romain, les injures deviennent atroces *ex persona* et non simples, c'est que les faits ont été commis par un descendant [ou un affranchi] à son ascendant ou à son patron ; la nature et la reconnaissance créent, elles aussi, des liens de déférence et de respect, et nous ne pouvons qu'approuver la législation romaine de les avoir protégés d'une manière spéciale³. Les règles normatives orales à Madagascar en répriment également d'une manière spéciale sinon très sévère le manquement du devoir de respect aux aînés.

I. Le droit coutumier

324. Les récits des auteurs nous relatent le respect exécuté par le Ntaolo malagasy d'une manière sincère et volontaire, de la profondeur de leur acte venant du cœur et des vrais sentiments⁴. Andrianampoinimerina institua les doyens « *luhuluna* », les aînés du village pour

¹ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 17.

² Caractères de l'objet : utile, déterminé, possible, licite, conditions de formation du contrat selon l'objet.

Ou conditions impossibles selon art. 900, 1172 du CCF. Puis une obligation éteinte, exonératoire de responsabilité ; p. ex, la perte de la chose (art. 1302 du CCF), et la force majeure : par une cause étrangère au débiteur ; p. ex., le débiteur n'a pu empêcher le dommage (art. 1137).

Encore faut-il que l'impossibilité porte sur l'objet et non sur la personne, « Une obligation qui est en soi possible ne cesse pas de l'être parce qu'elle se trouve dépasser les forces de l'individu obligé », in *Ibid*.p. 21.

³ FOURCAND Pierre, *Des injures en droit romain, De la diffamation en droit français*, Thèse, Bordeaux, 1891.pp. 21-22.

⁴ RAZAFINDRAMASINA, « Ny fanajàna teo amin'ny Ntaolo, fanajàna tamin'ny Mpanjaka sy ny Andriana, Fanajàna teo amin'ny ankohonana sy ny ankizy », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*,

lui rapporter les discordes, les doléances du peuple, ils eurent été respectés par tous, ils furent leur porte-parole, leur représentant auprès du royaume dans toutes les affaires qui les intéressent. Mais en général, le devoir de respect est adressé à la société tout entière, à tout ce qui est né avant soi : « ... que vous oublierez le respect dû à vos pères et mères, mépriseriez vos aînés, vos chefs et votre tribu... car désobéir à ma volonté c'est, je vous avertis, courir à la mort »¹, la drogue et l'alcool étant des circonstances aggravantes. Le droit traditionnel malgache est constitué dans sa forme primaire des règles « purement » coutumières comme toute société, toute tribu primitive qui s'organise, puis elles éprouvèrent le besoin d'ordre, d'harmonie pour échapper à l'anarchie, à la loi du plus fort, à un moment donné qui coïncide à l'accession au trône du roi². Cette réception de la coutume par l'autorité royale métamorphosa les règles coutumières en règles juridiques : « par l'institution de la règle de droit, une raison d'agir qui s'impose à ses destinataires... [et] par la continuité qu'elle institue, la règle anticipe le futur et définit des attentes de comportements généralisées »³, les règles de conduite devenaient des énoncés juridiques sanctionnés par le pouvoir royal.

325. « La science juridique aborde la question de l'écriture en opposant le droit écrit au droit non écrit. Ce qui peut signifier deux choses : d'une part, l'opposition entre la loi et la coutume ; d'autre part, l'opposition entre l'écriture et l'oralité »⁴, la coutume n'est pas forcément orale ou gestuelle : par le passé, il est arrivé que l'on fixe les coutumes par écrit sans que cela leur fasse perdre leur caractère de source de droit coutumier⁵. Il est parfaitement possible de parler de loi non écrite, tel est le cas pour la common law (lex non scripta)⁶. La coutume malgache n'était pas seulement une source réelle ou une source matérielle, dans le fondement des sources du droit, elle est aussi une source formelle et dogmatique, « un mode

1er janvier 1920.p. 7 : « *Ny fanajàna nananan'ny Ntaolo dia nataony tamin'ny fo sy ny fitiavana tokoa, ary izany indrindra no atao hoe fanajàna* ».

¹ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 251.

² Pour aller plus loin : R.P CALLET François, *Tantaran'ny Andriana eto Madagascar. Documents historiques d'après les manuscrits malgaches, I*, Ouvrage réédité par la colonie, avec le concours de l'Académie malgache Imprimerie officielle, 1908.

³ COPPENS Philippe, *Normes et fonction de juger*, Bruylant LGDJ, 1998.p. 70.

⁴ BART Jean, *Transcrire, rédiger, réformer les coutumes*, [s. n.], [s. d.], op.cit. in Giavarini Laurence. *L'écriture des juristes, XVI^e-XVIII^e siècle*, éditions classiques Garnier, Paris, 2010, p.35 et s ;

⁵ CARBONNIER J., *Droit civil*, Vol. 1, PUF, Quadrige, Paris, 2004, p.17.

⁶ FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien, *Décrire le droit... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, 2017.p.30

d'expression ou si l'on préfère, des manifestations du droit»¹. Les différents Codes traditionnels réaffirmaient la positivité des règles orales non contraires aux lois nouvelles, il en est de même des règles de droit moderne qui font appel expressément à la coutume. Si «... la loi est le symbole du droit écrit»², la loi n'épouse pas forcément la forme écrite, le droit coutumier découlant de la législation orale n'en constitue pas moins une forme positive du droit. La coutume (comme source formelle du droit : usage et tradition) est une règle de droit qui s'est établie, non par la volonté du chef, du prince, de l'État, émise en un trait de temps, mais par une pratique répétée des sujets eux-mêmes³, l'habitude l'a constituée en droit. Si les règles coutumières sont traditionnellement non écrites contrairement aux lois, leur rédaction et leur métamorphose n'enlèvent en rien leur origine coutumière : à regarder d'une manière originelle par rapport à la loi, cette dernière vient de l'autorité d'en haut, tandis que la coutume s'est formée à la base, de la masse populaire. Le droit coutumier composant du droit traditionnel malgache est formé à partir des règles coutumières (parfois des règles typiquement morales, ancestrales ou religieuses) : nous pouvons affirmer que «la vérité théorique ou déontologique du moins, est que la Morale comprend la loi, étant que le cas d'un conflit entre les deux est supposé comme une aberration»⁴ et inversement «la loi comprend la Morale» en droit malgache. Le respect entre les membres de ces entités faisait régner la paix et l'harmonie dans la société, ce qui n'implique pas forcément qu'il n'y eut pas de litiges entre ces individus à l'époque. Les qualités visées au texte sont celles du droit légiféré lui-même. Selon Jhering, l'idée est que la loi est devenue la forme suprême du droit – sa forme exclusive - parce qu'il incarne au mieux certaines qualités que le droit doit présenter. La fixité, la stabilité, la sécurité et même la justice du droit légiféré⁵ reviennent constamment sous la plume des civilistes, mais ces caractères n'enlèvent en rien la force de la coutume. Le caractère «informulé» de la coutume par «le geste mille fois répété s'analyse en un acte juridique, alors qu'on ne peut en dire autant du geste qui consiste à céder sa place dans le métro ou envoyer des vœux au Nouvel An»⁶ : c'est l'application ou non des sanctions par le

¹ JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2015.p. 1.

² FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien.p. 30.

³ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 16 et s.

⁴ COLESANTI Jules, « *Esiste una morale* », *La morale supérieure*, Traduit de l'italien de OSTA Eva, PUF, 1940.8

⁵ VON JHERING Rudolf, *L'esprit du Droit Romain, Dans les diverses phases de son développement*, Traduction Meulenaere Octave, tome II, 2^e édition, Maresq Aîné, 1886.p. 37.

⁶ JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2015.p. 129.

juge qui diffèrent les règles de mœurs des règles coutumières. En droit malgache, ce concept, bien que logique et acceptable, manque de critères de différenciation : en effet, le défaut de penser, de présenter ou d'envoyer des vœux à ses parents qui se répète d'une manière inexplicable (vu la proximité des domiciles des intéressés) est un motif grave de manquement au devoir de respect. En fait, les règles coutumières ont adopté des règles de mœurs et des règles religieuses : et suite à leur formulation écrite ou orale par les autorités compétentes, deviennent des règles juridiques.

A. Les conditions de la coutume comme source du droit

326. Les mots latins « *Mos* ou *Mores* »¹ désignent soit la coutume considérée comme source du droit (*jus quod dicitur moribus consitutum*), soit le droit qui en résulte et qui est observé à l'égal de la loi (*pro lege custoditur*). « La coutume se distingue des autres sources réelles ou matérielles par son caractère informulé »², à l'origine elle détermine les relations des individus entre eux : « c'est dans les usages, les mœurs d'un peuple que son appréciation purement morale trouve son expression, et la langue indique avec exactitude ce côté moral des usages en les désignant sous le nom de *mores*. D'un côté, c'est précisément dans la même forme que la conviction juridique se manifeste dans le droit coutumier »³ : elle est adaptée aux besoins du groupe social et s'impose à ses membres. Les coutumes se transmettent et se conservent de génération en génération par le rappel des aînés. « Une métamorphose s'ensuit. Une déformation surtout. Matériellement, ce qui était gestuel devient scriptural ; ce qui était continu et souple se fige en un ordre rigide ; ce qui était informel et spontané devient rationnel et systématique... la coutume devient, elle aussi, un arrangement cohérent d'énoncés juridiques... »⁴. En ce sens, M. Carbonnier affirme que la condamnation des actes de méchanceté est une règle coutumière, *malitiis non est indulgentum*, cette transgression de la règle coutumière constitue donc un acte illicite dont la présomption est un principe dans tout

¹ Sens du mot « *Mos* » dans le Dictionnaire de Daremberg et Saglio, ordinairement employé au pluriel, reçoit dans la langue juridique, deux acceptions principales : il désigne tantôt la conduite d'une personne, tantôt le droit coutumier, in SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.p. 4-5.

² JESTAZ Philippe.p. 129.

³ VON JHERING Rudolf, *L'esprit du Droit Romain, Dans les diverses phases de son développement, Traduction Meulenaere Octave, tome II, 2^e édition*, Maresq Aîné, 1886.p. 20 et s.

⁴ FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien, *Décrire le droit... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, 2017.p. 6.

dommage intentionnellement causé à autrui¹ engageant la responsabilité de son auteur. Or, « La théorie des sources du droit signifie principalement que le droit ne peut provenir que des autorités juridiquement habilitées à consacrer des règles, elles bénéficient d'une exclusivité. Le droit est ainsi réduit à certaines de ses formes d'expression, à certaines de ses manifestations »² : soit par les dispositions légales soit par la justice.

327. Le droit positif malgache s'inspire de la coutume dans les relations privées d'assistance mutuelle entre individus, familles, tribus ou communautés. Une assistance mutuelle organisée à la base contrairement à l'assistance mutuelle prise en main par l'État en France, l'« État providence ». Si, au fond, l'idée est la même, la concrétisation de l'assistance mutuelle ou de l'entraide n'est pas assurée par les mêmes moyens, d'un côté, elle repose sur la conscience et la volonté de chaque individu, de l'autre, d'une manière obligatoire, imposée par la contrainte du pouvoir étatique. Mais pour qu'elle soit acceptée comme source de droit, c'est-à-dire une loi coutumière, elle doit être réellement établie et suivie, *larga inveterata consuetudo*³. Autrement dit, « les membres du groupe ou un grand nombre d'entre eux s'accordent à reconnaître ce principe fondamental du système »⁴ de validité des normes. Ces conditions sont nécessaires et complémentaires, imposées par la justice indigène, pour la reconnaissance d'une coutume juridique, comme ayant force de loi⁵ : elles coïncidaient avec les trois conditions, le *corpus* « la matérialité », l'*animus* « sentiment d'obligation » et la répétition pour éviter toutes violations des lois écrites et du droit coutumier en vigueur. Il en découle de cette approche de la coutume juridique qu'elle contient un élément objectif qui consiste en une pratique répétée d'une conduite pendant une durée plus ou moins longue et l'élément subjectif qui implique une conviction de la population et des autorités que cette pratique est obligatoire. L'établissement réel de la coutume comme dans l'ancienne époque du droit coutumier en France où il existait la coutume du sud, celle de Paris ou celle de la partie orientale impliqua les mêmes conditions. Elle doit être suivie et reconnue sur un territoire, sur une période suffisamment longue (élément objectif) comme impérative (élément subjectif : à

¹ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 365.

² ATIAS Christian, *Devenir juriste, Le sens du droit*, LexisNexis SA, 2011. p.8.

³ C.T du 17 décembre 1903 ; C.T du 27 décembre 1906, in GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 3.

⁴ SCARPELLI Uberto, GIANFORMAGGIO Letizia et CLAVREUL Colette, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, LGDJ Bruylant, 1996.p. 53.

⁵ C.T du 30 avril 1903, jurisprudence constante ; C.T du 24 avril 1952, n° 101 ; C.T du 24 décembre 1953, n° 425 ; C.T du 20 octobre 1955, n° 400.

l'égard de tous) : ce qui nous renvoie à la définition d'après la doctrine romaine de la coutume juridique remplissant la règle « *inveterata consuetudo et juris seu necessitatis* »¹.

328. La structure catégorielle du droit englobe toutes les institutions et les opérations juridiques, elle est « réglée par la loi, ou la coutume, ou par la raison ; elles en sont les architectes, ce sont elles qui déterminent les “matériaux” et les conditions de chaque édifice petit ou grand... »². Une institution ou une opération juridique peut se réaliser soit par un droit précis ou spécial à un cas concret soit par l'interpénétration ou la juxtaposition des groupements de droits, l'ensemble de chaque construction est le corolaire de la prise en considération de la loi, de la coutume ou de la raison indépendamment ou en se mélangeant entre elles. La coutume a été à l'origine du droit malgache tout comme celle des droits en général, un usage, une habitude, un comportement qui se répètent spontanément : elle se distingue par sa forme orale, gestuelle, et évolutive (composante de sa spontanéité). Au fil du temps, par un besoin social et de technique juridique, des règles coutumières deviennent du droit écrit, du droit positif au sens des juristes modernes : toutefois, une règle ou une norme n'implique pas qu'elle soit écrite pour être positive, la coutume certaine et non contraire à l'ordre public et les bonnes mœurs est une source inépuisable de droit (art. 11, loi n° 62-041).

329. L'histoire du droit à Madagascar justifie les règles de conduite dans un foyer malgache de nos jours : il était composé tout d'abord par les parents (« ... *nisy ny ray aman-dreny*³ *nahitana masoandro* ») puis les aînés (« ... *ny zoky mahaleo mahalasa*. »⁴). Si les premiers sont nos origines, ceux à qui nous devons le soleil et la lumière, selon les anciens, si les seconds obstruaient (« ... *raha nisakana tsy àry ny sisa rehetra, ka tsy maintsy hajaina* »), tous les membres de la famille ultérieurs ne se suffisaient pas à eux-mêmes, c'est la raison pour laquelle « il faut les respecter ». Dans le foyer malgache, les parents trouvaient leurs places dans le coin nord de la maison, personne n'osait les prendre, les anciens et les aînés seuls pouvaient s'asseoir sur les « *laona* », pilons en bois renversés sauf s'ils en restaient non

¹ MAYNEZ Eduardo Garcia, MARTINEZ Salvador et MARTINEZ, « Introduction à l'étude du droit, in “Inveterata consuetudo et opinio iuris seu necessitatis” », sur *Al Calor PolÃfÃtico* [en ligne], publié le 2021.

² PICARD Edmond (1836-1924) Auteur du texte, *Les constantes du droit : institutes juridiques modernes* [en ligne], Ernest Flammarion, Éditeur, 1921. p. 70.

³ « L'expression ray aman-dreny désigne, en effet, tous les ascendants » in CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 144.

⁴ RAZAFINDRAMASINA, « Ny fanajàna teo amin'ny Ntaolo, fanajàna tamin'ny Mpanjaka sy ny Andriana, Fanajàna teo amin'ny ankohonana sy ny ankizy », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*, 1 janvier 1920.p. 7.

occupés. Toutes les places surélevées étaient tabous aux puinés et les enfants¹, c'était une honte, une faute grave si l'on se réfère aux termes de droit moderne.

B. Quelques exemples de coutume régionale

330. Depuis la conquête de l'ensemble du territoire de la grande île par le pouvoir royal Merina entamée depuis la fin du 18^e siècle à nos jours, l'unification du droit semble très difficile à établir compte tenu des différences de coutumes. D'où la constatation de la coutume se trouvant à l'encontre de la loi (*contra legem*), celle qui va dans le même sens que le droit écrit (*secundum legem*), enfin celle que la loi ne contredit pas, mais n'est pas retenue expressément par la législation (*praeter legem*). C'est dans ce contexte de présence de différentes coutumes que le juge est souvent appelé à dire le droit. Le juge, en effet, doit considérer les règles coutumières de chaque territoire, mais aussi et ce qui crée véritablement des problèmes quand un individu venant d'un territoire voisin vient appliquer une coutume différente de ce qu'observe la population locale. Le juge se trouve alors dans une situation délicate, souvent traité de « corrompu » par les uns ou d'injuste et d'incompétent par les autres : alors qu'il ne fait que dire le droit. À première vue, il doit privilégier la loi qui s'applique « normalement » sur tout le territoire, qui se place au-dessus de tout citoyen en motivant sa décision sur l'inviolabilité de la loi par des conventions contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Mais sur le terrain, la réalité est tout autre, le juge doit faire son investigation sur la coutume (usages locaux, convenances, et pratiques) réellement suivie, stable et qui n'est pas tombée en désuétude : la coutume est considérée comme source à part entière de droit, contrairement à ce qu'elle n'est en France qu'« une source subsidiaire »².

331. — Exemple de la coutume Sakalava du « *Soro Anaka* », elle consiste pour le père de famille (même légitime) d'adopter son propre fils et de l'élever au rang d'héritier : si cette institution est clairement sociale et traditionnelle, elle est prémices du droit des successions. Le fils qui n'a pas été « élevé » au rang d'héritier ne pourra pas donc succéder à son père, la coutume devient *contra legem*, car si le défunt décède *ab intestat*, tous ses enfants doivent recueillir une part égale de l'héritage, le fils est ainsi déchu de son droit de succession par la coutume et non par le droit. De cette même coutume, nous trouvons l'exemple du devoir de respect aux aînés lorsque la « Reine Binao meurt subitement... quelques années auparavant,

¹ *Ibid.*p. 7, « ka tena natao hoe fahafaham-baraka sy noheverina ho nahafolaka an-datony ny mitaingitaingina foana teny. »

² CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 193.

elle avait laissé les dispositions testamentaires [où] l'ensemble de ses biens revient à son demi-frère Amada, lequel jouait depuis son âge adulte le rôle de mandataire de sa sœur »¹.

332. — Exemples de Dina *contra legem* : le Dina « Tsy tia halatra ou Besaboha »², le Dina « Mena-vozo »³; la différence de ces Dina avec les autres repose sur le fait qu'ils n'ont pas obtenu l'homologation de la justice, car jugés contraires aux droits de l'homme (notamment par la peine de mort, la violation du droit de la défense, l'inexistence de juridiction supérieure). Le Dina ne procure pas que des effets positifs, par la disponibilité des règles qui régissent la communauté rurale loin de la puissance publique, il engendre des problématiques par les abus de droit du Comité exécutif ou *Mpizaka* rendant des décisions excessives jusqu'à extorquer des biens aux personnes sous de simples suspicions. En effet, si le Dina consiste avant tout à prévoir les infractions pénales en instaurant des sanctions appelées « *Vono-dina* » (pour éteindre le Dina) : parfois, il est à l'origine des ambiguïtés du droit positif par la production des règles de droit en dehors de la compétence législative, mais surtout se transforme en vindicte populaire⁴, c'est-à-dire en lynchage public⁵ : ce constat du Dina démontre qu'il impose à tout individu de respecter la famille, la communauté et la convention.

II. Les sources légales du devoir de respect aux aînés

333. Si l'obligation est imposée à l'enfant né d'une union charnelle de ses parents, elle lui est rattachée en personne par la loi sans qu'il donne son avis : l'obligation découle d'un fait juridique. Dans l'acte juridique où l'obligation s'impose à l'enfant du fait de sa volonté d'accepter son adoption (au cas où il ait l'âge de discernement⁶, l'obligation dérive d'un acte

¹ BARÉ J.F, *Pouvoir des vivants, Langage des morts : Idéo-logiques Sakalave*, François Maspero, 1977.p. 111.

² Ce Dina « n'aime pas le vol » et le considère comme un crime pouvant entraîner la mort.

³ Se traduit littéralement comme étant le dina à gorge rouge, c'est-à-dire autorisant la décapitation, in NJARA Ernest, « Dinan'ny fahandriam-pahalemana ou Chartes de la sécurité publique », *Bulletin de l'Akademia Malagasy*, 1997.p. 37.

⁴ Pour voir quelques exemples : YV Sam Faits divers, « Affaire Ikongo, le bilan s'alourdit à 19 morts et 21 blessés » [en ligne], *midimadagasikara*, 31 août 2022. ; IHARILIVA Mirana, « Toliara II - Des actes du Dinabe dénoncés », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 2 septembre 2021.

⁵ RAKOTOBÉ Nelly et HARIZO Rindra, Le juge pénal face aux conventions sociales « Dina » et à la justice populaire, [s. n.], 2020.p. 12. Les chiffres officiels de la gendarmerie décomptent 28 cas en 2018, 32 en 2019.

⁶ Loi malgache n° 2017-014 du 30 juin 2017, relative à l'adoption, Art. 43 - Tout enfant capable de discernement apprécié par le juge des enfants doit consentir personnellement à son adoption ; la loi malgache ne détermine pas expressément l'âge de discernement et le soumet à l'appréciation du juge alors que l'art. 349 du CCF le précise : « L'adopté âgé de plus de treize ans consent personnellement à son adoption ».

juridique par son consentement à l'adoption). On peut en déduire que l'obligation est issue d'un fait juridique ou découler d'un acte juridique dans l'adoption : cependant, les effets de l'acte juridique sont assimilés par la loi à l'obligation légale née de la filiation.

A. De l'obligation légale née du lien de filiation

334. L'art. 1^{er} de LTGO définit l'obligation comme un lien de droit en vertu duquel le débiteur est juridiquement tenu envers le créancier de lui fournir une prestation ou de s'abstenir d'une faculté, prestation ou abstention dont il est responsable sur la valeur des éléments actifs qui composent son patrimoine. L'obligation a des sources diverses, soit contractuelle : l'acte juridique, soit extracontractuelle : le fait juridique. Le fait juridique, selon M. Carbonnier¹, est, soit un événement purement matériel, vide de tout contenu volontaire, soit un agissement animé d'une certaine volonté d'où découlent des effets de droit, ou des modifications dans l'ordonnement juridique, mais sans que ces effets aient été recherchés. Le CCF a construit le régime de l'obligation à partir de l'obligation contractuelle² : ces règles s'étendent, avec des modifications, aux obligations extracontractuelles³ dont le quasi-contrat, le délit et le quasi-délit et à l'obligation imposée par la loi aux parents d'entretenir, d'éduquer, de soigner les enfants ou encore les obligations de voisinage et des tuteurs (art. 1370, al. 2-3). La filiation, c'est le lien de droit⁴ qui existe entre le père ou la mère et son enfant, paternité ou maternité⁵ : une différence est à faire entre deux filiations ; celle dite par nature ou charnelle de la filiation légitime et de la filiation naturelle appelée aussi filiation biologique et celle de la filiation fictive judiciairement ou médicalement assistée (filiation autrement)⁶. L'obligation née de la filiation est une obligation familiale et sociale de « faire du bien », qui produit des effets de droit entre les personnes liées sans que ses effets soient volontairement recherchés, du moins du côté de l'enfant.

335. En droit écrit traditionnel malgache, l'obligation qui est imposée à tous les membres de la famille, au point de vue vertical qu'horizontal, découle du principe « *Izay tsy ampy ampiana, izay mihoatra analàna* » (traduit comme : ceux qui en ont trop doivent donner à

¹ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 30.

² Le Titre III du Livre III, « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » (Art. 1101-1369).

³ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995. p.14.

⁴ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017. P.495. : « Parce que la nature suppose que l'enfant vienne au monde des œuvres d'un homme et d'une femme, la filiation est le lien que le droit crée pour unir le premier aux seconds »

⁵ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991.p.353.

⁶ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 323 et s.

ceux qui n'en ont guère). Par le mariage, les époux contractent l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants : et même à leur âge adulte, les parents étaient tenus d'une obligation d'aliments envers eux s'ils sont dans le besoin. Inversement, les enfants¹ doivent des aliments à leurs parents et ascendants (*ray aman-dreny*) indigents, dans le besoin ou si la vieillesse les met hors d'état de gagner leur existence. Par contre, l'obligation alimentaire des parents envers les enfants cesse s'ils se conduisent mal vis-à-vis d'eux². Les conditions de promiscuité de la vie de la famille traditionnelle imposèrent ces principes, d'aide et d'assistance à tous ses membres, reconduits dans la législation moderne : mais il faut, d'autre part, signaler une situation créant une injustice quant à l'ignorance du droit aux aliments entre frères et sœurs alors que le lien d'alliance est qualifié d'obligation légale.

1) Le respect dû à ses père et mère

336. À l'éclairage de la coutume reprise par le Code des 305 articles, qui continue de régir certaines situations du droit des personnes, nombreuses sont les dispositions qui demandent l'observation obligatoire du respect et d'honneur des enfants à l'égard des parents, ascendants, et à tout ce qui est né avant soi. Le droit au respect est indéniable dans l'art. 233 du Code de 1881 (au-delà de la traduction jugée difficile ou de sa rédaction obscure), ci-après les deux traductions différentes surtout dans les effets et dans les sanctions :

— celle de M. Cahuzac (exclue depuis le 1^{er} décembre 1900) : « Alors même qu'un enfant légitime, naturel ou adoptif, aurait déjà reçu une donation, s'il ne respecte pas ses parents, ceux-ci ont le droit le plus sacré (*Masi-mandidy*) de disposer de leurs biens dans leur testament. De même, un petit-fils dont les parents sont morts, ou un enfant légitime dont la mère est décédée ou divorcée peuvent être exhérédés s'ils ne respectent pas leurs parents. Mais si au contraire, les petits-fils, enfants d'un fils ou d'une fille décédée et les enfants d'une mère décédée ou divorcée, remplissent leurs devoirs envers leurs parents, on ne pourra révoquer les donations qui leur ont été faites du vivant de leur père et mère »³.

— celle officielle de M. Julien : « Les enfants, qu'ils soient de leur père ou mère, ou simplement adoptés par eux, s'ils ne se conduisent pas en enfants affectueux, leurs parents restent libres de disposer de leur fortune ainsi qu'ils l'entendent, même au cas où ils ont pris

¹ Art. 110 du code de 1881 : « les parents lorsqu'ils sont pauvres, âgés et incapables de travailler pour se nourrir, doivent être pourvus par leurs enfants de nourriture et de vêtements. Si un enfant ne remplit pas ses obligations, le gouvernement opérera sur ses biens un prélèvement destiné à subvenir aux besoins de ses père et mère.

² GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 20.

³ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900. P. 259, 331.

des dispositions testamentaires en faveur de ces mêmes enfants. Si ces enfants sont des orphelins recueillis par leurs grands-parents ou qu'ils soient les fils d'une mère défunte ou divorcée, et vivent sous le toit de leur père remarié, ils pourront être rejetés, s'ils ne se conduisent pas vis-à-vis de ceux qui leur tiennent lieu de père et mère, en enfants affectueux ; si au contraire, ces mêmes enfants se montrent aimants, ils ne pourront être rejetés ni dépouillés de leur part d'héritage, telle qu'elle a été réglée du vivant de leurs père et mère. »¹.

De ces deux traductions : « ne pas respecter leurs parents » équivaut à « ne pas se conduire en enfants affectueux », l'idée ne se résume pas seulement par des sentiments, mais par des actes, des attentions, des devoirs². Est-elle la contre-valeur de l'obligation des parents de fournir aux enfants des moyens d'existence³, le terme signifie l'assistance des parents à l'établissement de l'enfant : limite perceptible entre l'enfant mineur ou jeune majeur vivant chez les parents et l'enfant majeur promu à l'indépendance vitale vis-à-vis de ses parents. Cette limite est indispensable et déterminante pour donner aux parents sous conditions de recevabilité l'action en demande d'autorisation de rejet d'enfant devant le tribunal par la loi nouvelle sur le rejet d'enfant. En effet, le droit de rejet ne peut plus porter sur un enfant mineur suite aux réformes de la loi n° 63-022, pour la cause la plus noble qu'est la protection de l'intérêt de l'enfant.

337. D'une part, il faut rappeler que pour l'application de la loi, le juge est invité à se référer à la coutume des parties (art. 11, loi n° 62-041) en cas d'obscurité ou de mutisme du droit positif et d'autre part la loi elle-même prévoit la positivité des textes anciens⁴. L'enfant,

¹ JULIEN Gustave, *Recueil de lois malgaches. Code des 305 articles promulgué le 29 mars 1881*, Imprimerie officielle, 1900.

² P. ex., une autre tradition, qui perdure dans les règles coutumières, est la prédestination des différents morceaux d'un gibier ou d'une volaille : l'arrière-train d'un animal était considéré être le meilleur morceau de la viande et il est la part indiscutable du père, ou du plus aîné de la famille, cette coutume est toujours d'actualité, très importante aux yeux de tout le monde, non seulement des membres d'une même famille, mais des regards d'autrui. Il est très déshonorant par exemple si vous êtes l'aîné ou le doyen d'une cérémonie et que le meilleur morceau fut attribué par l'hôte à quelqu'un d'autre : c'est une humiliation certaine devant tout le monde : « ... *Rehefa vorona no novonoiny, na akoho no nataony laoka, tsarony niaraka tamin'izay ny ray aman-dreny nahità-masoandro, fola-damosina sy lany mondro-kery taminy* », in RAZAFINDRAMASINA, « Ny fanajàna teo amin'ny Ntaolo, fanajàna tamin'ny Mpanjaka sy ny Andriana, Fanajàna teo amin'ny ankohonana sy ny ankizy », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*, 1 janvier 1920.p. 46.

³ SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 308.

⁴ L'instruction n° 0629/MJ-CAB (ministère de la Justice) du 23 octobre 1961 relative à l'application de certaines dispositions de la loi n° 61-025 sur les actes de l'état civil prévoit en ce qui concerne la reconnaissance des

quant à lui, doit à ses parents respect et honneur : ses obligations se signifient en actes, « respecter c'est nourrir, habiller, et faire sortir les parents âgés. Craindre ce n'est pas s'asseoir à leur place, ne pas prendre la parole à leur place, ne pas les contredire »¹. L'obligation de respect se concrétise dans l'obligation alimentaire et de sa réciprocité entre les membres d'une famille (art. 63 de la loi 2007-22), par le lien de filiation (légitime ou naturelle, loi n° 63-022) et s'étend aux ascendants. La situation du gendre et de la bru était appréciée au même titre que celle des enfants obligés (jusqu'au décès du conjoint ou divorce des époux, art. 64 de la loi 2007-022) : contrairement au droit français qui devrait continuer à assumer leur obligation si leur époux ou épouse disparaît, des questions se posent d'ailleurs si cette obligation est plutôt un fardeau que nécessaire². Enfin, à l'inverse du droit français indiquant expressément par l'art. 371 du CCF que l'enfant de tout âge doit respect et honneur à ses père et mère, mais qui a été dépouillé de sanction directe, la loi n° 63-022 sur le rejet prévoit d'une manière explicite les sanctions à l'atteinte à l'honneur familial, aux manquements au devoir de secours, d'assistance et de respect aux parents, ascendants et à la famille (art. 80). La famille est entendue dans un sens plus large, légitime ou d'origine, naturelle ou coutumière, pouvant inclure la famille élargie définie comme l'ensemble des parents, alliés, proches ou lointains de l'enfant (art. 4)³.

2) Le respect dû à sa famille, à ses ascendants, à ses tuteurs...

338. On peut se demander quels sont les rapports juridiques qui existent entre un individu et sa famille en dehors de ceux qui touchent directement ou indirectement les valeurs patrimoniales. Nous avons vu plus haut l'importance du nom et de la famille en droit malgache : le nom est plus qu'« un symbole social et familial »⁴, il peut déterminer

enfants naturels que « Conformément à une jurisprudence constante qui établit divers actes juridiques tels que le mariage, l'adoption ou le rejet, la possibilité offerte par l'article. 5 des Règlements des Gouverneurs de l'Imerina de 1889 de faire opposition à ces actes, toute personne lésée par la reconnaissance peut, par simple déclaration verbale ou écrite adressée à l'officier de l'état civil compétent, faire opposition à l'acte de reconnaissance ».

¹ ACKERMANN Liliane, *Quelques données sur le droit de la famille dans le Judaïsme*, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.p. 24.

² LEROYER Anne-Marie, « Belle-famille empoisonnante ou solidarité nécessaire : réflexion sur les débiteurs de l'obligation alimentaire » [en ligne], *RTDCiv-3*, 2022.

³ Loi n° 2017-014 du 30 juin 2017 sur l'adoption à Madagascar.

⁴ BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ Lextenso éditions, 2010.p. 35.

effectivement l'appartenance d'un individu à la grande famille, par la filiation et par l'alliance. Le comportement d'un individu peut affecter la réputation d'une famille tout entière, d'une communauté ou d'une tribu : ce qui implique la vigilance et l'autosurveillance de la famille envers ses membres. En aucun cas, la réputation d'une famille ne doit être souillée par l'acte d'un de ses membres, « nos fautes rejailliront sur nos fils, nous sommes tous solidaires »¹ : à notre avis, elle inclut tous les membres proches de la famille, reprise par la loi de 1963. C'est ce rattachement familial dans les rapports sociaux d'un individu qui est prévu par « le devoir de respect à la famille », c'est le repère du lien transgénérationnel : qui ne réside pas nécessairement dans la transmission obligatoire du nom du père ou de la mère. Ce qui explique la raison pour laquelle la commission de rédaction du Code civil malgache et le législateur n'ont pas précisé qu'il faut respecter le nom de famille, mais préférerait plutôt l'englober dans une notion assez vague et imprécise « doit honneur et respect à sa famille ». Un exemple de respect des petits enfants aux grands-parents nous montre qu'à une époque pas très ancienne, puisque les faits relatés n'ont pas encore un siècle, il était tabou aux petits enfants de répondre à leurs ascendants ni de refuser un service² : au contraire, ils doivent être contents et souriants du fait que l'on s'intéressait à eux et à leurs services. Dans la réalité, le respect aux aînés n'est pas seulement un devoir, mais « une obligation » (une règle impérative « ... *tsy maintsy* » qui signifie « il faut », et non « *tokony* » ou « doit »). Cela est confirmé par le proverbe « ... *ny zoky fanaja, ny zandry faniraka* », « il faut respecter les aînés, les puînés et les cadets doivent répondre à leur demande ou à leur appel », et ces derniers étaient fiers et contents d'avoir été sollicités : « *Izay nanirahina azy efany avokoa... dia sady novaliany haingana amim-panajàna, no natonina amin'ny endrika mirana.* »³. Et quand les membres de la famille malgache se rencontrent, les enfants doivent saluer en premier les parents, les plus

¹ CHATEAUBRIAND, *Le génie du christianisme*, op. cit., in MENGÈS-LE PAPE Christine, *La loi de solidarité, vers une fraternisation selon la théologie et le droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.p. 20.

² « *Faly mantsy ny Ntaolo maro anaka, fa nisento kosa ny kibo momba ka hoy izy : « Mananjara kosa manko itony maro anaka, fa tsy ilaozan'izay mahatsangy, ary tsy ilaozan'ny zafy maniry tandroka ; fa ny lahy mpialopoza, ny vavy mpanihika, ny zafikely mpaka volofotsy* », in RAZAFINDRAMASINA, « Ny fanajàna teo amin'ny Ntaolo, fanajàna tamin'ny Mpanjaka sy ny Andriana, Fanajàna teo amin'ny ankohonana sy ny ankizy », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*, 1 janvier 1920.p. 8 : les anciens étaient content du fait d'avoir une famille nombreuse même s'il existe toujours « brebis galeuse », chaque membre de la famille, à chaque génération était confié une tâche bien précise, par ex ; les petits-enfants entretiennent les grands-parents même si ce n'est que d'enlever, épiler « les cheveux blancs ».

³ *Ibid.*p. 8.

jeunes aux moins jeunes¹ (même si un Président de la République est jeune, il est considéré comme le « Parent » de la nation) : une des règles les plus suivies dans les coutumes mondiales est la règle de salutation, elle est respectée, même si le droit la méconnaît, ou pas, puisqu'il existe bien des règles protocolaires en droit national qu'en droit international.

3) Le devoir des aînés, de la famille, des ascendants, des tuteurs...

339. Mais l'obligation de respect ne se fait pas sans contrepartie puisque ni les parents ni les aînés ne doivent pas manquer de respect aux enfants ou aux puînés. Le comportement de chaque membre de la famille est bien déterminé et spécifié, les plus anciens laissent à leurs cadets des règles à suivre dans le foyer et en public. En résumé, la réciprocité du respect entre les générations membres de la famille et de la société était la règle sociale, une conjugaison au passé que nous pensons être applicable au présent et au futur, les petits savaient respecter, les grands ne souillaient pas le respect qu'on leur a adressé, selon l'adage « les cheveux ne s'opposaient pas à la tresse », c'est-à-dire qu'aucun membre de la famille ne doit dévier du nœud familial et social auquel il est lié². Le respect que les membres de la famille ou de la communauté devaient être réciproque notamment le jour de l'an, moment très important dans les règles de conduite sociales et familiales³, où un devoir s'imposait à tout un chacun de rendre hommage, respect et honneur à son entourage que l'on grave dans les mémoires par le partage d'un bout de viande. Des règles familiales et de civilité ou leurs manquements pourraient entraîner des conséquences juridiques.

340. À côté du droit des aînés existe « le devoir de l'aîné », la coutume du « *Mamelomaso* » qui attribue à l'aîné⁴ de la fratrie, ou à celui que le défunt avait confié la tâche de faire

¹ « *Raha mbola tsy nifankahita, dia ny zanaka aloha no miarahaba ny ray aman-dreny, ary ny zandry no miarahaba ny zoky, samy amin'ny fomba mendrika avokoa. Amin' izany dia sady mitsangana no miarahaba, ary « Tsy mipetraka ny zanaka raha tsy mahazo toerana ny ray aman-dreny ; na ny zandry, raha tsy tafapetraka ny zoky. Ny zoky kosa, tsy mba nanao teniko fe zokiny, na nandady hajaina. Tsy azony natao koa ny arahabaina ka milanja molotra, na ny nandeha teo akaikin'ny zandry amin'ny endrika miavona », in Ibid.p.8.*

² « ... ny madinika nahay nanaja, ny lehibe tsy nandady hajaina ; tsy nisy volo nanoha randrana : nifanoa izy rehetra ».

³ « *Ny zandry miarahaba ny zoky amin'ny endrika faly : « Arahaba, tratry ny taona soa aman-tsara, tompoko e !... « Ny ray aman-dreny sy ny mendri-kaja, tsy diso anjara tamin'ny havana aman-tsakaiza tsy nohadinoina tamin'ny jaka ; ny lavitra sy ny akaiky, notsarovana tamin'ny « nofon-kena mitam-pihavanana. « Ny ray aman-dreny sy ny zoky, tsy very voninahitra, ny zanaka aman-jandry, tsy afa-baraka », in RAZAFINDRAMASINA.p. 45.*

⁴ RAZAFINDRATSIMA Fara Aina, DURAND Bernard et RABEARIMANANA Lucile, *Entre droit français et coutumes malgaches* [microfiche], Thèse, Fondation Varenne diffusion LGDJ, 2011.p. 196.

perdurer l'activité familiale, effectivement dans l'agriculture et l'élevage. Ainsi, l'écu devrait faire prospérer l'entreprise familiale et à ce titre il pourra en profiter seul des bénéfices qui découlent de la production. P. ex, « l'aîné de la famille qui, avant le partage, a cultivé et fait produire les biens de cette succession ne doit de ce chef aucune indemnité aux autres cohéritiers, si, du moins, sa jouissance a été publique et s'est effectuée au vu et au su des autres ayants droit »¹. Cette protection de la mise en valeur des biens et de l'entreprise familiale se manifestait aussi en droit français sur la protection des familles paysannes du décret-loi de 1936 suscité. Le devoir de respect aux aînés n'exige pas moins de réciprocité : les grands-parents malgré les changements des structures familiales modernes et du droit de la famille, à savoir de l'adoption ou du droit des successions ; ils restent bien présents dans la vie familiale et juridique. Les relations personnelles et patrimoniales entre petits-enfants et grands-parents² se trouvent d'ailleurs parmi les préoccupations du législateur français, ce qui n'est forcément le cas en droit malgache où la solidarité familiale prime encore à l'action de l'État. C'est ainsi que les règles coutumières orales devenaient des règles juridiques écrites reconnues par l'administration et la justice coloniale puisque le devoir de respect aux aînés répond à des devoirs des aînés où « d'après la tradition, les aînés d'une famille doivent aider leurs jeunes parents de leur expérience et les diriger de leurs conseils. À l'occasion d'un partage d'une succession indivise, il est à présumer, d'après la coutume, que les jeunes ayants droit verront leurs droits protégés par leurs aînés »³.

341. Le droit malgache sur l'adoption simple et plénière autorise les grands-parents et la famille élargie (lien de parenté ou d'alliance, art. 81 ; mais limitée au 3^e degré, art. 90) à adopter les petits-enfants. Ce qui diffère des règles de l'adoption du droit français qui prohibe l'adoption entre ascendants et descendants en ligne directe et entre frères et sœurs (art. 346, al. 1) sauf en cas de motifs graves impactant l'intérêt de l'adopté apprécié par le tribunal (art. 346, al. 2). Après plusieurs revirements de position de la justice sur l'accueil d'une demande de déclaration d'abandon en France des grands-parents en vue d'adopter un enfant de leurs descendants⁴ : la réforme du droit français revient sur la validité de l'adoption par les

¹ C.T du 19 mai 1904.

² Voir sur le sujet, GARÉ Thierry, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Editions du Centre national de la recherche scientifique : Diffusion, Presses du CNRS, 1989.

³ C.T du 10 juin 1897.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 3 février 1981 : D. 1981, p. 548, note J.M ; RTDCiv., 1984, p. 310, obs. J. Rubellin-Devichi ; décision contraire, TGI Paris, 2 juin 1978 et C.A Paris, 8 juin 1979, JCP, 1980, II, 19297, note critique A.-M Fournié ; RTDCiv., 1980, p. 110, obs. Nerson et J. Rubellin-Devichi.

grands-parents de la loi du 22 décembre 1976 en présence de descendants (ancien art. 353, al. 2). Le législateur considère que cette « adoption perturbe grandement l'organisation juridique de la famille »¹ et la conditionne de motifs graves pour l'intérêt de l'enfant. Alors même que, la désignation des quatre membres du conseil de famille par le juge des tutelles (art. 399) peut inclure les grands-parents paternels comme maternels de l'enfant, tuteur ou subrogé-tuteur, en vertu de laquelle ce dernier désigné effectuera l'entretien et l'éducation de l'enfant suivant la volonté exprimée de ses père et mère (art. 401). Le tuteur désigné (par testament ou par le conseil de famille) parmi les membres de la famille : les grands-parents, ou les frères et sœurs des parents veilleront à la gestion des biens du mineur (art. 408, al. 3).

342. Ce qui signifie le rôle très important des aînés et des grands-parents en droit malgache comme en droit français dans les relations familiales quand les parents de l'enfant décèdent ou manquent gravement à leurs obligations, mettant en danger la vie de l'enfant. Cependant, il est toujours privilégié en droit malgache comme dans la coutume que la famille soit le terrain naturel de la solidarité familiale, l'État n'interviendra que dans une solution insurmontable et ultime et non l'inverse : ce qui distingue l'esprit du droit français du droit malgache de l'adoption quant à la solution de confier la garde des enfants aux grands-parents ou de la demande de retrait de l'autorité parentale en leur faveur.

B. De l'obligation de respect à l'appartenance à un groupe familial, une ethnie

343. En tant que sujets, citoyens ou justiciables, nous sommes supposés faire correspondre nos comportements à ce que disent les textes ou censés pouvoir exiger que quelqu'un d'autre le fasse², la loi est générale ou spéciale, mais surtout elle est impersonnelle, ce qui crée la catégorie du droit subjectif quand elle vise essentiellement un sujet de droit. La coutume malgache sur ce point était sévère, les principes de bonne conduite sociale imposent le respect de la famille, du voisinage, de la communauté où l'on appartient. Chaque membre d'une communauté (lié par le sang) doit veiller à faire le juste et garder la vérité dans les relations familiales ou amicales³ : « *Ny havan-dratsy tsy mahaleo ny sakaiza vanona* », littéralement les mauvais membres de la famille ne valent pas les vrais bons amis. Ainsi le « *Fihavanana* »

¹ GARÉ Thierry, p. 106.

² RAZAFINDRAMASINA, « Ny fanajàna teo amin'ny Ntaolo, fanajàna tamin'ny Mpanjaka sy ny Andriana, Fanajàna teo amin'ny ankohonana sy ny ankizy », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*, 1 janvier 1920, p. 99.

³ « *Izany firaisam-pihaviana, fa iray rà izany, dia toa manesika ny olombelona hifankahazo sy hifanao ny marina na ny rariny* », in MERINALAVASOFINA, « Ny Ntaolo sy ny lalàm-pitodran-tena (Fihavanana na ny Fisakaizana) », *Isan'Andro 1943*, 1943.06.01- 02.

entre membres d'une même famille peut être substitué par le « *Fisakaizana* » ou l'amitié et même si les personnes qui se sympathisent n'appartiennent pas à la même famille¹, elles sont considérées par la communauté et par la famille comme des frères et sœurs ou dans certains cas comme parents et enfants. Ainsi, le respect dû à la communauté et à la société, au nom du « *Fihavanana* », entre les personnes liées par une amitié sincère et profonde² entraîne des règles juridiques de solidarité, de bienveillance, de secours et d'assistance : c'est-à-dire des règles de respect mutuel obligatoires (« *Tsy maintsy mifankatia sy mifamonjy* »). L'on pensait en effet qu'en cas de difficulté ou de besoin, ce ne sont pas les étrangers ou les individus se trouvant dans d'autres communautés qui peuvent apporter leur aide, mais ceux qui se trouvent dans la même famille, dans la même tribu, dans la même communauté. Ce qui ne signifie pas que les étrangers ou les individus venant d'une autre communauté sont des ennemis, mais fallait-il choisir parmi les amis ceux à qui on doit avoir confiance et à qui on doit du respect³. En France, M. Pothier reconnaissait la responsabilité de droit commun du propriétaire qui découle des obligations de voisinage de ne pas nuire aux voisins, des obligations réciproques qui datent du 18^e siècle, mais qui restent toujours d'actualité, mais que M. Domat⁴ en fait des limites du contraire en avançant la propriété et d'en user son droit, sans préjudicier les voisins sauf si ce n'est qu'il ne fit ce changement pour nuire aux autres, sans usage pour soi. En termes de coutume et par une comparaison diachronique de ce qui se passait à Madagascar et en France, les propos de Coquille⁵ concernant la coutume de l'ancienne province de Nivernais (aujourd'hui, constitue en grande partie le Département de la Nièvre) reflètent la réalité dans une société donnée à un moment donné, une ressemblance frappante de pensée. Le discours du Roi concernant le voisinage nous montre comment il tenait à ce que son peuple s'organise

¹ « *Fa na dia tsy iray tampo aza ny iray monina, dia efa mifamihevitra azy ho mirahalahy ama-mirahavavy sy mianadahy, ka mifampihavana* : « *Samy rano no mody olona* » », in *Ibid.* 1943.06.04.p. 1.

² « *Ny vorona iray volo no miray dia* », les oiseaux de même robe seraient les seuls à suivre le même chemin.

³ « *Manàna sakaiza maro, fa ataovy vitsy no mahatoky* » : proverbe malgache, les anciens recommandaient de faire attention et d'entretenir les relations amicales par le respect mutuel.

⁴ DOMAT, Lois civiles, I. II, t, VIII, sect. 3, §9

⁵ COQUILLE, Coutumes du Nivernais, chap. X, ss. L'article I, in SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 27 : « Tous habitants des villes et des bourgs, où plusieurs maisons sont proches et voisines les unes des « autres, sont tenus d'user de leurs héritages de telle sorte qu'ils ne fassent incommode à leur voisin. « Toutefois, par les règles des cités et assemblées de plusieurs personnes en un lieu, chacun habitant « doit, par courtoisie et honnête volonté, ne rien faire au sien qui puisse nuire à son voisin, ce qui n'est « pas droit de servitude, mais le droit de cité en laquelle chacun doit vivre en amitié et réunion ».

(principe de solidarité, « *Trano atsimo sy avaratra, izay tsy mahalen-kialofana* ») : « la plupart des tribus africaines ont une conception communautaire de la vie. Toute personne n'est individu que dans la mesure où elle fait partie d'un clan, d'une communauté, d'une famille »¹. Le respect qu'on doit observer dans la rue ou du voisinage est le troisième de sa catégorie, « Dans la rue, il y avait les anciens ou les personnes ayant des cheveux blancs, les aînés "respectés"... tous les parents, les adultes, "les bienfaiteurs que l'on doit se souvenir" et surtout les honorables conseillers du souverain »². Quelques exemples ont été identifiés dans les règles de conduite : la coutume d'enlever les chapeaux pour saluer quelqu'un ou au passage d'un cortège funéraire, ou de donner la main à celui qui porte de charge lourde : ces exemples de bonne conduite sociale ne sont pas aussi rares de nos jours, mais l'explosion démographique, l'exode rural vers les grandes agglomérations, l'organisation de la vie actuelle demandent surement moins d'importance à ces règles qu'autrefois.

344. Le droit positif ne fait que confirmer les règles de conduite dans une communauté par les dispositions concernant les attributions du Fokontany et de l'affectation de l'individu à ce découpage territorial de base, l'ordonnance n° 73-040 du 24 août 1973 prévoit les juridictions territoriales de proximité n'ayant compétence que pour les affaires civiles : « ... il s'agit d'un procès entre des parties en litige et jugé par les membres du fokonolona ou des Ray aman-dreny issus de la population d'un hameau ou du village, lesquels essaient d'abord de concilier les parties puis tranchent le litige en cas d'échec »³ ; sans équivoque, les *Ray aman-dreny* désignent les aînés ou doyens de la communauté, titulaires du droit au respect.

III. Le devoir de respect aux aînés : en quête de perfection

345. Il en ressort des analyses descriptives des règles morales et juridiques que le devoir de respect aux aînés existe bel et bien, mais si son contenu et ses effets varient selon l'objet et selon son titulaire, la notion du respect était de tout temps un principe fondamental, une

¹ Op. Cit. MBOYA Tom, *L'indépendance et après... ?* Traduit de l'anglais par Charlyne Valens, Présence africaine, 1963, p. 193, in NJARA Ernest, « Dinan'ny fahandriam-pahalemana ou Chartes de la sécurité publique », *Bulletin de l'Akademia Malagasy*, 1997.p. 38.

² « *Teny an-dalambe dia nisy ireto hifaneraserana : ny fotsy volo ela niainana, ny zoky fanaja, ny lehibe tsy azo nohadinoana, ny mpanao soa tsy maintsy notsarovana, ny ray aman-dreny rehetra, ary indrindra fa ny mpihevim-panjakana mendri-kaja* », in RAZAFINDRAMASINA, « Ny fanajàna teo amin'ny Ntaolo, fanajàna tamin'ny Mpanjaka sy ny Andriana, Fanajàna teo amin'ny ankohonana sy ny ankizy », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*, 1 janvier 1920.p. 45.

³ RAKOTOBÉ Nelly et HARIZO Rindra, *Le juge pénal face aux conventions sociales « Dina » et à la justice populaire*, [s. n.], 2020.p. 8.

condition de réalisation du droit, du « bon droit ». En ce sens, nous avons vu que le destinataire du respect dont le droit exige l'observation, peut être une personne physique ou morale, privée ou publique, une institution légale ou sociale. Par conséquent, le devoir de respect aux aînés au sens plural des termes peut concerner différents sujets et objets. Au singulier, le terme « aîné » désigne uniquement l'aîné de la fratrie, « rien n'est des plus simple que de savoir lequel des enfants est l'aîné »¹ sauf peut-être pour désigner l'aîné des jumeaux, la solution pour ce dernier cas diffère selon les lois coutumières, les uns pensent que le premier né serait l'aîné², les autres comme dans certaines coutumes malgaches pensent que le dernier-né serait l'aîné puisqu'il se trouvait au fond de l'utérus laissant ainsi le deuxième fœtus prendre sa place plus bas et plus loin du cœur de sa mère, d'autres en font tout simplement par tirage au sort (à défaut de preuve). À côté de ce sens strict du terme aîné existent d'autres interprétations de considération d'âge dans le groupe familial, dans la société, dans la communauté et dans les institutions étatiques³. L'approche du terme aîné dans son sens large nous a montré la manifestation du droit au respect et de l'existence préalable de l'ordre institutionnel, public et social que chacun doit respecter dans la vie quotidienne. Nous privilégions, dans notre étude, analyser le devoir de respect familial intergénérationnel que nous pensons trouver à la base d'une éducation parentale et citoyenne réussie, corolaire d'une vie sociale paisible et prospère dans les relations entre les personnes privées : cependant, le droit au respect exige pour sa perfection des sanctions systématiques.

SECTION C. La nature juridique ambivalente du devoir de respect aux aînés

346. Les questions sur la catégorie juridique du droit de la famille animaient le débat tout au long de ces deux derniers siècles, est-ce bien un droit ? Droit privé ou droit public ? « Le doute vient de ce qu'il est fortement pénétré de morale et de mœurs. Sans parler des préceptes de pure morale qu'il contient [par exemple des articles 371 et 212 du CCF]... les procédures de droit ont peu d'efficacité directe : il faut compter davantage sur les sentiments individuels (l'amour et l'amour-propre), sur la pression de l'entourage⁴. Les sources fondamentales des textes y afférents, affectées au droit privé par le législateur, répondent nécessairement à ces

¹ LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Editions Dalloz, 2010.p. 1189.

² Par exemple, selon l'anecdote relatée dans la Genèse (XXXVIII, 27 à 30), in *ibid.*p. 1189.

³ Comme disait Danton : « Les enfants appartiennent à la République avant d'appartenir à leurs parents (22 frimaire an II), in LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André.p. 205.

⁴ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 25.

questions : celle qui nous préoccupe est la classification juridique du devoir de respect aux aînés ; les obligations dans les relations économiques s'opposent à celles dans les relations familiales¹. L'obligation civile et l'obligation naturelle sont des obligations juridiques, produisent des effets de droit, mais bien moindres quant à l'obligation naturelle dépourvue d'action en justice² : une distinction similaire entre l'obligation civile et l'obligation naturelle faite en comparaison du droit romain et du droit français. "L'obligation est un lien de droit unissant le créancier au débiteur"³ (*Obligatio*), et la dette (*debitum*), la valeur que représente l'obligation, la satisfaction que représente le créancier de son exécution. Selon l'analyse dualiste inspirée de la doctrine allemande de la fin de 19^e siècle, l'obligation serait un lien entre deux personnes : parce qu'il est lié, le débiteur doit faire quelque chose pour le créancier ou lui remettre quelque chose. Au-delà de toute délimitation entre le devoir moral et l'obligation naturelle, de l'obligation naturelle et de l'obligation civile : notre objet d'étude porte sur l'analyse pragmatique du devoir de respect aux aînés dans la vie quotidienne, de son accession à la vie juridique et de la systématisation de sa sanction. Toutefois, cette analyse nécessite un aperçu évolutif de l'institution : jadis coutumière, devenue civile ou légale par la législation ou par la jurisprudence, parfois ignorée par la loi, bref une obligation naturelle en éternel mouvement. "Il n'y a pas d'obligation naturelle en dehors des causes d'où naissent les obligations civiles... De sorte que les obligations naturelles et les obligations civiles envisagées au point de vue de leur origine ne se séparent pas. Le devoir moral existe indépendamment de toute cause juridique et découle de la morale"⁴, l'origine morale du devoir de respect aux aînés ne fait aucun doute puisqu'il découle indiscutablement des règles de bonne conduite familiale avant d'évoluer à l'extérieur en usage et habitudes sociales. La question est de savoir si le créancier du devoir de respect est en mesure de demander à son débiteur de s'exécuter ou le cas échéant une autre sanction.

¹ MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2021.p. 1.

² CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 18. Sur l'ancien art. 1235, al. 2 avant l'ordonnance du 10 février 2016, devenu art. 1302, al. 2.

³ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.13.

Étymologie : du latin obligo, are=obliger, lier lui-même dérivé de ligo, are=lier+ob=en vue de.

Étymologie : du latin credo, ere=croire. Le créancier croit (fait crédit) en son débiteur.

⁴ BAUDRY-LACANTINIERE et BARDE, Des obligations, 3e éd., t. II, n° 1655 et s., p. 740, in CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927.p. 118.

I. Le devoir de respect aux aînés : une obligation légale

347. Le devoir de respect aux aînés est d'emblée considéré comme un devoir moral, au mieux une obligation naturelle, or des sanctions sont prévues et par le droit coutumier (la règle coutumière orale et les usages) et par le droit écrit (Codes et lois civils successifs) qui le consacrait. S'il est assimilé avant tout à un devoir moral, c'est-à-dire à une obligation de conscience, son rattachement à l'obligation civile malgache ne fait aucun doute même si son exécution dépend aussi de la volonté individuelle. Une exécution que le bénéficiaire de l'obligation ne peut directement ou indirectement demander dans certaines mesures, effet commun du devoir moral et de l'obligation naturelle, laissée parfois à la bonne volonté du débiteur et de sa conscience. Nous pouvons penser à l'analyse de Kelsen sur la description théorique proprement dite, et qu'il nomme une "statique" par laquelle il envisage le droit à "l'état de repos" comme un "système de normes en vigueur", à côté de l'analyse "dynamique" qui considère le droit en mouvement. La statique du droit cible les concepts qui assurent la représentation du droit tel qu'il fonctionne (sanction, obligation, responsabilité, droits subjectifs, compétence, capacité, sujet de droit...). Il rapporte l'analyse statique du phénomène juridique à son substrat normatif, c'est-à-dire au caractère coercitif, impératif, déontique (fait référence à la logique du devoir ou de l'obligation) du droit, lequel constitue à la fois son essence et sa manière d'être¹. Le devoir de respect aux aînés tient par sa source son caractère déontique, qui découle d'une obligation morale du fait de l'acceptation par toutes les générations qui se suivent et qui la suivent : cette logique déontique peut générer des normes de comportement dont l'inobservation entraînerait des sanctions juridiques.

A. En droit malgache

348. L'obligation naturelle diffère de l'obligation civile du fait qu'elle n'est pas pourvue de sanction, elle n'est pas véritablement obligatoire², même si elle produit certains effets de l'obligation civile : pour cette dernière, le créancier est en droit d'en exiger au débiteur son exécution. Le devoir de respect aux aînés est une obligation naturelle issue d'un devoir moral, selon les théories des droits savants et de la doctrine de M. Ripert qui confondent le devoir moral à l'obligation naturelle, et non par une décision judiciaire. Il a été transformé en obligation civile par la législation orale, retenu et confirmé par le droit écrit ultérieur.

349. L'idée de la transcendance du devoir de respect aux aînés n'eut pas de contrariété dans son application. Mieux encore, le Roi Andrianampoinimerina par ses discours avait prévu des

¹ KELSSEN Hans et EISENMANN Charles, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962. p. 96.

² MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, p. 673.

sanctions en cas de violation de cette norme de comportement pour “la désobéissance des enfants à l’autorité des parents... pour la désobéissance opposée aux aînés ou aux anciens”¹. Et nous confirmons qu’à ce stade, “les droits naturels individuels devaient ensuite quitter leur dimension transcendante pour, sous l’influence du positivisme, se rapprocher de l’ordre positif”². La détermination de l’objet par la législation orale rendait ce droit naturel reconnu à tout individu se trouvant dans le statut de l’“aîné” de réclamer, d’imposer les créances naturellement acceptées et observées par l’ensemble des membres de la société. Cette deuxième condition n’est pas moins exigible, car une loi ou une coutume non suivie n’a de valeur ou de force que par l’adhésion de la majorité de la population. Le droit des obligations domine l’ensemble du droit... dont le droit privé est évident : le droit privé a pour objet les relations privées entre les hommes, relations dont le mécanisme majeur est l’obligation³. En droit coutumier malgache, l’obligation de respect aux parents, aux ascendants, aux aînés et aux membres de la famille se trouve sanctionner par une véritable peine que le rejet. Le droit coutumier et les textes écrits mettaient des moyens permettant aux parents et membres de la famille victimes d’un manquement grave au devoir de respect de ramener le fautif à la raison, par l’existence de sanctions : peine, réparation. Nous pouvons affirmer que l’obligation de respect est une obligation civile et parfaite, ne serait-ce que dans le domaine familial.

350. Au sens de la loi n° 63-022 sur le rejet, l’obligation de respect et d’honneur familial ne peut appartenir qu’à l’obligation légale sanctionnée par la loi civile. Selon l’approche théorique de l’atteinte à l’honneur de M. Steullet, la protection de l’honneur n’est autre que “le droit au respect formel, il est... atteint par la seule transgression des formes. Ce n’est pas le contenu de l’imputation qui réalise ici le délit”. En effet, l’auteur se base entre autres sur la “théorie de l’honneur effectif” et de la théorie normative pour en déduire que si “une atteinte effectivement portée à l’honneur n’est pas un élément constitutif du délit”⁴, ce point de vue implique que les atteintes à l’honneur constituent des *délits formels*⁵ »⁶ ou la présomption de résultat a été instituée par la loi. Autrement dit, si des allégations, des propos sont émis contre la bonne réputation ou la considération de la personne, ces faits sont

¹ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.pp. 304-305.

² DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2021.p. 59.

³ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent.p.17.

⁴ Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, 103 IV 22 = JT 1978 IV, 50 ; 98 IV 98

⁵ REHBERG Jörg, HAUSER Robert, *Strafrecht I, Verbrechenlehre*, Zurich, Schulthess, 2° éd., 1980. P. 49.

⁶ STEULLET Alain, *La victime de l’atteinte à l’honneur, Étude de droit pénal et de procédure pénale suisses*, Éditions Ides et Calendes, 1983.p. 20.

présupposés porter atteinte à l'honneur. Le devoir de respect formel protège donc une personne contre tout comportement visant à la dénigrer, à la discréditer, à la mépriser sans même que le résultat ait été effectif : la présomption de délit que la loi pénale réprime nous démontre une certaine hiérarchie des délits entre matériels et formels. Notre démarche s'arrête là où les faits reprochés pourraient être sanctionnés par le droit, leurs natures civile ou pénale déterminent que le manquement au devoir de respect peut très bien être un manquement à une obligation qu'à la commission d'une infraction. La victime dispose soit une action en réparation du préjudice subi, soit d'autres actions comme la révocation d'une donation, le rejet, la révocation de l'adoption simple en matière civile : ainsi, nous pouvons affirmer que le devoir de respect et d'honneur aux aînés dans le cercle familial est une obligation légale.

B. En droit français

351. Normalement, l'obligation, comme son nom l'indique, est obligatoire, purement et simplement : elle oblige immédiatement le débiteur¹. L'obligation juridique est celle qui produit un effet garanti par l'État et par ses tribunaux². D'après la troisième acception du positivisme juridique en tant qu'idéologie, il « représente la croyance en certaines valeurs, et sur la base de cette croyance l'attribution au droit tel qu'il est, par le seul fait de son existence, d'une valeur positive... »³. Et à ce titre, si le droit positif prévoit expressément dans la loi l'existence d'une norme ou des comportements à suivre, cette existence suffit à elle-même d'affirmer la perfection d'une obligation. Mais cette explication d'une obligation parfaite nous semble incomplète, car une obligation prévue par la loi et qui n'est pas observée par les citoyens, qui n'est pas non plus sanctionnée par les autorités publiques risque fortement la désuétude. En effet, si l'obligation est légalement prévue, l'idéologie du positivisme juridique la considère comme un « bon » système et la transforme en théorie de la justice, et recommande sur le plan des valeurs, le juste⁴. Quant à la transformation du devoir moral ou de l'obligation naturelle en obligation civile, les tribunaux⁵ validèrent les promesses écrites contenues dans un acte sous seing privé, il faut remarquer qu'à l'époque, la justice ne se préoccupait pas ni de la reconnaissance ni de l'aveu de paternité, encore moins de la recherche de la paternité d'un enfant naturel, puisque l'ancien article 340 (avant 1912) les

¹ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.653.

² CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 18.

³ BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, BRUYLANT LGDJ, 1998.p. 28.

⁴ *Ibid.*p. 28.

⁵ Cour Cass., 27 mai 1862, D. 62. 1. 208 ; Trib. Angers., 30 avril 1873. D. 73. 2. 139. ; Trib. Amiens., 1 décembre 1881, D. 82. 2. 117.

interdit formellement. Depuis, l'action judiciaire en déclaration de paternité naturelle est ouverte, les lois subséquentes ont transformé l'obligation morale (naturelle) du père naturel en obligation civile par l'existence d'une action en exécution forcée : il en est de même de la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile des promesses d'un père d'entretenir l'enfant adultérin avant les lois autorisant l'action aux fins de subsides. De plus, le devoir de reconnaissance, constitutif d'une obligation naturelle transformée en obligation civile,¹ représente l'exemple parfait reconnu par le droit malgache² et le droit français, considérant la possibilité sous condition de la révocation de la donation pour ingratitude par le donateur en cas de refus d'aliments de la part du donataire (art. 955-3° du CCF ; art. 111 de la loi malgache), en cas d'atteinte à la vie du donateur (art. 955-1°) et de sévices, délits ou injures graves (art. 955-2°).

352. Les dispositions des articles 371 en combinaison avec l'art. 205 et suivants (les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin) en matière d'obligation alimentaire réciproque et du devoir de respect à la vie privée (art. 9, étendu à la vie familiale), à la présomption d'innocence (art. 9-1), à la dignité humaine et du corps humain (art. 16 et s.), etc., ne peuvent que confirmer le caractère obligatoire et de nature civile de l'obligation de respect aux aînés. Au surplus, le juge pourra intervenir pour des circonstances aggravantes de l'atteinte portée dans le cercle familial et notamment par les nouvelles dispositions en matière de violences intrafamiliales contenues dans le Livre I des personnes, Titre XIV : Des mesures de protection des victimes de violences, article 515-9 et suivant du CCF, et des articles 1136-3 et suivant du CPCF relatifs aux mesures de protection des victimes de violences. Dans ces cas de figure, le devoir de respect aux aînés, quel qu'il en

¹ Cass. Civ. 1, 6 juillet 1987, B. I, n° 224 ; D., 87, I.R., 88.133, n. J. Mestre ; en l'espèce, une fille, mariée sous le régime de la communauté, avait logé ses parents dans une maison (appartenant en commun aux époux), qu'il avait construite grâce à un prêt sans intérêt qu'ils lui avaient consenti. Lors du divorce, le mari a vainement demandé l'expulsion de ses beaux-parents : « en logeant M. et Mme Nicolas (les parents), les époux Cosani (le jeune ménage) avaient entendu nover (modifier une obligation juridique lors de son renouvellement) leur devoir de reconnaissance envers eux en un engagement précis d'hébergement gratuit ; ... rien ne s'opposait à la transmission de cette obligation à l'indivision post communautaire », in MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p. 674.

² Loi n° 68-012 du 4 juillet 1968 relative aux successions, testaments et donations, J.O. n° 598 du 13.07.68, p.1438 : art. 117-1° pour ingratitude envers le donateur et art. 117-2° pour inexécution d'une charge grevée dans l'acte de donation. Si la loi malgache n'énumère pas les cas d'ingratitude, il va sans dire que les motifs graves énoncés par le CCF outre le refus d'aliments rentrent dans les dispositions sur le rejet de la loi n° 63-022.

soit le degré de parenté horizontal ou vertical, ne peut être qu'une obligation civile : et sa nature civile n'exclut pas l'intervention du droit pénal en cas d'atteinte au droit de respect.

II. Le devoir de respect aux aînés : une obligation civile ou naturelle ?

353. « L'obligation naturelle embrasse l'ensemble des devoirs de conscience que la loi n'impose pas et qui n'engagent qu'au for interne ; elle est un devoir moral qui monte à la vie juridique »¹, n'est-elle pas « la signification juridique du principe transcendantal retenu par Kant sur la base de l'impératif catégorique² : “est juste toute action qui permet ou dont la maxime permet à la liberté de l'arbitre de tout un chacun de coexister avec la liberté de tout autre suivant la loi universelle”³. Ainsi, la liberté d'action et la liberté de pensée que le philosophe parlait ne “portaient pas sur le droit” ni de ses contenus, mais des conditions de réflexions sur sa connaissance, or c'est effectivement en analysant les conditions d'existence ou de cohérence du droit à lui-même et à l'ordre juridique auquel il s'applique que nous découvrons que le devoir de respect est une obligation juridique. Les conditions d'application et de suivi par tout un chacun d'un comportement réellement établi et accepté par tous devant une personne, devant la famille et la société, et devant toutes institutions sociales et juridiques, sont les prémices de la production des normes juridiques.

A. En droit malgache

1) L'obligation naturelle en droit malgache

354. L'obligation naturelle ne peut être exigée du débiteur par une action en justice⁴, tel est l'un des effets de l'obligation naturelle, mais son exécution volontaire par le débiteur (et même la promesse de s'exécuter) est valable juridiquement, tel est le second effet de l'obligation naturelle et qui la transforme en obligation civile (art. 49 LTGO) et par

¹ RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949. N° 186 et s., et rajoute plus loin que : « le mot d'obligation naturelle n'a été admis et conservé que parce que l'on avait peur d'introduire la considération morale dans la vie civile. Cette fragile barrière d'une obligation formelle a vite été franchie et les tribunaux ont eu à sonder les consciences », n° 193.

² ATIAS Christian, *Devenir juriste, Le sens du droit*, LexisNexis SA, 2011.p. 164.

³ KANT, Les principes métaphysiques de morale, avança un premier principe universel fondement de l'obligation morale : « Agis de telle façon que la règle d'après laquelle tu agis soit admise et adoptée comme loi par tous les êtres rationnels », in MILL John Stuart, *L'utilitarisme*, Alcan Félix, 1889.p. 7 ; KANT E., *Métaphysique des mœurs*, 1^{re} partie, Doctrine du droit, Paris, Vrin, 1971, introduction et traduction A. Philonenko, préf. M. Villey, p. 98, 104, 201, in ATIAS Christian.

⁴ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 19. « Tandis que tout droit, en principe, est muni d'action, le droit du créancier de l'obligation naturelle est un droit démuné d'action ».

conséquent ne peut faire l'objet d'une demande en restitution de l'indu (art. 50). Tous les auteurs semblent partager la même notion de l'obligation naturelle, certes les mots diffèrent, mais le fond est statique et stable depuis des décennies, voire des siècles. L'obligation naturelle produit deux effets par la jurisprudence, soit par exception, elle sert à son créancier le pouvoir de refuser la demande en répétition contre lui, soit elle sert à son créancier de justifier une prestation, ou une créance à son débiteur. Il est à noter la novation de l'obligation naturelle, quand elle fait l'objet d'une reconnaissance écrite¹, en obligation civile : l'exemple en est l'engagement par le père d'un enfant naturel de participer à l'entretien de celui-ci ; une dette naturelle muée en dette civile ; l'ancienne obligation étant éteinte et remplacée par une nouvelle, l'exemple parfait de la novation consiste en l'extinction d'une dette substituée par une nouvelle dette ou par le changement de créancier. En droit malgache, l'obligation de respect semble imposée par la loi et non reconnue par une décision de justice, d'autant plus qu'elle découle d'un ensemble d'objets abstrait, d'un comportement, d'un sentiment, d'une abstention, d'une présence tout simplement : souvent, elle se précise en action, en service, en prestation. L'action en justice est possible quant à leurs manquements, soit pour faire cesser l'atteinte à sa personne, soit pour une demande en réparation, soit par le rejet, mais paraît plus couteuse, plus complexe et plus longue qu'un simple besoin d'affection ou d'assistance parfois restreint au besoin alimentaire. Ainsi, le devoir de respect n'est pas à la portée d'une action en justice par la plupart des Malgaches, le "possible"² du côté du débiteur et composant de l'obligation légale ne se reflète pas dans la capacité d'agir du créancier nonobstant l'existence de l'aide juridictionnelle. La réponse à la question s'il s'agit d'une obligation naturelle en droit malgache est plutôt négative, ce qui confirme notre thèse de le classer juridiquement et rationnellement dans la catégorie des obligations civiles.

2) Les incohérences entre le devoir de respect et d'honneur de la loi n° 63-022 et l'art. 48 de LTGO

355. La qualification de la nature juridique du devoir de respect aux aînés soulève des problématiques, et ce, en présence de deux énoncés explicites qui semblent créer une confusion en théorie comme en pratique. Si la loi n° 63-022 sur le rejet sanctionne tout manquement volontaire du devoir de respect et d'honneur aux père et mère et à la famille,

¹ CHEVALIER Georges, *La recherche de la paternité naturelle en droit français (Etude sur la loi du 16 novembre 1912)*, Faculté de droit, 1917.p. 22.

² CARBONNIER Jean.p. 21 et s.

l'art. 48 de LTGO peut laisser entendre d'une obligation morale (s'il en est une) comme une obligation naturelle dépourvue d'exécution forcée.

356. En effet, comment qualifie-t-on ces règles de droit civil clairement prescrites et prévues de sanctions civiles outre des “obligations civiles” même s'il leur manque l'action en exécution forcée qui n'est autre qu'une des manifestations des sanctions d'une règle civile ? Et “qu'est-ce qu'obliger signifie si ce n'est contraindre ?”¹, cette contrainte est dans l'obligation légale imposée par la loi, les normes juridiques contrairement à l'obligation morale qui reste une obligation mais dont la contrainte n'est imposée que par le sentiment d'avoir blessé, mal fait, porté préjudice à autrui sans que ce dernier en puisse réclamer ni l'exécution de l'obligation ni la réparation du mal qu'il a subi. Or la loi n° 63-022 contraint l'obligation de respect et d'honneur et prévoit une sanction civile très sévère du rejet d'enfant majeur. Dès lors, pouvons-nous parler d’“exécution implicite” en la différenciant de l'exécution volontaire ou aller plus loin encore en parlant d'exécution obligatoire formelle ? Au vu des œuvres prétoriennes et de la doctrine depuis le 20^e siècle, et du droit comparé, le droit à l'honneur a accédé au statut d'obligation légale sanctionnée par le droit civil et le droit pénal. En ce sens, l'art. 18 de l'ordonnance n° 62-041 prévoit d'ailleurs que toute atteinte illicite à la personnalité donne à celui qui la subit le droit de demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la responsabilité qui peut en résulter pour son auteur. Ce qui ouvre une action en justice, à toutes les personnes victimes d'une atteinte à l'honneur dont protègent les droits de la personnalité et en tant que biens extrapatrimoniaux d'une personne. Par conséquent, une action en demande de mettre fin à cette atteinte est ouverte, suivie d'une exécution forcée. Nous pensons que la définition de l'obligation naturelle de l'art. 48 de LTGO doit être corrigée et ne plus contenir que l’“obligation morale” puisque l'incohérence des textes nous la démontre. La loi n° 63-022 sur le rejet prévoit effectivement d'observer le “devoir de respect et d'honneur” : la nature de cette loi ne fait aucun doute, c'est une loi civile ; elle comporte d'ailleurs des dispositions relatives à la filiation et à l'adoption (abrogée pour cette dernière par des lois ultérieures). Ce qui nous permet d'avancer que le devoir de respect et le devoir d'honneur familial sont des obligations civiles et ne sont plus des obligations naturelles au sens de l'art. 48.

357. Incohérence avec la Constitution, car si l'article 18 prévoit que : “Le service national légal est un devoir d'honneur. Son accomplissement ne porte pas atteinte à la position de

¹ COLESANTI Jules, « *Esiste una morale* », *La morale supérieure*, Traduit de l'italien de OSTA Eva, PUF, 1940. p. 9.

travail du citoyen ni à l'exercice des droits politiques du citoyen", il est tout simplement obligatoire de l'accomplir, sous réserve de motifs légitimes comme l'incapacité physique au service militaire ou pour la poursuite des études, tout citoyen masculin ayant l'âge de 18 ans doit être enrôlé ou conforme vis-à-vis du service national.

358. Il en est de même de l'assimilation de l'obligation naturelle à l'obligation imparfaite, cette dernière selon la doctrine serait celle qui s'est désagrégée ou a perdu sa force obligatoire¹. Si la définition de l'obligation imparfaite trouve l'unanimité en doctrine, nous confirmons qu'elle donne rarement des exemples précis. De plus, nous sommes convaincus que par le fait de l'existence d'un énoncé juridique prévoyant l'obligation civile suffit à elle-même de parfaire l'obligation. Nous pouvons citer un exemple précis en droit malgache concernant la déchéance de la nationalité qui a été appliqué une fois, mais faisait l'objet d'une annulation pour non-conformité avec la Convention de Genève. La présence de la sanction en matière de nationalité dans le droit civil suffit à qualifier d'obligation parfaite celle qui découle de la loi qui sanctionne la nationalité sans qu'elle soit prononcée.

B. En droit français

359. Le Code civil ne fait pas de référence à l'obligation naturelle qu'à l'art. 1302, al. 2 : "la restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées". La rédaction de ce nouvel article reprend les dispositions de l'ancien article 1235, al. 2 avant l'ordonnance du 10 février 2016 en substituant par la restitution l'ancienne action de répétition. La différence est subtile, car si la répétition implique une action en "réclamation de ce qui a été versé sans être dû", la restitution englobe le fait de remettre au propriétaire une chose dont il avait été privé indûment ou involontairement... »², un bien évaluable en argent non seulement à l'égard du créancier direct mais aussi à l'égard de tous les obligés. Ainsi, devons-nous soulever deux hypothèses sur l'obligation naturelle, si l'obligation concerne une relation pécuniaire, il faut donc considérer l'état de besoin du créancier, mais aussi les moyens du débiteur qui a effectué un paiement volontaire : dans ce cas, l'obligation dans les relations familiales horizontales est prise comme une obligation naturelle dont la restitution n'est pas admise. Dans le cas contraire, le paiement effectué par le débiteur alors même que le créancier n'est pas dans le besoin caractérise l'enrichissement sans cause en dehors de toutes

¹ P. ex., l'obligation alimentaire réciproque entre beaux-parents et gendre ou bru en cas de décès ou démariage, dégradée en obligation morale, même en présence d'enfants issus de cette union (art. 64, al. 2, loi 2007-22).

² CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022.p. 913. : « Ou encore le rétablissement de la situation patrimoniale des parties dans l'état antérieur à l'anéantissement de leur contrat au sens de l'art. 1352 et s. »

promesses de gratifier les services rendus par le créancier ou du refus de ce dernier de la chose qu'il a empruntée. Outre les relations pécuniaires entre les membres de la famille, le devoir de respect aux aînés resterait une obligation naturelle qui constitue une exécution volontaire dépourvue de toute action sauf en cas de transgression ou de violation des droits de la personnalité, mais cette fois l'action en exécution ou en réparation revient au créancier du devoir de respect.

360. Le devoir de respect aux aînés, au sens horizontal des relations collatérales, en dehors de toute décision judiciaire, restera un devoir moral que seule la conscience de son débiteur de se libérer d'une dette morale peut le transformer en obligation juridique, exclusion faite des dispositions de l'art. 63 du décret-loi du 29 juillet 1936 relatif à la protection de la famille paysanne. Fort heureusement, la jurisprudence¹ reconnaît le devoir d'assistance entre collatéraux : « on admet néanmoins qu'il y a entre eux une obligation naturelle »². Par conséquent, le devoir de respect aux aînés (entre frères et sœurs) est bien une obligation naturelle en droit français « même si elle reste marginale », si le paiement ne peut être demandé au débiteur du « devoir moral », la justice le transforme en obligation civile en refusant la restitution s'il a été exécuté volontairement. Mais, la tendance semble s'inverser pour confirmer l'obligation civile de l'aide et d'assistance fraternelle, une valeur républicaine selon le Conseil constitutionnel, (**supra. 313**).

C. L'exemple de la révocation de la dot en droit comparé

361. Les deux droits positifs malgache et français se rejoignent pour exclure la révocation de la donation en faveur du mariage (dépourvue d'action en justice), alors que le manquement du devoir de respect aux parents à cet égard en droit coutumier malgache étant un motif grave de désobéissance et de non-reconnaissance du bienfait reçu par les nouveaux mariés.

1) En droit romain.

362. La restitution de la dot connut trois causes, qu'elle soit conventionnelle, ou volontaire sous forme de legs (le mari fait une donation à la femme des biens qu'il avait reçus comme dot) et enfin légale (en cas de divorce, prédécès du mari ou de la femme) : au fil de l'évolution du droit romain, elle devenait complètement légale. Le but de la dot à Rome étant à l'origine l'apport des biens par la femme au mari « pour contribuer matériellement aux dépenses communes, mais aussi pour en assurer la transmission à ses enfants, car la loi ne

¹ Cass. Civ. 1^{re}, 17 novembre 1999 : JCP, 2001, II, 10458, et note S. Chassagnard ; C.A Paris, 19 janvier 1977.

² MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2021.p. 17.

permet pas à la mère de recueillir l'héritage de ses enfants ni aux enfants d'hériter de leur mère ; ils ne peuvent recueillir ses biens que s'ils se trouvent confondus dans le patrimoine paternel »¹. Si le principe de la dot eut été sensiblement similaire en France où la femme constituait la dot pour supporter les charges du mariage : quand ces charges disparaissent par le divorce ou tout autre événement, elle entraîna la restitution de la dot. La ressemblance se trouve également sur le fait de l'affectation temporaire de la dot, et donc de la restitution de la dot même en dehors de toute convention, elle devenait présumée et la femme disposa de l'*actio rei uxoriae* en cas de rétention de ses biens par le mari ou les tiers. En cas de décès de la femme, si la dot provient du père de la femme décédée, ou tout autre ascendant paternel, le mari est tenu de restituer à l'ascendant donateur (dot *profectice*)², et si elle provient de toute autre personne, le mari le gardera (dot *adventice*). Ce qui transfère au père ou à l'ascendant donateur l'*actio rei uxoriae*, que la jurisprudence confirma « pour le consoler de la mort de sa fille, on voulut que la dot qui était sortie de sa poche lui fût remboursée... ».

2) En droit français.

363. La constitution de dot représentait au début du 20^e siècle l'intérêt suffisamment reconnu par la jurisprudence dans des décisions abondantes du devoir moral mué en obligation naturelle au cas où elle ne serait pas une libéralité. En effet, elle fut comprise comme un devoir moral aux parents de fournir à son descendant l'assistance pécuniaire nécessaire pour que celui-ci puisse mener une existence indépendante et fonder une famille³. D'une part, elle pouvait être une donation valide sous condition du calcul de la quotité disponible, mais encore doit se conformer à certaines règles de forme que la loi impose en la matière. Et d'autre part, selon l'article 204 du CCF : « l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement » : or il se trouve que si la dot a été constituée par un acte sous seing privé contenu dans un contrat de mariage nul en la forme, la dot sera exigible : puisque le contrat même nul comme acte authentique peut comme acte privé produire ses effets. Cependant, si la dot est constituée pour l'établissement de l'enfant, elle reste une dette morale des parents qui pourrait se transformer en obligation civile s'ils l'exécutent volontairement, ou si un contrat est établi et en vertu duquel il sera versé une rente

¹ Pour aller plus loin : CRAYSSAC Pierre-Aristide, *De la restitution de la dot en droit romain, De la responsabilité des ministres en droit français*, Thèse, Bordeaux, 1890.p. 6.

² GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2000.p. 59.

³ SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 303.

au profit de l'enfant et de son conjoint, la dette morale se transforme en obligation civile puisqu'elle est prévue par le Code civil en tant qu'obligation alimentaire entre ascendants et descendants et d'une obligation civile découlant d'un acte unilatéral de volonté.

3) Résultat

364. Une dissemblance au moins est à relever entre les deux droits français et malgaches : d'un côté, il faut toujours regarder la disponibilité du bien à donner ou à léguer, tandis que de l'autre côté l'autonomie de la volonté prime à toutes idées de transmission de bien entre vivants ou après la mort. En conséquence, même si la donation par mariage est exclue de toute action en révocation en droit malgache par principe, il se pourrait que la constitution de la dot serve de cause du manquement aux devoirs de respect envers ses ascendants quand le bénéficiaire faille au devoir de reconnaissance : et de ce fait, ouvre une action en demande d'autorisation de rejet, ou une action en restitution de la donation pour ingratitude.

Et la faute est souvent reconnue en responsabilité civile en considération des relations intimes ou filiales entre les parties, « un arrêt de Cour de Paris énumère très complètement les fautes susceptibles d'être retenues : pression de l'un sur l'autre pour l'inciter à poursuivre les relations (entre les fiancés), intention de nuire, inconséquence, méchanceté, ingratitude manifeste »¹. P. ex., pour le mariage de son fils, le père fait une donation de la maison familiale à celui-ci, au bout de certains temps, un conflit éclate entre la bru et le beau-père, le fils demande alors au père de quitter « sa maison » : par conséquent, le père se retrouve dans la rue, a perdu sa maison et ce qui est le plus cher à ses yeux son fils. Par les règles des libéralités en droit français et en droit malgache, il a tout perdu dans tous les sens du terme sauf si des motifs graves d'ingratitude puissent être établis. En droit malgache il existe un autre moyen de droit pour essayer d'en garder au moins un des sacrifices de sa vie, soit « son fils », soit « sa maison » : « le rejet d'enfant » synonyme de la reconnaissance d'un manquement de respect à son égard. La morale sociale coutumière malgache n'accepta pas cette situation et prévenait effectivement le rejet d'enfant : selon les motifs de plusieurs actes de rejet : « *tsy mahalala ny soa natao taminy ka dia ariko tsy ho zanako intsony* »² (ingrat, alors je le rejette pour ne plus être mon enfant).

¹ Paris, 28 mars 1985, D. 1985, I.R. 481, in HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, L.G.D.J, 1991.p. 487.

² Acte n° 3 du 10 février 1947 à Tamatave-Ville : « ... *ariako tsy ho isan'ny zanako intsony*... » ; acte n° 13 du 4 octobre 1938 à Tamatave-Anivorano ; acte n° 9 du 14 août 1924 à Majunga-Ville ; acte n° 9 du 5 février 1903, n° 1259 du 17 novembre 1900 à Tananarive-Analamahitsy ; acte n° 50 du 13 mai 1918 à Tananarive-Ville.

CHAPITRE III. Les traits caractéristiques du devoir de respect aux aînés

365. Les traits caractéristiques du devoir de respect ou du droit au respect se distinguent par la pluralité de ses objets, et de leur débiteur, par leur complexité, leur variabilité ou de leur adaptabilité à toutes jonctions de préceptes auxquels des comportements sont à observer, à suivre pour rester dans le droit « chemin ». Une indication de cheminement obligatoire : si le respect était une conduite de véhicule, il doit suivre les signalements du Code de la route pour amener à destination le sujet qui s'en prévaut ou les institutions qui ont fait son objet. Tantôt indiqué clairement dans les dispositions du droit (respect envers ses parents et la famille, comme les obligations de respect entre époux), tantôt suivi ou sous-entendu dans les droits protecteurs comme le respect de la vie privée et familiale, le respect du droit d'auteur, le respect du droit à l'image dont « la conséquence logique serait le caractère absolu du droit de la personne sur sa propre image »¹. Si le droit le prend en compte, peut-on le catégoriser, le classer et en déterminer ses contenus et ses effets : qui en est le débiteur et qui en est le créancier ? Quelle est la contrepartie ou la sanction au manquement du droit au respect ? En une seule réponse, nous avons relevé que le droit au respect existe, mais encore nous l'avons qualifié de principe fondamental du droit. Le droit est caractérisé par son impérativité et la contrainte qu'il impose, le caractère indéterminé, imprécis et flou du respect appelle le juge pour le délimiter du non-respect. Le principe de respect et de ses contenus peut créer pour eux même une instabilité, il est inimaginable d'en envisager une définition universelle. En essayant de cibler le contenu protégé par le devoir de respect aux aînés et à déterminer la nature de ses objets (Section A), nous procédons par la suite à analyser ses caractères spécifiques, le régime du devoir de respect aux aînés en soulevant la possibilité d'exécution ou de sanction (Section B), enfin la reconnaissance juridique du devoir de respect dans le cercle familial ne peut que confirmer son utilité et de ses bienfaits dans le maintien de l'ordre social et de l'ordre public (Section C).

SECTION A. Le contenu du devoir de respect aux aînés

366. Quelles en sont les conséquences des obligations de respect et d'honneur envers ses père et mère, ses aînés et ses ascendants ? Ou dans un sens plus pragmatique, quels sont les contenus de ces obligations de respect et d'honneur ? Autrement dit, il nous importe de spécifier quels sont les contenus de ces objets sollicitant l'exécution si « tous les effets de

¹ GOUBEAUX Gilles et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Les personnes*, L.G.D.J, 1998.p. 288.

l'obligation se résume en un seul mot : l'exécution »¹. En effet, les obligations familiales dérogent des caractéristiques générales et patrimoniales de l'obligation juridique, car elles contiennent des valeurs non pécuniaires pour le créancier et pour le débiteur.

367. Historique. Les anciens Malgaches à travers leur religion et leur croyance (et dans ce sens, à partir du moment où le christianisme se conciliait avec la religion ancestrale ou le culte des ancêtres) imposaient à leur famille et aux membres de la société d'observer des règles de conduite assez explicites et strictes : leur sanction la plus craintive était de ne pas pouvoir vieillir paisiblement : « *Nahoana no tsy tratra antitra ny taranaka ankehitriny. Vitsy ny ray aman-dreny fotsy volo ?* »². En effet, « pouvoir vieillir dignement est un privilège qui n'est pas accordé à tout le monde ». Contrairement à des raisonnements scientifiques et pragmatiques, cette pensée des anciens Malgaches semble dépassée de nos jours, la réponse à cette question philosophique est donc ambivalente : soit les descendants respectent de plus en plus leurs parents et leurs semblables, soit (une réponse plus réaliste et scientifique) la qualité de vie des êtres humains et l'avancée scientifique de la médecine apportent les bienfaits et les soins nécessaires au traitement de la maladie, ou encore l'inexistence des guerres longues et meurtrières épargnait la vie des peuples. Mais au-delà de cette croyance purement spirituelle sinon de la considération morale du devoir de respect aux aînés, existait déjà en droit romain la protection de l'individu par *l'actio injuriarum aestimatoria* des « abus commis par *malum carmen* : écrit, dessin ou propos diffamatoires »³. Et c'est par l'existence de sanctions dont l'exécution fait partie, qui détermine les contours du devoir de respect pouvant accéder à la vie juridique : ce qui nous induira à confirmer le devoir de respect aux aînés à travers : la protection de leurs personnes, de leurs personnalités, de leurs libertés et de leurs patrimoines.

I. La protection des relations personnelles avec les aînés

368. Le droit intervient pour protéger toutes les personnes prises individuellement, la loi encadre strictement le droit des personnes dans les exceptions où l'on peut y apporter des

¹ SALEILLES Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, Éd. la Mémoire du droit, 2001.p. 13.

² RANDRIAMIFIDY, Mpitandrina tao Ambonin'Ampamarinana taloha, in VOHITRA (J), « Fomba fanajàna fanaon'ny ntaolo : ny fiarahabana, ny fanaovam-beloma, ny fandalovana, ny fiarahan-dalana, ny firaisan-trano, ny fotoam-pamangiana », *Ny sakaizan'ny tanora*, 1948.05, n° 698, p. 52. Littéralement, pourquoi les descendants de nos jours n'arrivent-ils pas à un certain âge ? Peu de parents ont les cheveux blancs.

³ RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978.p. 6.

changements : il est d'ordre public et se trouve immuable, et devient indiscutablement droit fondamental¹. C'est le droit au respect de son identité, mais aussi à celle des autres : en plus, le droit apporte une protection particulière à la personnalité ; « la personnalité c'est l'individu, soit l'ensemble des aspects d'une personne qui la distingue de tous ses semblables passés, présents et futurs »². En droit de la famille, l'identité d'une personne est rattachée nécessairement à ses père et mère, le cas échéant à sa famille naturelle ou adoptive, ainsi le nom que porte un individu le rapproche de ses parents biologiques ou adoptifs, la loi assimile désormais les enfants légitimes et naturels ainsi qu'à certaines mesures les enfants adoptés (simple ou plénière). Par conséquent, ils ont des droits et des devoirs envers la famille et en ce qui concerne le devoir d'honneur et de respect envers les parents, les ascendants voire toute la famille. Si la loi malgache sur la protection des enfants reconnaît l'égalité des père et mère, l'égalité des enfants légitimes, naturels ou adoptifs, il en découle que les droits et obligations de chacun d'eux sont égalitaires et réciproques et cette même loi « détermine aussi la responsabilité successive de la famille d'origine ou élargie... »³. Le caractère impératif de la règle prévue par l'art. 371 du CCF est sans équivoque, le texte écarte expressément les conditions relatives à l'âge de l'enfant, qu'il soit majeur ou mineur, ce dernier ne pourra pas par exemple convenir avec son frère ou sa sœur dans un contrat de se dérober de leurs droits et devoirs envers ses parents et ascendants. L'art. 6 du CCF leur interdit d'aller à l'encontre de l'ordre public et de bonnes mœurs : les obligations naissant du lien de filiation sont d'ordre public, voire même des droits fondamentaux en retour de ceux imposés à tous parents.

A. Le droit au respect de leurs informations personnelles

369. Par la force de protection de la personnalité de chacun, le droit généralise la protection de la personnalité de tous : « le respect de la personnalité suppose le respect de sa tranquillité et de sa dignité... Enfin, la protection de la personnalité suppose le respect de la liberté inhérente à son épanouissement »⁴, il en découle des divers Déclarations, Conventions, Pactes, et Chartes internationaux depuis le milieu du 20^e siècle l'existence des droits de l'homme dont

¹ P. ex., la Cour de Paris, 30 avril 1963, JCP, 1963-II-13205 bis ; BENABENT, *La liberté individuelle et le mariage*, RTD Civ., 1973-440 ; COIRET N., RTD Civ., 1985-63 : a déclaré sur la question des clauses de célibat des contrats de travail des hôtesses de l'air qu'une : « telle disposition doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité ».

² BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 6.

³ ANDRIAMANANTENA Mandresy Onja, *L'autorité parentale*, Institut d'études judiciaires, Faculté DEGS, 2013.p. 16.

⁴ BEIGNIER Bernard. pp. 7-9.

figure le droit au respect de la vie privée, composant du droit de la personnalité : « lieu privilégié d'analyse de l'exercice d'un pouvoir juridictionnel au second degré : voilà un juge investi du pouvoir de censurer des normes par application d'autres normes, supérieures aux premières »¹. Le droit malgache dans l'art. 18 suscité de la loi n° 62-041 prévoit que toute atteinte illicite à la personnalité peut donner à celui qui la subit le droit de demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la responsabilité qui en découle.

1) Le rattachement familial par le nom

370. D'abord, si le nom patronymique (faisant référence au nom du père) devient de plus en plus usité dans l'attribution de nom en droit malgache, le prénom désigne l'appellation qui individualise l'individu dans le cercle familial où tous les membres portent le même nom. Compte tenu de la place de la coutume en droit malgache, un contexte non moins considérable, et tout particulièrement sur la préservation du nom hérité des ancêtres : « ce serait une honte pour une famille de répudier, en quelque sorte, le nom de l'ancêtre, dont la mémoire est un véritable culte. Si la succession est insolvable, on se cotise pour éteindre le passif »² : le nom rattache la famille élargie. Paradoxalement, l'exposé des motifs de l'ordonnance n° 62-003³ rappelle que pour respecter certaines coutumes qui considèrent comme « tabou » de prononcer le nom d'un défunt, l'attribution du nom patronymique est facultative (art. 2) : la coutume n'est pas uniforme, elle évolue : en tous les cas, les noms des parents, ascendants, aînés ou ancêtres doivent être respectés. Ainsi, le Malgache tient au respect du nom de ses ancêtres, de leur réputation, de faire en sorte que s'il existait une mauvaise image laissée par un des leurs, la famille tient à réparer, à prévenir toute atteinte contre l'honneur et au respect découlant des effets du lignage familial ou du lien de parenté, car « ... le nom... est une propriété familiale collective »⁴. Si les textes ne prévoient pas le nom patronymique, il serait juste de penser que dans la continuité des règles de droit et d'après l'empirisme de l'attribution des noms, l'adoption dans la pratique du principe du patronyme dans l'attribution du nom aux enfants signifie que le nom attribué à l'enfant est

¹ RIGAUX François, *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, É. Bruylant Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.p. 10.

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 289.

³ Sur le nom, le domicile et l'absence (J.O. n° 235 du 04.08.62, p.1527), modifiée par la loi n° 90-012 du 18 juillet 1990 (J.O n° 2008 du 23.07.90, p. 1294).

⁴ C.A Rouen, 10 novembre 1909 : D.P. 1911, 2, p. 164. ; Seine, 1^{er} décembre 1926, D.H. 1927, p. 127, in GARÉ Thierry, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Editions du Centre national de la recherche scientifique : Diffusion, Presses du CNRS, 1989.p. 322.

celui de son père¹. La loi malgache donne une entière liberté au père et à la mère de choisir le nom de leur enfant, tantôt le nom patronymique, tantôt le nom de la mère si l'enfant est de sexe féminin, tantôt même un autre nom choisi en dehors des deux. L'importance du respect du nom de famille tient à ce que l'individu soit affecté à sa famille de lignage dans son nom usuel « *Dadan'i...* » et « *Maman* » *i...* » (père de... ou mère de...), ou « *Zanak'i...* » (fils de... ou fille de...) Enfin, le changement de nom ou de prénom est possible en droit malgache (art. 4) une seule fois à partir de la majorité (art. 4, al. 2), une simple requête doit être déposée à cette fin au tribunal, communiquée au ministère public, suivant la procédure d'établissement ou de rectification des actes de l'état civil (art. 49 à 53). L'art. 51 prévoit la possibilité d'opposition ou d'intervention si une personne présente un intérêt né et actuel et que les preuves testimoniales sont admises. Les effets du changement de nom n'affectent pas les droits acquis antérieurement par des tiers de bonne foi (art. 6), ce qui signifie que les agissements et comportements d'une personne voulant se soustraire à ses obligations envers les tiers et la famille sont répréhensibles. De fait, tout individu est rattaché directement à sa propre famille par son appellation et non pas forcément par son propre nom : « le nom devient le symbole d'un rattachement familial, traduisant [trahissant] les liens de parenté et d'alliance de son porteur »². Tous les membres ont le droit au respect de leur nom de famille.

371. En droit français, l'attribution du nom patronymique de plein droit aux enfants dans les anciennes dispositions des articles 311-21 à 311-24 n'est plus qu'une dévolution subsidiaire dans le cas où les parents n'auraient pas choisi de commun accord le nom de famille attribué à leur enfant de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 (applicable depuis le 1^{er} janvier 2005) : offrant la possibilité au père et à la mère de choisir librement le nom de leur enfant (le nom choisi pour le 1^{er} enfant vaut pour les suivants). Et le port d'un nom d'usage n'est pas inconnu du droit français qui l'autorise en matière de mariage et de filiation (sans pouvoir le transmettre) outre la faculté de l'ajouter à son nom, celui des parents qui ne lui a pas transmis le sien³, ou encore la faculté par la nouvelle loi de changer son nom (**infra. 431**).

372. Au cas où le nom patronymique aurait été choisi pour des générations qui se suivent, et que l'idée d'un bien familial collectif du nom eut été avancée par la justice : même si de telles assertions semblent exagérées, elles nous permettent de penser que le nom peut

¹ Étymologiquement, le patronyme désigne le nom du père, in BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p124.

² BÉNABENT Alain, *Droit civil, La Famille*, Juris-Classeur, 11e édition, Litec, Groupe LexisNexis, 2003.p. 541

³ Art. 43 de la Loi du 23 décembre 1985 réformant les régimes matrimoniaux.

atteindre toute une famille, une atteinte portée contre les grands-parents ouvre aux descendants et inversement l'action en justice, y compris les grands-parents maternels¹. Si le nom est protégé par le droit pénal dans les deux principaux droits en comparaison malgache et français, effectivement par l'usurpation² du nom d'autrui ou par toute autre modification du nom autre que mentionné dans l'état civil (art. 433-19, 259 et 261 du CPF), il ouvre pareillement des actions en justice à la famille et même à ceux qui ne le portent pas, mais qui y sont rattachés³.

2) Le sexe

373. La loi et la coutume soulèvent d'une manière assez pudique la question de sexe en droit malgache au-delà des conditions du mariage des deux personnes de sexe différent : nous pouvons évoquer en exemple la circoncision, une coutume généralement suivie par tous les groupes ethniques à Madagascar connue des coutumes musulmane et juive⁴, pouvant entraîner des conséquences juridiques considérables si elle n'est pas suivie. Pour les enfants de sexe masculin, on considère (encore de nos jours) que l'enfant devient un garçon « fort » (« *Mahery* ») quand il est circoncis : et même si la question semblait être de pudeur, lors d'une cérémonie de fiançailles ou de mariage, l'homme est présumé être circoncis au regard des familles, il pourrait accéder au tombeau familial le jour venu et deviendra des ancêtres. Des cérémonies de circoncision collective sont organisées le jour de rendre publics les autres actes civils ou privés (p. ex., l'adoption, le testament, etc.). Cette institution sociale « obligatoire » qui n'a jamais accédé à la vie juridique puisqu'aucune disposition de droit ne l'a consacrée ne sera pas moins considérée par la justice si un litige survient : elle trouverait naturellement sa place dans la coutume comme source de droit. Effectivement, si le droit indiquant la ligne de

¹ GARÉ Thierry, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Editions du Centre national de la recherche scientifique : Diffusion, Presses du CNRS, 1989.p. 323.

² Cass. Civ., 5 février 1968, JCP 1968, II, 15670.

³ GARÉ Thierry, *L'essentiel sur les personnes*, L'Hermès, 1995.p. 35. : « L'admission du droit d'agir de tous les membres de la famille, y compris ceux qui ne portent pas le nom, se justifie par l'idée que les utilisations abusives du nom portent un préjudice non seulement aux porteurs individuels du nom, mais aussi à la famille dans son ensemble, aux droits qu'a toute la famille ».

⁴ Dans la religion juive, l'officialisation de la nomination de l'enfant « fils de », « *Ben* », « à partir de la circoncision... », ou dans l'adoption « simple » où « l'enfant qui serait converti et adopté devient le fils d'*Abraham*, il est rentré par la circoncision dans l'alliance d'*Abraham* », ACKERMANN Liliane, *Quelques données sur le droit de la famille dans le Judaïsme*, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.p. 24.

conduite, une norme à observer laisse la place à la coutume pour régir des phénomènes sociaux, c'est qu'il trouve qu'elle est suffisamment précise, claire et obligatoire déjà qu'il est inutile d'en régler davantage les contours¹. Le fait d'enterrer un homme ou un enfant non circoncis, d'un enfant mort-né dans un tombeau familial risquerait le « *ozon-drazana* » (ou malédiction), car il est interdit. La sanction juridique qui en découlerait peut être le rejet de la famille, de la communauté, de l'exhérédation, ou de la déchéance à la qualité d'héritier : nous sommes en présence d'une coutume *praeter legem* : ce sera une offense aux aînés et ancêtres de l'enfreindre. Sans aller plus loin dans le domaine du changement d'identité et de sexe, il est constaté que si le législateur malgache reste sur sa position de considérer avec plus de rigueur et de rigidité l'immutabilité, prémisse de l'indisponibilité et de l'inaliénabilité de l'état des personnes : un droit immuable (stable et hors commerce), et confirme plus que jamais à leur attachement à l'ordre public et aux bonnes mœurs traditionnelles ; mais celle-ci pourra évoluer en raison des mouvements et des revendications sociales sporadiques.

374. Le législateur français a opté pour l'évolution de la notion d'ordre public et de bonnes mœurs, non seulement en légiférant le mariage pour tous, désormais possible entre les futurs époux de même sexe, mais aussi en autorisant le changement de sexe des personnes majeures : « l'affaiblissement des appuis traditionnels de l'indisponibilité de l'état »² en droit français ne se confirme-t-elle pas ? En effet, à force d'autoriser tout changement et toutes modifications de l'état d'une personne, l'état civil de la personne perd sa stabilité, l'immutabilité de l'état civil ne serait plus qu'un vain mot même si le principe signifie que : « l'indisponibilité des personnes implique qu'une personne ne peut pas modifier son état de son propre chef sans autorisation de la loi »³. Un danger sur la sécurité juridique ou la seule représentation apparente d'une personne suffit avec l'autorisation d'un changement de prénom à faire changer un attribut de l'état des personnes par le tribunal, même si bien évidemment aucun effet rétroactif ne pourrait en découler. Dans la précipitation de

¹ Voir entre autres : GRANGER Roger, « La tradition en tant que limite aux réformes du droit » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 31, 1979. ; APPLETON Charles, *Le culte des ancêtres, source permanente du droit en Asie, et du droit ancien à Rome*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény* [en ligne], Librairie Edouard Duchemin, 1977. ; BART Jean, *Transcrire, rédiger, réformer les coutumes*, [s. n.], [s. d.].

² GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité*, L.G.D.J, 2000.p. 341 et s.

³ GALLMEISTER Inès, *État et capacité des personnes*, Rép. Dalloz civil, op. cit., in Pomart Cathy, *Le sexe, l'état civil et l'immutabilité de l'état des personnes*, La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe a 10 ans, CRJ-Université de La Réunion, 2023. Acte de Colloque du 12 mai 2023.

promulguer une loi, les législateurs oublient parfois les effets pervers de la loi et les incohérences des dispositions légales ultérieures, notamment en matière de filiation, d'autorité parentale, de succession. Le changement de sexe n'a été autorisé que depuis 2016¹ en France alors que la question reste tabou et inadmissible dans les mœurs des Malgaches jusqu'à nos jours : contrairement à d'autres pays occidentaux qui ont carrément légiféré en la matière autorisant ainsi le changement d'identité et de sexe comme l'Allemagne, l'Italie, la Suède. Cependant, la question avait animé le débat avant l'entrée en vigueur de ladite loi, par les dispositions de la loi communautaire et les décisions de la CEDH. Vers la fin du 20^e siècle, le Pr Alby avançait que le transsexualisme est défini comme « le sentiment éprouvé par un individu normalement constitué d'appartenir au sexe opposé, avec désir intense et obsédant de changer d'état sexuel, anatomie comprise, pour vivre sous une apparence conforme à l'idée qu'il s'est faite de lui-même »². Le problème que génère le changement de sexe réside en droit sur le fait de l'immutabilité de l'état des personnes dont le sexe, il a été affirmé par la Cour de cassation que le transsexualisme ne suffit pas à acquérir les caractères du sexe opposé³, le changement de sexe ne change pas les gènes initiales et naturelles⁴ attachées à l'un ou l'autre sexe et de ce fait ne pourra engendrer le changement de la mention dans l'acte d'état civil, sauf une exception⁵. Cet appel à la science n'a pas fait baisser l'indignation des transgenres qui revendiquent leur droit de choisir leur vie sexuelle, celle qui leur semble adaptée à leurs corps et âmes. Quoi qu'il en soit, il est indiscutable que le droit au respect de l'identité d'une personne protège celle ou celui qui détient du droit au secret et du droit au respect de sa vie privée. Même s'il a fait l'objet de condamnation de la CEDH⁶ considérant que la justice française a porté atteinte « au respect de la vie privée des transsexuels » : « les tabous forment

¹ La loi n° 2016-1547 du novembre 2016 art. 56 (art. 61-5 à 61-8 du CCF relatifs à la modification de la mention du sexe à l'état civil).

² PETTITI L.-E, Les transsexuels, Que sais-je ?, n° 2677

³ Cass. Civ. 1^{re}, 21 mai 1990 : JCP, 1990-II-21588, rapport Massip, concl. Flippo. : « Le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé ».

⁴ « Le sexe est la résultante de composantes diverses : génétique, morphologique, hormonale, mais aussi psychologique (vécu personnel) et psychosocial (vécu relationnel) », Agen 2 février 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, 603, 1^{re} esp., note Sutton ; J.C.P. 1984, II, 20133, note Penneau, in GOUBEAUX Gilles et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Les personnes*, L.G.D.J, 1998.p. 232.

⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 16 décembre 1975, D., 1976-397, 2^e esp. celle d'un « déporté alsacien victime d'expériences de médecins nazis ».

⁶ CEDH, 25 mars 1992, D., 1992-IR-129 ; Cass. Civ. Ass. Plén. Du 27 novembre 1991 sur la question.

l'assise de toute une civilisation »¹. Finalement, le législateur français a fini par autoriser la modification du sexe dans l'acte de l'état civil même sans recours à une intervention médicale, l'adaptant au caractère d'ordre public des états des personnes : la jurisprudence² a étendu l'application de l'art 61-5 au mineur transgenre : si auparavant l'aspect sociologique est sans intérêt³, désormais il est l'élément prépondérant sur le changement de sexe.

375. De notre part, nous confirmons qu'il existe bien un droit au respect de la vie privée rappelé par les différentes Conventions internationales aux États signataires, à s'y conformer et d'apporter les correctifs nécessaires aux lois nationales, et de repenser dans la mesure du possible les considérations d'ordre public et de bonnes mœurs : le changement de sexe et le mariage pour tous et de leurs effets ont été écartés par la nouvelle loi sur le mariage, mais aussi celle de l'adoption internationale à Madagascar : ce qui peut être interprété comme un refus d'ordre public, de bonnes mœurs et de la civilisation transmise par les aînés.

3) Le domicile

376. D'un droit fondamental à un autre, la vie privée est également protégée par l'inviolabilité du domicile, ce dernier délimite dans l'espace la sphère du cercle privé et du terrain public, « le droit au respect de l'intimité personnelle prime les droits de propriété ou les droits équivalents que prétendrait exercer le titulaire de l'un de ces droits à l'encontre de la personne protégée par l'inviolabilité de son domicile »⁴. Cependant, si les règles en matière civile semblent s'uniformiser en droit comparé, les règles en matière pénale dépendent des lois nationales de poursuites des infractions et de leurs auteurs : p.ex., suivant la gravité des faits incriminés et des heures légales d'intervention des forces de l'ordre, pour les arrestations et pour les perquisitions. L'inviolabilité du domicile protège dès lors l'individu contre tout acte arbitraire des autorités publiques, mais aussi prévient l'intrusion d'autrui dans l'intimité de la vie personnelle. Placée dans notre étude, l'inviolabilité du domicile des aînés par les

¹ BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 19.

² C.A, Chambéry, 25 janvier 2022, n° 21/01282, D. actu. 28 mars 2022, obs. L. Carayon ; RTDCiv. 2, chron. Personnes et droits de la famille, 2022, pp. 365-366. Par la règle de la proportionnalité en considérant qu'une interdiction légale découlant des articles 61-5 et suivants du Code civil porte, en l'espèce, une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée d'un jeune homme transgenre « en l'obligeant à révéler son parcours personnel particulier notamment la mention de son genre féminin qui sera portée sur ses diplômes sanctionnant la fin de sa scolarité », accueillant favorablement l'appel d'un mineur transgenre de 17 ans.

³ GOUBEUX Gilles et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Les personnes*, L.G.D.J, 1998.p. 238.

⁴ RIGAUX François, *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, É. Bruylant Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.p. 48.

siens ne semble pas moins problématique, car il ne s'agit pas d'une violation ou d'intrusion par autrui de leurs domiciles, mais par les membres de leurs familles. Nous ne pouvons pas étendre la protection du domicile que dans celle de l'intimité de la vie privée des parents, aînés et ascendants : ce qui rend plus délicate la question, car si un membre de la famille étale l'intimité de leurs vies privées à d'autres membres de la famille proche, cette intimité reste dans le cercle familial donc de la vie privée sans franchir la publicité. Par conséquent, l'atteinte à l'intimité de la vie privée des aînés ne saurait être caractérisée que portée devant un public étranger à la famille ou de nos jours dans les réseaux sociaux.

4) Le droit au respect de leur vie privée

377. Le devoir de respect de la vie privée implique un droit au respect de la vie privée, l'un n'existe pas sans l'autre et inversement, le devoir est une obligation : en effet, l'obligation au respect de la vie privée implique également un débiteur et un créancier du respect de la vie privée. Dans la recherche de définition du droit au respect de la vie privée de M. Gutmann¹, il est constaté deux conceptions du droit au respect de la vie privée, au sens strict comme un droit de contrôle sur des informations personnelles, et au sens large d'une liberté civile. Mais cette acception ne saurait être exhaustive faute de délimitation par le droit de l'étendue de la vie privée. De même, les législations nationales par souci de conformité avec les conventions et traités internationaux rajoutaient le terme « intimité » à la vie privée, ce qui suppose soit une distinction entre l'atteinte à la vie privée et atteinte à l'intimité de la vie privée, soit une précision pertinente pour tracer le terrain d'intervention du droit au respect de la vie privée : de ce « dégradé » de la vie privée et de l'intimité de la vie privée, vues comme « une sphère hétérogène, qui engloberait en son sein, tels des cercles concentriques, des éléments privés au sens large et des éléments plus privés que les premiers »². À Madagascar, la loi³ définit l'atteinte à la vie privée comme la divulgation de l'intimité de la vie privée d'autrui par la captation, l'enregistrement, la conservation, la transmission ou la publication, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées, des images, des photos ou des vidéos à titre privé ou confidentiel (1°) ; et la publication, par quelque moyen que ce soit, de montage

¹ GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité*, L.G.D.J, 2000, p. 221 et s.

² KAYSER Pierre, *La protection de la vie privée par le droit, Protection du secret de la vie privée*, préf. Henri Mazeaud, Economica-PU d'Aix-Marseille, 1995. 3^e éd. p. 392, où l'intimité de la vie privée est « un cercle plus petit inscrit dans celui de la vie privée ».

³ La loi n° 2020-006 portant modification de certaines dispositions de la loi n° 2016-029 du 24 août 2016 portant Code de la Communication médiatisée.

réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne, sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage (2°) de l'art. 20¹. La loi malgache n'a pas introduit dans la loi relative au droit interne et international privé le droit de protection de la vie privée, mais préfère celle spéciale à la Communication qui énumère les cas et les objets d'atteinte à la vie privée en prononçant les peines d'amende y afférentes et détermine l'atteinte à la vie privée en divulgation de l'intimité de la vie privée. Dans le cercle familial, la protection de l'intimité de la vie privée inclut le droit au secret de la vie familiale, l'identité et l'adresse, de la santé, de la vie conjugale, de la fortune, etc., par l'interdiction de les porter en public : le comportement contraire constitue le manquement au respect et à l'honneur.

a. Délimitation des espaces public et privé.

378. Paradoxalement, il est indéniable que la vie privée d'une personne quelconque se trouve beaucoup plus étendue et mieux protégée que celle qui joue un rôle assez important dans la vie publique, comme les hommes politiques, les artistes, les sportifs, et même les chefs d'entreprise, etc. Ces derniers s'exposeront plus facilement aux atteintes à leurs vies privées : « la consistance de la vie privée se modifie selon qu'il s'agit d'un homme quelconque, du quidam, étranger à toute vie publique ou d'un homme politique... »². Il n'est pas assez fructueux non plus d'entamer une démarche d'opposition entre la vie publique et la vie privée, car le résultat découle nécessairement sur la différence entre les personnes considérées et les lieux faisant l'objet d'ingérence. Certains auteurs choisissent parfois la simplicité³ ou sinon de son inadaptabilité à la pratique judiciaire ; « le concept juridique de vie privée ne saurait donner lieu à une application de type syllogistique permettant à un juge d'identifier par une opération purement logique la situation appréhendée par ce concept »⁴. Si le domicile est strictement protégé par le droit pouvant ouvrir des actions civiles et pénales en cas de violation : nous avons remarqué certains faits commis par les revues et magazines en quête de toutes nouvelles frappantes pouvant attirer leurs lecteurs, par le souci de vendre leurs produits, même si par la suite ils seront souvent reconnus responsables d'un préjudice ouvrant

¹ D'une amende de 1.000.000 à 6.000.000 d'ariary, sans préjudice de l'application de la loi n° 2014-006 du 19 juillet 2014 sur la cybercriminalité

² LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.p. 256.

³ Par exemple : la formule de Gladstone, « la vie privée de l'homme public est publique », op. cit. LAPIE O., Les aspects contemporains des atteintes à la vie privée, Revue des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1^{er} semestre 1973, p. 40, in GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité*, L.G.D.J, 2000.p. 222.

⁴ LINDON Raymond.p. 770.

à des dommages-intérêts parfois faramineux. Au-delà de cette délimitation de la sphère de la vie publique et celle de la vie privée, il se trouve de nos jours, à l'heure du tout numérique, que les influenceurs, exposants, acteurs, ou chroniqueurs en ligne défient toutes règles du droit au secret. Il va sans dire que les publications sur internet appartiennent désormais à la vie publique, nous voyons en ce sens des condamnations par la justice de certains actes de diffamation ou d'injure publique. Les évolutions scientifiques, techniques et économiques ont engendré depuis quelques décennies l'avènement d'un nouveau droit à l'informatique et par conséquent d'un nouvel attribut du droit au respect de la vie privée : cette fois, les deux droits malgaches et français¹ se sont efforcés de contenir les données informatiques d'une personne dans de nouvelles règles.

b. Les contenus protégés de la vie privée

379. Pour une lecture fluide de l'analyse des contenus protégés par les deux droits malgache et français, nous privilégions l'approche de ce dernier pour délimiter le champ d'application du droit au respect de la vie privée. Avant la nouvelle rédaction par la loi du 17 juillet 1970 de l'art. 9 du CCF disant que : « chacun a droit au respect de sa vie privée », certains auteurs² faisaient la différence théorique du droit à l'image et du droit au respect de la vie privée où ce dernier s'éteint dès que la vie publique commence. Alors que la jurisprudence française assimilait les deux droits : « la vie privée appartient au patrimoine moral de toute personne physique et constitue, comme son image, le prolongement de sa personnalité »³, et que le droit à l'image fait partie du droit au respect de la vie privée⁴. L'intérêt de la distinction ou de l'assimilation réside surtout sur le point pratique : de ce qui nous intéresse, l'existence d'une norme de respect et par conséquent de l'existence d'une protection du droit par la sanction du non-respect et l'émergence d'un intérêt juridique ouvrant à une action en réparation ou en exécution (p. ex., la discrimination à l'embauche en considération de la pratique sexuelle ou basée sur le genre). Et c'est plutôt la méthode dite empirique⁵ qui

¹ P. ex., le RGPD (Régime général de protection des données de l'UE du 25 mai 2018) et du renforcement de protection et de respect de la vie privée à travers les attributions de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) créée par la loi relative à l'Informatique et Libertés en 1978, modifiée par la loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

² Voir la distinction faite par M. Badinter Robert, in LINDON Raymond.p. 120.

³ TGI Seine, 23 juin 1966, 25 juin 1966 ; J.C.P., 1966. II. 14875

⁴ C.A, Paris, 15 mai 1970 ; D., 1970.466.

⁵ SUCHMAN Mark C., MERTZ Elizabeth et GANNE Yannick, « Vers un nouvel empirisme juridique » [en ligne], *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, 2017.

complète au fil du temps la conceptualisation de la vie privée sans pour autant négliger l'approche énumérative de certains auteurs des contenus de la vie privée. « Les atteintes au respect de la vie privée et au droit dit à l'image donnent lieu à des actions en justice »¹, l'affirmation de l'auteur est sans équivoque. Autrement dit, le non-respect de la vie privée ouvre à une action en justice et que « la victime d'une atteinte à la vie privée peut obtenir des dommages et intérêts pour réparer le préjudice que lui a causé cette atteinte. La solution vaut également pour les atteintes à l'honneur ou à l'image... le juge peut prescrire toute mesure propre à faire cesser le trouble »². Le respect emporte avec lui-même le droit, composé avec la vie privée, il devient une norme de conduite, et sa transgression pourrait être sanctionnée civilement ou pénalement selon la gravité des faits. Dans son application, il fut considéré que la vie sexuelle faisait partie de la vie privée et méritait protection³.

380. Un autre problème peut être soulevé sur le caractère illicite des actes portant atteinte à la vie privée, et ce, concernant les écrits, les images ou les propos qui sont encadrés par la protection de la personnalité. En effet, si la personne protégée par le droit au respect de la personnalité, elle-même, consent ou autorise (*volenti non fit injuria*⁴) en dehors de toute clause contractuelle la diffusion de certaines vérités de sa vie intime : son consentement ou sa permission suffisent-ils à enlever le caractère illicite des faits ? M. Strömholm⁵ pense que « tous les systèmes de droit, admettent que le consentement prive les ingérences dans la vie privée de leur caractère illicite » : un exemple arrive à point nommé de la publication d'une autobiographie d'un membre de la royauté britannique précisant avoir descendu « exactement 25 ennemis » pendant son service militaire. Si ces actes ont été réalisés dans le domaine du service public qu'il a rendu, ils pouvaient être considérés comme secret professionnel et personnel dans l'accomplissement de son devoir national et repris dans les récits de sa vie personnelle et privée, de telle sorte que non seulement son consentement à la publication de ces informations écarte leur caractère illicite, mais encore la protection au respect de sa vie privée et professionnelle est reléguée au deuxième plan par sa volonté unilatérale.

¹ LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.p. 241.

² GARÉ Thierry, *L'essentiel sur les personnes*, L'Hermès, 1995.p. 79.

³ Décision de la Commission européenne de Strasbourg, du 18 mai 1976, requête n° 6825/74, X. c/ Islande, Annuaire 1976, p. 343 et s., in POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain, *L'affection et le droit*, Préf. F. Rigaux, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.p. 277.

⁴ Principe « *volenti non fit injuria* », « nul ne fait tort à qui consent ».

⁵ STROMHOLM, Le droit à la vie privée et ses limitations, Rapport général 5section IV-C-I ; IXe Congrès International de Droit Comparé, 1974. 31 août -7 septembre, Téhéran, p.54.

B. Les droits au respect de leurs intégrités

381. Les Conventions et Chartes internationales¹ prévoient le droit au respect à l'intégrité physique ou morale comme droit fondamental, les lois nationales, en l'occurrence malgache et française, garantissent ce droit : leur influence sur le droit civil nous invite à voir comment ce dernier peut régir les relations dans le cercle familial.

1) Le droit au respect de l'intégrité physique

382. L'art. 206 de LTGO malgache peut suppléer, faute de texte explicite en matière civile, la protection de l'intégrité physique d'une personne : « toute personne qui, pour son fait, par les animaux ou les choses dont elle a la garde, cause la mort ou porte atteinte à l'intégrité physique d'une autre personne, occasionne un dommage aux animaux et aux choses appartenant à autrui, doit réparer le préjudice causé ». Cette disposition en combinaison avec les droits fondamentaux et les principes généraux dans le préambule de la Constitution et des règles coutumières, le juge est obligé de s'y référer (art.11 et 13)², constitue le droit positif.

Ce droit ne concerne normalement que les personnes vivantes, cependant la prolongation de la personnalité après la mort ne fait plus de discussion où tous les ordres juridiques confirment chacun à leur manière le droit aux sépultures, le droit à la mémoire et à la dignité des morts. Autres règles morales devenues incontestablement des règles juridiques dont les principes découlent de l'intangibilité du corps humain, de l'inviolabilité de la personne humaine, et enfin de l'indisponibilité du corps humain. Le Code civil français le consacrait dans son art. 16 : « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Il est donc interdit par la loi par exemple de décider le sexe d'un enfant par les parents de sorte qu'ils aient une fille alors que l'enfant est né de sexe masculin. Et l'art. 16-1 prévoit que chacun a droit au respect de son corps. Bref, si des dispositions expresses des règles civiles et pénales (p. ex., violences physiques ou verbales, homicides, etc.) existent dans les deux droits, la considération d'une atteinte aux droits à l'intégrité des aînés s'effectuerait sur la gravité des atteintes : en d'autres termes, si l'atteinte est établie, il revient à la justice d'apprécier cette gravité.

383. Le mort. Le droit prend en compte chaque fois qu'il y va de l'intérêt des personnes, sujets de droit, le moment qui précède leur naissance, mais aussi celui qui suit leur mort en

¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 3 1. Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale... ; Charte africaine des Droits de l'Homme et des peuples parle notamment dans son art. 4 que « tout être humain a droit au respect de sa vie et à l'intégrité physique et morale de sa personne... »

² Loi n° 62-041 du 19 septembre 1962.

protégeant respectivement leur qualité de futur sujet de droit, mais aussi d'anciens sujets de droit¹ : nous excluons ici l'idée du droit à la mort qui relève plutôt du droit à la fin de vie ou de l'euthanasie, notre regard porte essentiellement sur la personne décédée et le droit de celle-ci. D'une part, nous rencontrons souvent l'affirmation des juristes comme quoi le droit de la personne physique s'éteint avec la mort (considérée comme l'arrêt complet et irréversible des fonctions vitales »²). Or nous ne pouvons pas non plus nier la protection posthume que le droit accorde au mort par la continuité de la vie juridique d'une personne à travers le respect de son mémoire³ et celui de sa dernière volonté. Le fondement de cette protection juridique du corps du mort ne semble pas ressortir du même fondement en droit français et en droit malgache même si l'idée paraît se converger vers une même finalité. En droit français, l'art. 16-1-1 déclare expressément que le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort et rajoute même dans l'alinéa suivant que les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence. Il va sans dire que nos aînés décédés sont bien protégés par le droit au respect auquel le droit pénal prévoit concurremment des peines. La protection de l'intégrité physique d'un mort ou l'intégrité du cadavre (des atteintes au respect dû aux morts : art. 225-17 du CPF) peut se diviser en deux temps, d'abord par la considération religieuse de la paix des morts et ensuite par la protection de sa sépulture⁴ (ou la paix des cimetières). Cette dernière semble provenir du droit romain précisant le caractère *extra commercium* des tombeaux puisqu'ils appartiennent aux choses de droit divin « *res divini juris* », une métaphore du culte des ancêtres malgache. Outre les injures et diffamations constitutives d'une atteinte à la considération d'une personne vivante ou morte existent des offenses : « commettre des actes contraires au respect dû aux morts »⁵. Les mêmes protections des morts et des sépultures trouvent leurs places non seulement dans la coutume juridique, mais aussi dans le droit moderne écrit. Cependant, si la protection de l'intégrité physique d'un cadavre et la paix des morts est confirmée en droit malgache, elle ne semble pas découler ni du droit romain ni de l'idée religieuse chrétienne, mais du « culte des ancêtres ». Par-là, non seulement les morts

¹ Voir notamment LABBÉE Xavier, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort* [microfiche], Lille, 1990.

² BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992. p. 32.

³ Voir aussi, PETIT Jean, *Injures et diffamations envers la mémoire des morts*, Nancy, 1934.

⁴ Paris, 20 mai 1980, affaire Nijinski, D., 1980-575, note Lindon ; Cass. Civ. 1^{re}, 8 juillet 1986, Bull. Civ. I, n° 205.

⁵ PETIT Jean, p. 115.

méritent l'estime et le respect des vivants, mais encore, ils se retrouvent dans de nouvelles activités spirituelles et protectrices des vivants. À cet effet, les morts entrent dans le cercle des ancêtres pour plaider la cause des vivants auprès de l'« être supérieur », Dieu ou *Zanahary*, et veillent aux activités quotidiennes des vivants. Si la finalité dans les deux droits se voit dans la sagesse populaire en pensant que « les morts ont droit au respect », la raison ne leur est pas partagée, et que l'on n'attaque pas qui ne peut répliquer. D'un côté l'on se demande : « à quoi bon insulter les morts puisqu'ils n'en souffrent pas »¹, de l'autre c'est la peur d'attiser la colère de l'esprit des ancêtres, des mauvais sorts et de leur abandon dans le dernier jugement qui en justifient, les morts entrent dans une vie éternelle et que l'on craint leur réplique. Enfin, faut-il remarquer quant aux conséquences du respect envers les morts et de l'inviolabilité de l'intégrité physique du cadavre que si en France, l'opposition préalable du défunt au prélèvement d'organe est nécessaire pour que son corps reste inviolable, en droit malgache de tels prélèvements nécessitent l'autorisation² stricte et expresse de la famille du défunt pour que ça puisse se faire, ou encore des dispositions testamentaires faites par le défunt en vue d'offrir son corps à la science ou à des prélèvements d'organes. À titre informatif, l'article 175 du Code pénal suisse protégeant l'honneur contre les injures et diffamations (portant atteinte ainsi à la considération ou à la bonne réputation d'une personne) prévoit que : « si la diffamation ou la calomnie vise une personne décédée ou déclarée absente, le droit de porter plainte appartient aux proches du défunt ou de l'absent »³. Certains pensent que le défunt n'a plus d'honneur, car il n'a plus besoin⁴ ; or les auteurs sont unanimes à penser que la faculté des survivants d'intenter une action en justice correspond aux « sentiments de respect ou de piété des survivants ». L'art. 236 de LTGO du droit malgache accorde l'action en réparation du préjudice matériel subi par le défunt aux héritiers, soit qu'il l'ait intentée de son vivant, soit qu'il soit mort avant de l'avoir intentée, pourvu qu'il n'y ait pas renoncé. Par contre, la réparation du préjudice moral ne peut être poursuivie par les héritiers que si le

¹ MONTHERLANT, in BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 41.

² En France, l'arrêt du Conseil d'État, 18 mars 1983, JCP, 1983-II-2011, obs. Auby, a nié à la famille un droit propre à s'opposer au prélèvement.

³ Art. 178 du CPS prévoit un délai de prescription de deux ans pour les délits contre l'honneur, aucune peine ne peut être encourue s'il est écoulé plus de trente ans depuis le décès ou la déclaration d'absence » (art. 175, al.2).

⁴ BINDING Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, Leipzig, Engelmann, 2^e éd. 1902, p. 139, in STEULLET Alain, *La victime de l'atteinte à l'honneur, Étude de droit pénal et de procédure pénale suisses*, Éditions Ides et Calendes, 1983.p. 55.

défunt avait engagé l'action de son vivant, mais si le préjudice moral atteint personnellement les ascendants, descendants, conjoint ou toutes autres personnes justifiant d'un dommage grave, en cas de mort de la victime, une action leur sont ouverts (art. 237 de LTGO).

2) Le droit au respect de l'intégrité morale

384. L'idée principale de M. Beignier¹ réside dans l'existence d'un droit général à la protection de la tranquillité et de la dignité (« si l'individu est un, comment concevoir un démembrement de sa personnalité ? »), et non par l'enseignement que l'on reçoit en France de la reconnaissance de plusieurs droits de la personnalité. L'auteur évoque le travail de la doctrine allemande au début du 20^e siècle prônant le caractère moniste du droit à la protection de la personnalité contrairement à la pensée des auteurs français. Le Code civil allemand à travers le § 823 du BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) mentionne en effet que : « quiconque agissant intentionnellement ou par négligence porte atteinte illégalement à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui, est tenu à l'égard de celui-ci à la réparation du préjudice qui en résulte ». Dès lors, la doctrine dominante allemande en déduit qu'il existe un droit général sur sa propre personne, cette conception générale fut confirmée par la loi fondamentale de 1949 dans son art. 2 : « chacun a droit au libre développement de sa personnalité, pourvu qu'il ne porte atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale » et par la jurisprudence de la Cour fédérale de justice du 25 mars 1954 qui consacra un droit général de la personnalité (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*). En suivant cette conception moniste du droit général de la personnalité, il faut accepter qu'il englobe le droit à la tranquillité et à la dignité, mais que le droit à l'image, le droit à la voix et le droit à la vie privée ne soient que des composants de ce droit général. Le droit de l'intégrité morale protège alors la personne de sa tranquillité et de sa dignité, parfois l'une est imbriquée dans l'autre et inversement, parfois la tranquillité peut être atteinte sans que la dignité soit impliquée et vice-versa.

385. Cependant, la distinction entre la vie privée ou le droit à la tranquillité et la dignité peut se faire sur leur fondement, car si la vie privée renvoie à l'idée de la liberté de chacun et de la protection de son intimité personnelle et familiale, la dignité ou le respect de la dignité repose sur le principe de « l'éminente dignité humaine... que l'on doit à l'être humain qui transcende l'individualité »². Le législateur malgache a apparemment choisi tout comme son homologue français de la conception plurale des droits de la personnalité sans les énumérer

¹ BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 45 et s.

² *Ibid.* pp. 60-61.

dans l'art. 17 de la loi n° 62-041 : « les droits de la personnalité sont hors commerce ». Du côté français, la pluralité du droit de la personnalité fait ressortir l'énumération de son contenu : à savoir le droit à l'image, le droit à la voix et le droit à la vie privée. Depuis la loi du 17 juillet 1970, l'art. 9 du CCF prévoit que : « chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ». Le mot « intimité » de l'art. 9 semble circonscrire la protection de la vie privée, imposant ainsi au juge¹ de s'y référer dans l'appréciation d'une atteinte à la vie privée. Il ne pourrait en effet être recevable l'action d'une personne demandant la réparation ou le retrait d'un article qu'elle estime lui porter atteinte si elle-même a consenti à la publication de sa vie privée ou de son image. Le débat sur la définition de la vie privée ne manquait pas de controverse sur l'idée de l'opposer à la vie publique, mais finalement la doctrine dominante s'accorde à dire que « ... le respect de la vie privée se traduit essentiellement par un devoir d'abstention : il faut laisser l'individu tranquille. Cette tranquillité, qui est la valeur psychologique protégée, revêt des aspects multiples et concrètement dissemblables... »². Le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint par la publication de renseignements patrimoniaux exclusifs de toute allusion à la vie et à la personnalité de l'intéressé³ : les limites de la protection de la vie privée ne pourraient être étendues à la divulgation des renseignements purement d'ordre patrimonial. Par contre, le fait de relater les sources de la fortune provenant d'un héritage ou de la stipulation du nom de famille et de l'origine du patrimoine constitue une atteinte à la vie privée⁴, de même que toutes divulgations des informations personnelles⁵. Enfin, « la

¹ Périgueux, 17 mars 1992 : Cass. Civ. Du 15 septembre 1992, n° 1500, p. 41 : « nul ne peut divulguer des faits de la vie privée d'un individu contre son gré même si ces faits n'altèrent pas l'honorabilité de l'intéressé qui a droit à l'autonomie, à la paix et à la tranquillité de son existence intime, familiale et plus généralement non publique ». Aussi : « ... constitue en elle-même une véritable atteinte à la tranquillité aussi bien qu'au droit à l'intimité de la vie privée (le fait d'inciter les lecteurs d'une revue à écrire au directeur d'une chaîne de télévision pour lui dire « ce que vous avez sur le cœur ») ; Nanterre, 27 avril 1978, Jurisdata, n° 5333, in *Ibid.* p. 56.

² CARBONNIER Jean, *Droit civil*, tome I, n° 71 ; voir aussi MALAURIE et AYNES, *Les personnes*, n° 319.

³ Cass. Civ. 1^{re}, 4 octobre 1989, Bull. civ. I, n° 307 ; Cass. Civ. 1^{re}, 20 novembre 1990, Bull. civ. I, n° 257 ; Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 1991, JCP, 1992-II-21845, obs. F. Ringel.

⁴ C.A de Paris, 12 janvier 1987, D., 1987, somm. 386.

⁵ C.A de Paris, 23 janvier 1989, D., 1989-471, note Lindon : « Dans les limites qu'imposent toutefois certaines données touchant à leur personne même, à leur mode de vie ou à celui de leur famille, tous les éléments qui doivent demeurer sous la protection (de l'art. 9 du CCF) ».

tranquillité de l'existence et la vie privée peut être troublée lorsqu'il apparaît que le but n'est pas de sauvegarder son intimité, mais de nuire à des tiers »¹ : nous pouvons rajouter que la maternité est l'un des aspects de la vie privée, donc secrète². La divulgation des images ou le récit du déroulement de la maternité par autrui à travers les médias ou dans le cercle familial élargi pourrait alors constituer une atteinte à la tranquillité d'une personne : néanmoins, son établissement semble assez délicat si l'acte est perpétré par les membres proches. L'existence des mesures de protection à disposition du juge, à savoir la saisie, le retrait total ou partiel, la censure de certains passages d'un article, photographie, et toutes informations privées, vient confirmer le droit au respect de la tranquillité et de la dignité, du droit à l'intégrité morale sanctionnée en cas d'atteinte par la réparation par équivalent ou des dommages-intérêts à la demande d'un individu, en cas de décès, aux membres de la famille.

C. Le droit au respect de leurs libertés civiles : liberté d'esprit et liberté d'action

386. En France, la Déclaration de 1789 assure que : « les hommes naissent libres et égaux » : mais cette liberté civile a des limites, celle des autres. M. Carbonnier définit : « la liberté civile [se définit, par opposition à la liberté publique] comme une liberté garantie au profit d'un particulier à l'encontre d'un autre particulier (et non de l'État) ». Cependant, on peut aussi accepter qu'il n'existe pas de théorie des libertés civiles tout en essayant de délimiter leur contenu : liberté de circuler, liberté de parole et de pensée, liberté de croyance, liberté d'agir, liberté du travail, et la liste est loin d'être exhaustive, M. Beignier subdivise les libertés civiles en deux catégories, celle de l'esprit et celle de l'action.

1) De la liberté de l'esprit

387. Elle peut se manifester comme la liberté de croire ou de ne pas croire en Dieu, la personne humaine a droit à la liberté religieuse : la liberté de la conscience dont elle fait partie est définie « comme la faculté, intuitive ou raisonnée, qu'a l'individu de déterminer son éthique personnelle, de fixer la conduite à adopter ou de juger ses actes en fonction de cette éthique »³. En droit civil, notamment dans notre objet sur l'éducation⁴ spirituelle et morale de l'enfant pendant sa minorité et éventuellement suite au divorce des parents ayant des

¹ BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 60.

² Cass. Civ. 1^{re}, 5 janvier 1983, Bull. civ. II, n° 4.

³ LASZLO-FENOUILLET Dominique, La conscience, Thèse dacty, Paris II, 1991, p. 12 ; VESPIEREN P., Petite apologie de la conscience, Etudes, 1989, p. 371 : la conscience source de la liberté individuelle, in BEIGNIER Bernard.p. 84.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 11 juin 1991, D., 1991-521, note Malaurie ; RTD Civ., 1992-75, n° 30, obs. Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller.

confessions différentes, cette liberté religieuse peut cependant générer quelques problématiques quand les enfants majeurs décident de se reconverter. En effet, hormis la qualification jugée sectaire de certaines formes de croyances, il est largement admis le respect des convictions religieuses¹ de chacun du moment où il n'engendre à autrui ni trouble, ni provocation, ni blasphème² et il n'est pas question d'interdiction³ non plus. Enfin, la liberté de conscience se transforme en une liberté d'expression de la loi du 29 juillet 1881 dont l'art. 1^{er} restreint à l'« obligation au respect des personnes »⁴ par l'interdiction d'injures et de diffamations. Comme nous l'avons indiqué, cette loi française sur la liberté de la presse est également applicable à Madagascar et servira encore de référence aux dispositions de la loi n° 2016-029 portant code de la communication médiatisée modifiée par la loi n° 2020-006 en cas de mutisme ou d'obscurité de cette dernière. Dès lors, il pourrait s'agir de porter atteinte à la liberté d'esprit des aînés, de discréditer leur opinion ou leur conviction sur leur religion, les descendants comme les ascendants sont libres de choisir la religion qui leur convient.

2) De la liberté d'action

388. Elle semble consacrer l'ensemble des actes de droit civil : liberté de se déplacer, elle constitue un droit civil fondamental à valeur constitutionnelle puisque les Constitutions consacrent la liberté de déplacement sur le territoire national (...); liberté de fonder une famille ou de se marier (il est largement admis de nos jours de nouvelles formes de famille en concubinage ou recomposée), déterminée par le libre consentement des époux, c'est-à-dire une liberté contractuelle sous conditions de capacité (majorité, discernement) dépourvues de toutes formes de pression, de fraudes ou de dol. En France, la loi du 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples de même sexe, autorise non seulement la liberté de se marier ou de vivre en couple pour tous, mais surtout de la liberté des mœurs déjà prévue par les lois du 25 juillet 1985 et du 12 juillet 1990. Enfin, la liberté de travail et la liberté d'entreprendre (commerciale, industrielle ou artistique) complètent la liberté d'action. Depuis l'abolition de l'esclavage et sous réserve des autorisations d'exercer un métier spécifique (par exemple : médecin, avocat, enseignant...), toute personne physique est libre de choisir son métier et

¹ C.A de Paris, 25 octobre 1991, JCP, 1992-IV-203, « respect des convictions religieuses en cas de divorce... »

² Cass. Civ. 1^{re}, 29 octobre 1990, Bull. civ. I, n° 226, « ... le principe de la liberté d'expression, notamment en matière de création artistique, d'une part, comme, d'autre part, celui du respect dû aux croyances étant d'égale valeur, il appartient aux juges du fait de décider des mesures appropriées à faire respecter ce nécessaire équilibre ».

³ C.A de Paris, 23 octobre 1984, D., 1985-31 ; C.A de Paris, 22 septembre 1988, D., 1988-IR-258.

⁴ BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 88.

d'exercer des activités qui lui semblent convenir à sa capacité, sa passion et à ses goûts. Elle sera à cet effet rémunérée conformément aux règles en vigueur qui régissent les salaires minimaux correspondant aux services fournis. La liberté de travail se manifeste d'abord par la liberté d'exercer le travail que l'on souhaite puis par la liberté dans l'exercice du travail : en effet, nul ne peut être contraint de faire un travail qui ne lui plait pas, quoiqu'indispensable à sa propre survivance, il arrive en pratique que ce choix reste marginal, mais il est toujours possible de démissionner et de faire autre chose si l'occasion se présente. La deuxième liberté dans l'exercice du travail répond à l'interdiction des services masqués de sevrage et vise essentiellement l'équilibre entre l'employé et l'employeur dans le contrat de travail qui doit correspondre à un temps de travail précis et pour un employeur bien déterminé.

389. De toutes ces libertés découlent du respect envers les père et mère, les ascendants et aînés, auquel les membres de la famille doivent observer sauf si leurs facultés physiques et mentales impactent considérablement leurs intérêts et leurs conditions de vie. C'est-à-dire qu'aucune restriction ou interdiction, voire d'un dénigrement dans l'exercice de ces libertés ne saurait être demandé ou imposé à eux contrairement à leurs intérêts au risque de leur manquer du respect tout comme porter atteinte aux droits de leur personnalité. Nous pouvons rajouter, ci-après, à cette liste de libertés, celle du droit malgache en matière patrimoniale consacrant la liberté de disposer de ses biens dans les droits des successions et de libéralités.

II. La protection des relations patrimoniales avec les aînés

390. La protection des relations patrimoniales avec les aînés peut se manifester sous deux aspects, d'abord par les rapports d'obligation alimentaire, puis le cas échéant pécuniaire dans les rapports sur le droit successoral et des libéralités.

A. Par les rapports pécuniaires d'obligation alimentaire

391. Compte tenu des conventions et traités internationaux qui lient l'État malgache, il se doit d'organiser et de respecter les droits des personnes vulnérables, en l'occurrence les enfants, les personnes âgées, et les personnes handicapées : mais contrairement à l'engagement et aux moyens de l'État français, la réalité de terrains est tout autre.

- 1) Une obligation familiale en droit malgache par manque de ressources de l'État

392. À défaut de ressources financières et structurelles de l'État, les règles dérivent nécessairement des seules lois civiles, qui en matière d'obligation alimentaire sollicitent toujours et davantage la solidité et la solidarité du groupe familial tout en comptant sur les

sentiments du « respect filial »¹, et il ne serait pas étonnant de confirmer l'obligation alimentaire comme une obligation naturelle découlant de l'obligation morale. Le droit positif malgache sur l'obligation alimentaire résulte de la nouvelle loi² sur le mariage : la loi prévoit la réciprocité de l'obligation alimentaire entre les enfants et leur père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin (art. 63), ainsi qu'entre les gendres et belles-filles et leur beau-père et belle-mère (art. 64). Mais ce deuxième cas d'obligation cesse lorsque l'un des époux est décédé ou lorsque le mariage est dissout par le divorce (art. 64, al. 2) : et l'art. 65 conditionne l'obligation alimentaire dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit. La loi sur le mariage prévoit l'exécution forcée de l'obligation alimentaire dans son art. 57 et l'art. 57, al. 1 : lorsque l'un des époux faille à leurs contributions et charges du mariage, l'autre époux peut demander au tribunal par requête de saisir, arrêter et toucher dans les proportions de ses besoins, tout ou partie des revenus de son conjoint. Les obligations alimentaires découlant du mariage et ayant pour finalité d'assurer les charges pour les enfants et les dépenses quotidiennes, semblent bien organisées contrairement à celles envers les parents et ascendants auxquelles nous n'avons pas trouvé d'exemple précis au-delà de la prise en charge naturelle par la famille.

393. En dehors des relations légitimes entre parents et enfants existent les filiations naturelles qui engendrent pareillement les mêmes obligations alimentaires, si l'établissement de la filiation maternelle découle du fait de l'accouchement (art. 1^{er} de la loi n° 63-022 sur la filiation), la filiation paternelle peut résulter outre la présomption légale, de la reconnaissance de paternité ou de la déclaration judiciaire de paternité (art. 2). L'obligation alimentaire que doit le père par la reconnaissance de paternité de l'art. 22 s'étend à la filiation qui ne peut être établie en raison de la prohibition (art. 11, 12, 13, 24, 30), aux fins de subsides (art. 29) : par conséquent, l'obligation alimentaire dans le sens descendant peut faire l'objet d'une exécution forcée : dans le sens inverse, tout est laissé à la bonne volonté, à la pitié.

394. Si l'État malgache semble déterminé à assister les familles³ en vertu de leurs engagements internationaux et nationaux : les aides et assistances sociales restent très limitées

¹ Exposé des motifs de la loi n° 68-012 sur les successions, testaments et donations.

² Loi n°2007-22 du 20 août 2007 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux (www.droit-afrique.com).

³ INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE Madagascar, « Troisième Recensement Général de la Population et de l'Habitation (RGPH-3), Tome 1 », INSTAT, 2020. ; INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE Madagascar, « Troisième Recensement Général de la Population et de l'Habitation (RGPH-3), Tome 2 », INSTAT, 2020. Dans la mise en place des aides aux familles vulnérables : p. ex., « Ankohonana Miatrika » (versement d'une aide sociale d'environ 50 €/mois pendant cinq mois) ou encore « Tosika fameno »,

et ciblées, ne sont pas généralisées sur l'ensemble du territoire, la prise en charge des obligations alimentaires reste à la base des relations intrafamiliales et dépendent de la volonté sinon de la capacité de chacun de ses membres envers les aînés de la famille.

2) Une obligation légale de droit public par l'influence des droits fondamentaux en France

395. Nous reprenons la Charte des droits fondamentaux de la communauté européenne qui prévoit dans son art. 25 relatif aux droits des personnes âgées que : l'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle. Même si Madagascar est aussi lié à la Charte africaine, les moyens de réaliser de telles dispositions sont encore loin d'être effectifs. En France, la solidarité nationale ou sociale¹ du « prince nourricier »², désormais assurée par l'État, change le régime juridique de l'obligation alimentaire : ce dernier subroge en effet au droit du créancier de l'obligation alimentaire³. En quelque sorte, il avance les fonds de solidarité d'aide, de secours et d'assistance aux personnes âgées ou à celles dans le besoin et déroge même au principe de non-quérabilité de la dette alimentaire. Les services de l'État imposent à la place et au lieu du créancier l'exécution forcée de son paiement, le cas échéant, de répéter la dette alimentaire sur la succession du bénéficiaire de l'aide. En effet, l'art. 205 du CCF impose aux enfants des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin : en cas de défaillance. L'État organise l'obligation alimentaire⁴ à travers l'art. L. 132-6 du CASF et des

etc., in « Ankohonana Miatrika », sur *Fonds d'Intervention pour le Développement* [en ligne], publié le 18 février 2021.

¹ Différence démontrée de l'obligation alimentaire familiale et de l'obligation alimentaire sociale, voir PELISSIER Jean, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Lyon, 1960.p. 221 et s.

² Fait référence à Henri IV venant ravitailler ses sujets rebelles parisiens en souffrance à la fin du 16^e siècle, pour aller plus loin, MIRONNEAU Paul, *Henri IV ravitaillant Paris qu'il assiège : l'image du bon roi et la figure du bon prince*, in MENGÈS-LE PAPE Christine, *La loi de solidarité, vers une fraternisation selon la théologie et le droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.p. 93 et s.

³ Article L132-8 du CASF, Des recours sont exercés, selon le cas, par l'État ou le département : 1^o contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune ou contre la succession du bénéficiaire...

Article L132-10 L'État ou le département sont, dans la limite des prestations allouées, subrogés dans les droits de l'allocataire en ce qui concerne les créances pécuniaires de celui-ci contre toute personne physique ou morale en tant que ces créances ne sont ni incessibles, ni insaisissables et que la subrogation a été signifiée au débiteur.

⁴ Le décret n° 2022-259 du 25 février relatif à la généralisation de l'Intermédiation Financière du versement des Pensions Alimentaires (IFPA) va même plus loin sur la subrogation des droits des créanciers alimentaires en « systématisant » l'intermédiation de l'État et de ses services sur le recouvrement des créances résultant du code

autres besoins des personnes âgées : des aides à domicile et des personnes en perte de mobilité (art. L. 231-1 et s. L. 232-1 et s.), des aides et accompagnements dans la vie quotidienne (art. L. 113-1 et s.), selon l'aide sociale sur conditions de ressources (art. L. 111-1). Si le principe étant la solidarité familiale, la solidarité nationale semble s'imposer non plus à titre subsidiaire mais à titre principal compte tenu des dispenses des petits-enfants d'apporter leur participation à l'aide, à l'assistance et à l'autonomie de leurs grands-parents suite aux réformes apportées par l'art. 23 de la loi n° 2024-317 suscitée à l'art. L. 132-6, en l'occurrence des alinéas 2° et 3°. Mais cette organisation des aides, secours et assistance, n'épargne pas les descendants de leurs devoirs par les dispositions sur le droit des successions de l'art. 785 du CCF concernant l'héritier universel ou à titre universel qui accepte purement et simplement la succession : et doit répondre indéfiniment des dettes et charges qui en dépendent, y compris les dettes alimentaires. Et même en cas de prédécès des parents du conjoint, d'absence de progénitures, le conjoint survivant doit des aliments aux autres ascendants dans le besoin contre la succession du conjoint prédécédé (art. 758, al. 1). « L'obligation alimentaire n'est pas une vocation unilatérale comme l'obligation parentale d'entretien, mais à l'état latent, un devoir d'entraide qui peut... jouer dans l'un ou l'autre sens »¹ : « les obligations alimentaires familiales ont toutes le même fondement : le lien de solidarité »². L'obligation alimentaire s'impose aux beaux-parents de considérer leurs gendres et belles-filles comme leurs propres enfants et réciproquement : mais la mort de l'époux (se) source de l'alliance et celle des enfants issus du mariage entraîne l'anéantissement de la vocation alimentaire. L'obligation alimentaire est intransmissible, non seulement par le droit objectif, mais par le droit subjectif qui précise le créancier et le débiteur des aliments (art. 206 du CCF, confirmée par la jurisprudence³). Cette réciprocité s'effectue au premier degré, mais il est concevable qu'elle puisse s'étendre aux autres ascendants en vertu de la vocation alimentaire à l'infini envers eux que l'enfant majeur doit et notamment par l'autorité parentale exercée par un tiers⁴ (grands-parents, oncles et tantes, etc.) pendant la minorité de l'enfant.

de procédure civile (art. 1074-2 à 1074-4 et 1145) et de la force exécutoire d'un jugement dérivant de l'application de l'art. 372-22-2 du CCF et en modifiant à cet effet les art. R. 582-4-1 sur l'entretien et l'éducation de l'enfant et des pensions alimentaires et l'art. 582-5 et suivant du code de la sécurité sociale et de son financement. Pouvons-nous penser à l'hypothèse de telle disposition dans le sens montant des créances ?

¹ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 234.

² PELISSIER Jean, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Lyon, 1960.p. 439.

³ Cass. civ., 27 novembre 1917, D. 1917, 1, 193 : Sirey, 1920, 1, 338.

⁴ DELFOSSE Marie-Laure, *Le lien parental* [microfiche], Thèse, LGDJ Université Panthéon-Assas, 2003.p. 234.

Enfin, l'obligation alimentaire n'existe pas entre l'enfant d'un précédent mariage et le nouveau conjoint de son propre père ou mère¹, il en est des cas des familles recomposées sauf si un nouveau lien juridique venait à naître entre un enfant mineur et le conjoint de son parent à travers l'adoption simple ou judiciaire, ou d'un comportement du conjoint en seconde noce de considérer de fait l'enfant comme le sien en l'absence ou de la défaillance de son parent.

396. L'obligation alimentaire est d'ordre public et semble relever du droit public en France, l'art. 210 du CCF prévoyant le pouvoir du juge d'ordonner, en connaissance de cause de l'impossibilité de la personne qui doit des aliments, de recevoir dans sa demeure, de nourrir et d'entretenir celle à qui elle devra des aliments, sont inappliquées et laissées de côté en dépit de l'obligation alimentaire qui est «l'expression même de la solidarité familiale»². Par ailleurs, la protection des rapports alimentaires entre les membres de la famille est soumise aux conditions selon lesquelles, le manquement grave à ses obligations par le créancier d'aliments lui-même (art. 207, al. 2), et la condamnation du créancier pour un crime commis sur la personne du débiteur ou l'un des ascendants, descendants, frères ou sœurs (al. 3) pourraient constituer une cause de décharge pour le débiteur de l'obligation alimentaire sur décision du juge : le droit au respect de tous les membres de la famille.

B. Par le droit de succession et des libéralités

397. La protection des relations pécuniaires entre les descendants et les parents dans le droit malgache et le droit français connaît des similitudes, mais surtout des différences quant à la considération de la volonté de la personne sur la disposition de ses biens.

1) En droit malgache

398. Quand on décrit le droit traditionnel malgache sur le devoir de respect aux aînés, on s'aperçoit directement ou indirectement que le droit intervenait déjà pour en préciser le cadre de son intervention et de la sanction à son manquement. Nous évoquons (derechef au cours de cette étude du fait justement de l'intervention du droit pour consacrer le devoir de respect et des sanctions à son manquement) l'art. 233 du code de 1881 reprenant les règles coutumières qui servent non seulement de fondement des relations personnelles intergénérationnelles, mais également de l'origine du principe de «*Masi-mandidy*» dans les relations patrimoniales familiales. « Les enfants, qu'ils soient de leur père ou mère, ou simplement adoptés par eux, s'ils ne se conduisent pas en enfants affectueux, leurs parents restent libres de disposer de leur

¹ Grenoble, 10 février 1903, D. 1904, 2, 469 ; Paris, 31 juillet 1915, D.P. 1920.2.148 ; C.E, 24 novembre 1916, D.P 1919.3.19 : prémices de la modification de l'art. 206.

² BÉNABENT Alain, *Droit de la famille*, LGDJ, 2022.p. 543.

fortune ainsi qu'ils l'entendent, même au cas où ils ont pris des dispositions testamentaires en faveur de ces mêmes enfants. Si ces enfants sont des orphelins recueillis par leurs grands-parents, ou qu'ils soient les fils d'une mère défunte ou divorcée, et vivent sous le toit de leur père remarié, ils pourront être rejetés, s'ils ne se conduisent pas vis-à-vis de ceux qui leur tiennent lieu de père et mère, en enfants affectueux ; si au contraire, ces mêmes enfants se montrant aimants, ils ne pourront être rejetés ni dépouillés de leur part d'héritage telle qu'elle a été réglée du vivant de leurs père et mère »¹. M. Cahuzac² traduit l'art. 233 du même code pour sa part, en précisant le droit au respect des parents et ascendants à la place des conduites affectueuses et aimantes, mais apporte une autre signification, surtout des effets et limites strictement portés sur la donation. Outre les problématiques de la traduction que nous pouvons constater, nous confirmons que le droit traditionnel malgache protégeait le droit patrimonial des membres de la famille en l'occurrence des père et mère, des parents adoptifs, des ascendants et autres membres de la famille. En l'absence des parents ou quand ils disparaissent, les aînés de la famille (signalons en passant l'égalité de l'homme et de la femme dans ce rôle même si l'on peut admettre que le premier attire la préférence des uns et des autres surtout pour la protection des intérêts personnels et familiaux³) assurent la continuité de leur œuvre, de leur volonté, etc. : c'est la coutume du « *Vato namelan-kafatra* ».

399. Si l'esprit de la loi n° 68-012 concernant les relations patrimoniales familiales (successions et libéralités) s'attache au respect de la coutume, les quelques changements qu'il a apportés n'ont pas touché le fond du principe « *Masi-mandidy* » (art. 46, et sous les réserves énoncées aux articles 54 à 57) : toute personne peut, par testament disposer librement de ses biens, soit au profit d'un ou plusieurs enfants ou descendants ou membres de sa famille, soit au profit d'autres personnes physiques ou morales, soit même au profit d'un enfant rejeté. La volonté du disposant prime à toutes autres considérations, et c'est en ce sens que la protection du « devoir de respect aux aînés » des rapports patrimoniaux familiaux trouve son efficacité et

¹ JULIEN Gustave, *Recueil de lois malgaches. Code des 305 articles promulgué le 29 mars 1881*, Imprimerie officielle, 1900.

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900. pp. 259, 331.

³ Loi n° 68-012 sur les successions, testaments et donations, art. 82 - Lorsque parmi les biens successoraux figure une exploitation agricole constituant une unité économique, un cohéritier peut en obtenir en justice l'attribution, à charge de soulte le cas échéant, si lors du partage il exploitait par lui-même, ou participait d'une manière effective à la mise en valeur de l'exploitation. Et de l'art. 83 - Les cohéritiers peuvent convenir que les héritiers de sexe féminin recevront leur part de la succession sous la forme d'une somme d'argent.

son essence. En effet, le pouvoir de l'autonomie de la volonté¹ du testateur ou du donateur lui permet non seulement de faire régner la paix des familles en sanctionnant ses membres défaillants, mais aussi de privilégier ceux qui sont dévoués aux devoirs familiaux et à la solidarité familiale. En droit malgache, si la loi² permet en effet de déchoir, d'exhérer, de rejeter un héritier potentiel ou de l'écarter tout simplement de la succession par une donation-partage, celui qui manquait de respect aux siens, à la famille risquerait l'exclusion du patrimoine familial même s'il figure parmi les successibles en cas de dévolution légale ou *ab intestat*. Enfin, faudra-t-il rajouter à ces rapports pécuniaires entre les membres de la famille que dans les ordres des successibles de l'art 16 de la loi malgache se trouvent des classes (rangs ou degrés) : 1^{re} classe : enfants ; 2^e : petits-enfants ; 3^e : père et mère ; 4^e : frères et sœurs ; 5^e classe : enfants des frères et sœurs ; 6^e classe : oncles et tantes ; 7^e classe : cousines germaines et cousins germains ; 8^e classe : conjoint survivant ; 9^e classe : l'État. Nous pouvons remarquer en cas de dévolution successorale *ab intestat* que le conjoint survivant arrive en avant-dernière position juste devant l'État et que les père et mère se trouvent en troisième position. Cet ordre ne vaut en cas de dévolution testamentaire puisqu'il n'existe aucune réserve héréditaire accordée à qui que ce soit : bref, le « mérite » à l'héritage des parents et ascendants est sanctionné par le droit successoral, mais n'exclut pas non plus le pardon familial en cas de parcours déviants puisqu'aucun compte rendu n'est permis ou attendu de la part du disposant l'inverse serait compris comme un manquement de respect.

2) En droit français

400. En instituant la réserve héréditaire et la quotité disponible, le Code Napoléon sembla en 1804 faire des rapports patrimoniaux familiaux une règle intangible privilégiant non seulement la famille légitime issue du mariage, mais surtout de veiller au patrimoine familial en écartant l'autonomie de la volonté. Mais cette deuxième idée de privilégier les descendants en ligne directe par la réserve héréditaire attirait autant de critiques, notamment des sociologues et des juristes eux-mêmes jusqu'à nos jours, si certains la trouvent logique et

¹ DEMOGUE René, *Traité des obligations en général. Tome I / par René Demogue...* [en ligne], [s. n.], 1923. « ... la raison profonde de la valeur juridique de la volonté est l'appréciation heureuse des intérêts qu'elle doit contenir lorsqu'elle s'exerce dans des conditions normales ».p. 81.

² **Art. 5** - Pour succéder, il faut :... ; 2° ne pas avoir été déclaré indigne de succéder ; 3° ne pas avoir été déchu du droit de succéder ; 4° ne pas avoir été rejeté par le défunt, sous réserve des dispositions de l'article 46 ; **art. 10** - Sont indignes de succéder... ; **art. 15** - L'héritier peut être déchu par testament de tout droit successoral ainsi qu'il est prévu à l'article 47 (Le testateur peut... - exhérer un ou plusieurs de ses héritiers...

sécurisante pour la famille, d'autres pensent en effet que les parents ne paieraient jamais assez de leurs vies ses progénitures. Nous avons vu précédemment comment les rapports pécuniaires sur l'obligation alimentaire peuvent affecter le droit des successions et de libéralités en droit français, et ce justement au profit des tiers parents autres que les père et mère. Contrairement au principe du droit « absolu » de disposer de ses biens du droit malgache, en prenant en compte les différentes hypothèses et de la réserve héréditaire du droit français, les règles régissant le patrimoine familial sont complexes. Ainsi, la dévolution successorale suit les ordres des héritiers, mais surtout de la présence ou pas du conjoint successible¹ au moment de l'ouverture de la succession du défunt. Ce qui diffère notamment du droit malgache puisque le conjoint survivant ne se trouve qu'à la 7^e classe avant l'État : mais cette situation ne désavantage pas nécessairement le conjoint survivant puisque le défunt peut lui attribuer tout ou des parts conséquentes de ses biens. En droit français, le conjoint successible (conjoint survivant non divorcé, art. 732) est appelé à la succession, soit seul, soit en concours avec les parents du défunt (art. 756, al. 1). Par conséquent, les ordres d'héritiers suivent cette condition : en l'absence de conjoint successible, les parents sont appelés à succéder comme suit : 1^o les enfants et leurs descendants ; 2^o les père et mère ; les frères et sœurs et les descendants de ces derniers ; 3^o les ascendants autres que les père et mère ; 4^o les collatéraux autres que les frères et sœurs et les descendants de ces derniers... (art. 734). En présence de conjoint successible, les règles de dévolution sont prévues par les articles 756, al. 2 et 757 et suivants. Bref, la détermination des héritiers potentiels nous permet de cibler les membres de la famille concernés par les rapports patrimoniaux familiaux et ceux qui doivent du respect en vertu duquel les dispositions légales écartent ceux qui se montrent ingrats (art. 955), ceux qui sont indignes de plein droit (art. 726) et ceux déclarés indignes par la justice (art. 727). Cependant, en application du devoir de secours découlant du contrat de mariage, en cas de décès de l'un des époux une faveur est accordée au conjoint survivant (art. 767), la succession de l'époux prédécédé doit une pension à l'époux survivant qui est dans le besoin (art. 726). La Cour de cassation exclut (une décision² assez étonnante)

¹ CCF, art. 731 : « la succession est dévolue par la loi aux parents et au conjoint successibles du défunt ».

² Cass. Civ. 1^{re}, 17 juin 1995, Bull. n° 30 ; Defrénois 1995, 1022, obs. Massip ; JCP 1995, II, 22407, note Bénabent : « la faculté pour le juge de décharger tout ou partie de sa dette alimentaire, le débiteur envers lequel le créancier a gravement manqué à ces devoirs ne s'appliquerait pas aux aliments dus par la succession au conjoint survivant. »

la faculté pour le juge du fond d'appliquer l'art. 207 al. 2 en cas de manquement grave au devoir conjugal mutuel et maintient la succession grevée de la pension alimentaire.

401. La protection des rapports patrimoniaux familiaux, dont l'obligation alimentaire fait partie, résulte des obligations légales *stricto sensu*, elle est générale et repose sur la volonté contractuelle issue du mariage, mais aussi sur les obligations extracontractuelles indépendamment d'une faute commise, c'est-à-dire dans notre objet, issues de la filiation. La faute n'est prise en compte que dans l'application des sanctions civiles aux manquements des devoirs de respect de chaque membre de la famille envers les siens : ce qui suppose deux caractéristiques distinctes, d'abord par les objets de l'obligation (commission ou abstention), puis de leur régime qui connaît d'un côté une obligation susceptible d'un recours en exécution, et de l'autre, celle qui est « dépourvue » d'exécution forcée, mais dont le « non-respect » entraîne des sanctions sévères de la loi.

III. Les objets du devoir de respect aux aînés

402. La filiation crée un droit personnel en considération de la personne titulaire du droit objectif : « un droit de créance qu'a une personne (le créancier) d'exiger d'une autre personne (le débiteur) une prestation, un service consistant à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose »¹. Le droit personnel donne à son titulaire le droit d'exiger d'une autre personne l'accomplissement ou l'abstention d'un fait : une obligation définie par l'art. 1^{er} de LTGO². Un lien de droit d'où découle une obligation (dette) qui change de camp au cours du temps par sa réciprocité : une obligation familiale « positive » comme sous-entend la signification du rapport familial traduit de la langue de Shakespeare « *family rapport* » ; respect, honneur, affection, solidarité, charité, aide et assistance... sont les mots d'ordre, mais aussi une obligation « négative », car elle impose de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui. Le Code civil français ne définit plus l'obligation, la réforme apportée par l'ordonnance du 10 février 2016 a d'ailleurs balayé les anciennes dispositions (des articles 1101 et 1126 du CCF) relatives à l'obligation de faire, l'obligation de ne pas faire et l'obligation de donner en matière contractuelle. Alors que l'art. 54 de LTGO maintient toujours les objets de l'obligation, si l'obligation est de faire ou de ne pas faire, le juge peut contraindre le débiteur

¹ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 320.

² L'art. 1 de LTGO définit l'obligation comme un lien de droit en vertu duquel le débiteur est juridiquement tenu envers le créancier de lui fournir une prestation ou de s'abstenir d'une faculté, prestation ou abstention dont il est responsable sur la valeur des éléments actifs qui composent son patrimoine.

à s'exécuter en prononçant contre lui des astreintes. Ces dispositions applicables aux actes juridiques ne sont pas moins applicables aux faits juridiques, à l'obligation légale naissant de la filiation, même si des règles y dérogent. Le cheminement de l'analyse des objets du devoir de respect aux aînés passe par leurs contenus consistant à faire ou à fournir une prestation, à s'abstenir de certains actes nuisibles, voire à donner une chose ou de sa contrepartie.

A. Une obligation de faire

403. Il y a obligation de faire lorsque le débiteur doit accomplir une prestation positive. Une autre distinction peut être nécessaire, même si la loi n'a pas expressément énoncée, l'obligation de résultat et l'obligation de moyens. L'intérêt de la distinction étant d'établir la preuve de la faute et la charge qui lui incombe : si le résultat est promis et n'est pas atteint, la responsabilité du débiteur est engagée ; alors que le débiteur n'est pas responsable que si son attitude a été incorrecte, c'est-à-dire qu'il n'a pas employé tous les moyens possibles en sa possession. L'obligation de faire se résout en dommages-intérêts¹ dans les cas d'action en réparation du préjudice d'un manquement à l'assistance, en paiement dans les cas d'action alimentaire : elle est susceptible d'une exécution forcée. L'obligation de faire est sanctionnée par la faute par omission du débiteur de cette obligation : la faute par omission est facile à déterminer lorsqu'il s'agit d'une obligation légale dont l'obligation alimentaire familiale qui doit primer sur l'obligation alimentaire sociale² assurée par l'État. L'admission de la responsabilité de l'abstentionniste est cependant difficile à établir dans une notion purement morale quand l'abstention reste légale, « on n'est pas obligé de faire ».

404. En se référant à la maxime romaine « *Neminem laedit qui suo jure utitur* » (ne saurait blesser autrui celui qui ne fait qu'user de son droit) : dans notre objet, il nous semble bien plus compliqué de déterminer l'obligation de faire ou de ne pas faire découlant d'un devoir moral confondu aux règles légales. En effet, « ce qu'il faut faire dont s'occupe la Morale..., envisage la conduite de l'homme dans son ensemble et ses actions particulières aussi, mais toujours pour ce qui a rapport au contrôle des sentiments, des appétits, des passions et des relations sociales »³. Or, c'est exactement dans cette conduite de l'homme dans son environnement social que le devoir de respect et particulièrement aux aînés que le droit intervient. L'obligation de faire se met en œuvre dans notre objet d'apporter aide, secours et

¹ CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927. p. 134.

² PELISSIER Jean, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Lyon, 1960.p. 228 et s.

³ COLESANTI Jules, « *Esiste una morale* », *La morale supérieure, Traduit de l'italien de OSTA Eva*, PUF, 1940.p. 8.

assistance à ses proches parents dans le besoin : il s'agit d'une obligation alimentaire au sens large des termes incluant les aliments, le toit, les vêtements et les soins médicaux entre autres, conforme à la philosophie de solidarité de la famille malgache pour affronter les difficultés.

1) Au point de vue du droit malgache

405. Comme nous avons démontré, la coutume faisant force de droit au même titre que la loi. Il s'est avéré par la suite que le devoir de respect aux aînés a été rendu obligatoire légalement par la législation orale et par les textes successifs de droit écrit. De ce fait, les effets et la sanction de l'obligation de faire sont les mêmes que ceux du droit français, puisque les principes de droit ne changent pas. Il est prévu en droit malgache qu'un individu doit le respect aux aînés dans les deux sens du terme « aîné » : dans le cercle familial et dans l'adhésion au contrat social. Il est attendu de lui des actes positifs de faire, faute de quoi, même par imprudence ou maladresse, ou par la violation d'une obligation légale, il encourt la responsabilité pour faute par omission. Peu importe si l'individu a même de prévoir le préjudice qu'il causerait, il n'est pas nécessaire qu'il l'ait prévu en fait¹ (la faute quasi délictuelle), cependant si l'individu a conscience du dommage qu'il allait causer à autrui, par omission, il manque également à un devoir moral de ne pas nuire : ce qui constitue la faute délictuelle. Nous pensons donc en matière de devoir de respect aux aînés que l'obligation de faire suppose que l'individu a conscience du dommage qu'il causerait en s'abstenant de faire ce qu'il doit faire, ou de faire le contraire de ce que l'on attend de lui envers les « aînés » : caractéristique d'une faute. L'acte est donc susceptible de sanction et engage la responsabilité de son auteur selon les circonstances objectives qui entourent la faute commise par omission. Cependant, il nous paraît important de rappeler les règles coutumières en matière de responsabilité civile et de l'indemnisation de la victime que la coutume malgache ne connaissait pas avant 1966, voire même interdites, l'indemnisation intégrale de la victime c'est-à-dire le dommage réellement subi et les pertes de profit ou intérêt. L'exercice d'un droit à des intérêts était contre la coutume réellement établie où seule l'indemnisation du préjudice direct fut acceptée, cette règle coutumière voulait en effet éviter tout exercice abusif d'un droit en cas de quasi-délit où la volonté de nuire n'est pas clairement caractérisée².

¹ SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 8.

² C.T du 20 décembre 1906 : « Si les us et coutumes malgaches n'admettent pas, en cas de quasi-délit, de dommages-intérêts dans le sens général de ce mot dans la législation française, il peut toutefois être alloué par les tribunaux des compensations destinées à réparer strictement le préjudice matériel souffert. »

406. Un exemple de venir en aide à un collatéral nous intéresse particulièrement, car la solidarité comme nous l'avons vu dans la société malgache est organisée à la base. Si le frère ou la sœur, débiteur de l'obligation d'assister ses consanguins s'abstient de la faire, il ou elle sera en faute et répondra de sa responsabilité le dommage causé. L'établissement de la responsabilité civile ne nous intéresse pas dans son application, mais nous servira d'établir les motifs déterminant des causes du rejet pour manquement à l'obligation de faire. Si l'établissement de la responsabilité pour faute par omission divisait la doctrine¹ française au début du 20^e siècle, à Madagascar et notamment à l'aube du droit coutumier, la législation orale la sanctionnait sans ambiguïté en matière de secours et d'entraide familiale, reprise dans le droit écrit : « si des personnes privent de moyens d'existence leurs père et mère indigents, elles seront invitées à s'acquitter de leur devoir », en cas de refus, une amende est encourue ainsi que la saisie du 1/3 de leurs biens (art. 38 de la Charte type des fukun'uluna de Tananarive)². Cependant, la mise en œuvre de la responsabilité civile est à relativiser dans le cercle familial, le fait que l'accès à la justice coûtera plus cher ou sinon quasi impossible par la majorité des Malgaches du fait de l'éloignement et d'autres difficultés structurelles. La plupart du temps, les difficultés sont résolues à la base de la solidarité familiale, du groupe familial ou du fokonolona, contrairement pour ceux qui habitent dans les agglomérations et proches de toutes commodités en matière de justice. Par ailleurs, la responsabilité encourue en matière d'obligation extracontractuelle est prévue par l'art. 204 de LTGO qui responsabilise chacun du dommage causé à autrui par sa faute. La responsabilité extracontractuelle « expression... heureuse »³ (par opposition aux obligations contractuelles) dont les conditions sont similaires au droit français repose sur un lien de causalité entre le dommage subi et le fait générateur du dommage. Le « fait générateur peut être un fait fautif (responsabilité subjective)

¹ En ce sens, si la doctrine majoritaire repoussait l'idée de l'application des dispositions des articles 1382 et 1383 (anciens : devenus 1240 et 1241) à la faute morale subjective d'omission et par conséquent à la justification de l'existence d'une responsabilité d'abstention (défendue par exemple par MM. Saleilles, Planiol, Demolombe...), d'autres auteurs (comme MM. Toullier, Bosc, ou Savatier) avaient démontré son admission sous condition., la controverse intéresse surtout de l'existence de la faute morale subjective d'omission en concours parfois à la faute juridique objective d'omission., in SAVATIER René.p. 127 et s.

² JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome II, E. Guilmoto, 1909. Les fukun'uluna (Organisation communale et les Fanekem-pukun'uluna ou Chartes des groupements correspondant aux fukun-tani, pp. 30-37).

³ RAMAROLANTO-RATIAIRAY et SEUBE Jean-Baptiste, *La Théorie Générale des Obligations en Droit Malgache*, Tome 2, *Les faits juridiques, Le régime général des Obligations*, Jurid'ika, 2014.p. 17.

tout comme un fait commis indépendamment de toute faute (responsabilité objective) »¹ de l'art. 205. L'indemnisation du préjudice répond à des conditions strictes d'être direct, actuel et certain du dommage subi qu'il soit matériel ou moral (art. 233), spécial et anormal causé par le fait dommageable. Le fondement de la responsabilité peut découler de trois théories, la faute, le risque et la garantie : dans notre objet, c'est la faute d'abstention d'une obligation de faire qui caractérise le manquement à l'obligation de respect et d'honneur et c'est « cette faute intentionnelle de l'auteur du dommage qui pouvait très facilement servir de fondement à la responsabilité »². L'esprit guidant les deux droits des obligations franco-malgaches priorise la responsabilité assurant l'indemnisation du dommage, plutôt que la sanction du comportement déviant ou illicite de l'auteur du dommage, garantit le droit à la sécurité de toute personne victime d'un dommage : c'est la grande différence avec le rejet.

2) Au point de vue du droit français

407. La doctrine opposa deux objections à la responsabilité par omission, car, d'abord l'omission ne peut être causale et qu'elle est le néant dont rien ne peut sortir. L'abstention ne saurait être un acte illicite dans le devoir de respect aux aînés aux yeux du droit français tout en supposant qu'elle ne peut aussi être un acte légal. Le droit de ne rien faire n'existe qu'avec les limites que l'équité lui impose : il cesse quand l'équité impose le devoir d'agir³. Il en ressort que la faute peut être reconnue chez l'individu si le respect de l'équité lui fait défaut et qu'il manque à un devoir moral objectif imposé par l'état des mœurs et la pratique des honnêtes gens, l'abstention constitue alors comme un élément moral d'une faute civile. La jurisprudence⁴ (interprétant les anciens articles 1382 et 1383 invoqués) l'avait confirmé en disant que l'abstention, même non dictée par la malice ou l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi dans l'ordre professionnel. L'évolution du droit français assimile la responsabilité par omission à la responsabilité par commission par le fait que l'abstention a engendré des dommages au créateur de l'obligation

¹ RANDRIAMAROTIA Harijaona, Responsabilité de droit privé, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.pp. 85-90.

² LACOMBE Jean, *La théorie générale des obligations dans le nouveau droit malgache*, CUJAS, 1967.p. 188.

³ SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 110.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 27 février 1951 : Sirey, 1951, I, 158 ; D., 1951, Jur. 331, p. 329 : Arrêt Branly : étend la responsabilité civile dans le domaine professionnel de la faute d'omission et ne semble se baser que sur la conscience objective.

de faire suivant l'article 1241, une responsabilité par son fait, mais aussi par sa négligence ou son abstention. L'obligation de faire résolue en dommages-intérêts, suscitée (supra. **403**) dans les cas d'action en réparation du préjudice d'un manquement à l'assistance, en paiement dans les cas d'action alimentaire, constitue des exemples concrets du devoir moral transformé en obligation civile, ou du moins en obligation naturelle par le droit positif. Au-delà de la maxime, « nul ne peut être contraint directement de faire quelque chose », *nemo praecise potest cogi ad factum*, et de toutes considérations du respect de la personne et du corps humain (l'emploi de la violence entre particuliers serait un trouble à la paix publique)¹ : le débiteur de l'obligation de faire dans les faits juridiques² peut constituer l'objet de l'obligation de faire des dispositions de l'art. 371 ; l'obligation de celui qui cause à autrui un dommage par sa faute à le réparer (art. 1240), des obligations alimentaires des articles 205 et 207 et enfin de l'inadmissibilité de la restitution à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées de l'art. 1302, al. 2.

408. Suivant la signification des termes « devoir de respect aux aînés », le droit français le voit soit comme simplement un devoir moral soit comme obligation légale. Et dans l'obligation légale des obligations alimentaires, nul doute qu'il s'agit d'une obligation d'agir, de faire des actes positifs pour venir en aide et au secours de ses parents et ascendants, l'omission d'agir constitue une faute. Parallèlement, il existe certains devoirs moraux de faire qui sont sanctionnés par le droit en cas de violation³ : la faute morale distincte de la faute juridique est un élément essentiel dans notre sujet, car elle implique la conscience et la volonté de l'auteur du dommage causé. La faute juridique quant à elle existe dès que son auteur a pu prévoir le dommage qu'il allait causer, une notion objective différente de la notion purement subjective de la faute morale. Il est très important de considérer tout particulièrement l'intention de nuire de l'individu, par le fait que le devoir de respect aux aînés ne soit qu'un devoir moral et non une obligation civile et que l'abstention ne saurait être sanctionnée. Ce qui effectivement présente l'opportunité pour le tribunal de métamorphoser, ou de confirmer plutôt que le soi-disant devoir moral des articles 205 et 371 du CCF est une

¹ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 579.

² Art. 1100-2 : les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit par la responsabilité extracontractuelle.

³ 3^e catégorie des cas de faute selon le classement expérimental de PLANIOL Marcel, après les imprudences et maladresses, Rev. crit., 1905, p. 283-4., in SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 8.

obligation légale de nature civile et d'en apprécier les preuves subjectives à l'encontre de l'auteur de la faute et non seulement du lien de causalité entre la faute et le dommage subi.

409. L'exemple cité souvent par la doctrine quand elle aborde le thème de devoir moral étant l'abus du droit. L'abus du droit peut être considéré dans notre sujet d'une part comme étant le droit de s'abstenir de faire face à un devoir moral de faire, et d'autre part comme étant le droit de faire dans un devoir moral qui interdit. « Toutes civilisations, toutes législations, se sont efforcées de trouver les moyens d'empêcher les individus d'user leurs droits avec immoralité »¹ disait M. Savatier, souvent dans des règles issues de la morale, que le droit positif ignore : les choses ne se passent pas comme il les entend, mais reflète l'égoïsme de l'individu à tout point de vue. Prenons un deuxième exemple aux antipodes du devoir de respect aux aînés : les devoirs familiaux de surveillance et de protection des enfants mineurs, d'après la présomption de faute découlant des articles 1240 et 1242 régissant l'autorité parentale. Les parents, aïeuls, tuteurs, ou autres gardes déléguées implicitement, ont l'obligation de surveillance et de protection des enfants ayant chez eux le domicile de ces derniers. En cas de dommage causé par ces enfants dont ils ont la garde (permanente ou occasionnelle), ils doivent répondre de leur responsabilité, la faute par omission d'avoir manqué à l'obligation positive de surveillance et de protection. La justice est quasi-unanime depuis plus d'un siècle, même si les dommages causés par les enfants se trouvent loin du domicile, en fondant leur décision sur la mauvaise éducation donnée² : un caractère purement moral de la faute par omission reconnue par la justice. Ainsi, si les enfants ont eu une mauvaise éducation et manqueront par la suite au respect et à l'honneur qu'ils doivent à leurs parents, aïeuls, et tuteurs : pouvons-nous en déduire que le devoir de respect aux aînés qui est un devoir familial dérivant de la morale ne trouve pas d'objection au moins de son application par le tribunal. Faute de texte explicite en la matière, donc d'une délimitation objective de la faute par omission, seul le juge détient l'appréciation souveraine de l'application d'une sanction d'un devoir familial intergénérationnel. La limite que nous opposerons au devoir de respect aux aînés ne serait encore une fois que l'immoralité, ou l'illicéité, une condition d'exécution d'une obligation contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public (art. 6 du CCF)³.

¹ *Ibid.* p. 22.

² Agen, 23 juin 1869, Sirey, 1869. 2. 253 ; Pau, 2 juillet 1898, Sirey, 1899, Sirey, 1899. 2. 137 ; Montpellier, 31 octobre 1908, Sirey, 1908. Sirey, 1908. 2. 296 ; Caen, 26 mai 1909, Rec. Caen, 09, p. 92

³ LTGO définit dans son art. 9, la condition illicite, celle qui a pour objet un acte susceptible d'être accompli, mais qui est contraire à la loi ; et dans son art. 10, la condition immorale, celle que les bonnes mœurs réprouvent. Art. 11 - La condition impossible, illicite ou immorale rend nulle l'obligation qui en dépend...

B. Une obligation de ne pas faire

410. Il y a obligation de ne pas faire lorsque le débiteur doit s'abstenir de certains actes, c'est une prestation négative¹ : c'est la faute par commission qui sanctionne l'obligation de ne pas faire. La responsabilité civile est ici mieux placée pour jouer son rôle où la transgression de l'obligation de ne pas faire portant atteinte à « l'intégrité physique [ou à l'intégrité morale] d'une personne, à ses biens ou à son patrimoine »², peut entraîner son auteur à la réparation du préjudice qu'il a créé par son fait, par les personnes et des choses dont il a la garde.

1) Au point de vue du droit malgache

411. Le devoir de respect aux aînés recommande de s'abstenir de faire certains actes contraires aux valeurs morale, familiale et sociale des individus se trouvant dans une communauté donnée à une époque donnée. Dans toutes les sociétés et dans toutes les nations, il existe des comportements, des gestes ou des actes reposant sur le principe du devoir moral objectif de ne pas causer de dommage à autrui : une obligation générale où la faute délictuelle est fondée³. Ce principe fut consacré en obligation civile par les discours réglementaires du souverain jadis, et se trouva sanctionné. L'individu enfreint une règle juridique par commission d'un acte contraire à ce que la société, la famille, les parents attendent de lui. Il commet une faute et doit répondre de sa responsabilité l'acte préjudiciable qu'il a commis sans préjudice de toutes autres poursuites civiles ou pénales, il encourt la sanction de rejet d'enfant par les parents, la famille voire la communauté. L'interdiction ne consiste pas seulement à la volonté ou à la conscience de la faute commise de nuire à autrui, mais aussi de nuire à l'individu lui-même : p. ex., le fait de ne pas tenir la parole donnée, de mentir, d'agir en contradiction aux bonnes mœurs ; l'acte est nuisible, l'intention de nuire est caractérisée. Nous avons vu sur le « *Fihavanana* » que si une personne malgré les conseils des siens et des autorités publiques transgressait les règles de conduite locales, les membres de la famille pouvaient rompre cette parenté, cette amitié ou cette alliance : « se respecter »⁴, tous les membres de la famille doivent observer au risque de salir leur réputation et honneur. En effet,

¹ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 27.

² LACOMBE Jean, *La théorie générale des obligations dans le nouveau droit malgache*, CUJAS, 1967.p. 187.

³ SALEILLES Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, Éd. la Mémoire du droit, 2001.p. 15.

⁴ « *Koa na dia tapaka aza ny fihavanana, ny fifanajàna maha ambony sy mahamendrika ny olombelona, dia tsy mba fongotra miaraka amin'izany na azo foanana tsy hisy ; fa maha-menatra raha dia ikirizana tànana ny toetra tsy mifanaja ...* », in MERINALAVASOFINA, « Ny Ntaolo sy ny lalàm-pitodran-tena (Fihavanana na ny Fisakaizana) », *Isan'Andro* 1943, 1943.06.19.p. 1.

les anciens Malgaches faisaient de leur priorité la sauvegarde de l'honneur personnel, mais surtout familial. Sur ce point, nous pouvons constater une relation ou une interaction entre le respect et l'honneur : le droit à l'honneur protège le droit au respect et inversement, ils sont sanctionnés par le devoir de respect et d'honneur. Dans l'exemple du « secret familial », le droit au secret est protecteur de la personnalité de chaque individu, il a pour objectif principal de dissimuler la non-conformité objective ou subjective d'une situation de fait¹, l'acception ne tire-t-elle pas de l'adage : « toute vérité n'est pas bonne à dire », il sera donc considéré comme une faute de commission de divulguer un secret de famille (p. ex., de la filiation adoptive que biologique), les Malgaches disent « *Ny tokantrano tsy haahaka* », « on n'étale pas le foyer ».

2) Au point de vue du droit français

412. « Tu ne nuiras pas à ton prochain en dehors des cas où l'équité le permet »², c'est en ces termes que M. Savatier résume le devoir moral objectif de ne pas faire, ou de ne pas nuire à autrui. Nous apprécions évidemment l'interdiction prévue par cette assertion, mais une condition contraire permissive nous interpelle, il s'agit du pouvoir de nuire à autrui sous l'éventail de l'équité : effectivement, nous pensons que c'est l'interprétation de l'équité par les individus même qui aboutit à l'iniquité. Un concept abstrait, venant directement de la morale, des mœurs, de l'ordre public que seul le juge en apprécie le contenu, les effets et l'application des sanctions. Et quand l'équité donne le droit de nuire à autrui, p. ex., le droit de la concurrence, toute faute disparaît avec le devoir moral qui en est à l'origine. En ce sens, nous évoquons le droit pour un frère cadet d'établir un commerce de produit agricole à proximité de celui de son aîné, dont les marchandises proviennent d'une même source (héritage d'une culture laissée par les parents) : rien n'empêche le frère cadet d'exercer en dehors du devoir moral de ne pas porter atteinte à l'activité de son frère aîné. Or par le fait de son établissement à proximité, il nuit au rendement de l'activité de son frère, puisque la clientèle se trouve partagée. Au point de vue juridique, sous couvert de l'équité, il ne peut y avoir de faute par commission : les deux frères ont le droit chacun de son côté de tenter leur chance. Il ne peut y avoir de manquement à quelque respect que ce soit, cependant si un litige naît de la situation que l'un dénigre l'autre, ou l'injurie : on est en situation de concurrence déloyale, et de manquement à un devoir de respect dérivant d'une obligation de ne pas faire.

¹ ARNAUDIN Cécile, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, MONTESQUIEU-BORDEAUX IV, 1999. Résumé.

² SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 87.

413. La solution pourrait être donnée en distinguant le droit d'équité au droit légal, celui qui commet un acte au nom de l'équité est permis d'user son droit sans être inquiété jusqu'à la limite de cette nuisance qui touche l'immoralité où l'équité n'existe plus et l'agent engage sa responsabilité de commission d'une faute et rentre dans la sphère de ce que la loi interdit. Faut-il remarquer que le droit d'équité peut être le droit légal lui-même, supposant qu'il est prévu par les textes de loi : p. ex., le droit de grève, le droit d'association, le droit de se défendre à un procès. Et qu'une faute morale peut être sanctionnée par le droit commun, sans avoir à établir si elle a causé un préjudice à autrui ou pas et d'en faire appel à la responsabilité, il a souvent été cité par les auteurs l'hypothèse d'une personne qui tient une maison de tolérance : c'est l'établissement de l'activité lui-même qu'est contraire aux bonnes mœurs, l'individu répond de sa responsabilité découlant de ce fait. M. Savatier, fervent défenseur de la considération et de l'existence de la faute morale aux côtés des fautes pour manquement aux règles légales et de prudences de l'anc. art. 1382 (art. 1240), avance : « en fait, la faute morale peut remplir parfaitement bien, et doit, si l'on veut être équitable, remplir le même rôle que celui que nous avons assigné à la faute juridique ».

414. Pour répondre à la question si au nom de la morale, peut-on fonder une faute susceptible de réparation ou d'autre sanction : si la logique des juristes répond négativement, le droit traditionnel (loi, coutume et jurisprudence) malgache répondit par l'affirmatif ; tandis que nous ne pouvons l'admettre dans notre objet d'étude qu'en posant les conditions de préjudice et de volonté de nuire en écartant tout dommage sans faute. La définition¹ de la faute de l'anc. art. 1382 est très large et englobe toute espèce de faute, y compris la faute morale opposée à la faute juridique en argumentant que toute faute, quelle qu'en soit la nature soit la cause déterminante du dommage à réparer. Prenons l'exemple de la faute morale reconnue à celui promettant le mariage à une jeune fille, qui après avoir eu des relations sexuelles avec elle, la laisse. Si la promesse ne signifie pas obligation de se marier, elle peut engager la responsabilité du séducteur à réparer le préjudice subi par la jeune femme : préjudice moral du fait du déshonneur subi, préjudice matériel du fait de la naissance d'enfant, de l'arrêt des études, de la perte d'emploi, etc. Ces préjudices découlent de la faute (anc. art. 1382, art. 1204) et peuvent faire l'objet d'une réparation : ce n'est pas la promesse de mariage du séducteur qui est frappée de sanction, mais les effets dommageables que la promesse a fait subir à la jeune fille. En somme, le devoir moral est sanctionné en droit

¹ BEUDANT et CAPITANT, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, Annales de l'Université de Grenoble, t. XVIII, p. 137 et s., in *Ibid.* p. 91.

français quand il entraîne des effets dommageables à autrui et la justice est unanime¹ : elle sanctionne la promesse de mariage non tenue en présence de préjudices subis, mais admet la difficulté de reposer leur décision sur la preuve de manœuvres dolosives ou de tromperie².

415. Nous pouvons conclure sur l'obligation de ne pas faire que la justice reconnaît la faute morale d'un individu et engage sa responsabilité conformément à l'anc. art. 1382 (art. 1240) si la faute morale est en lien direct avec le dommage subi par autrui, tout en retenant la controverse doctrinale en la matière. Il en ressort de l'analyse de la sanction des devoirs moraux par le droit commun, un concept selon lequel « *la faute juridique est la violation d'un devoir moral subjectif ou objectif que l'agent avait la possibilité de connaître et d'observer* » et que « *la faute peut consister aussi bien dans une omission que dans une action* »³. Nous acquiesçons, et soutenons la thèse selon laquelle rien ne peut faire objection à l'observation du devoir de respect aux aînés en droit français. Toute faute morale, subjective ou objective, sous le regard vigilant du juge, encourt la responsabilité de son auteur pour le dommage qu'il a causé. P. ex, sur la divulgation du secret familial : la notion de secret est « liée à la parole, à la confiance, à la connaissance de l'autre, à la quête de l'inaccessible... elle entretient des relations »⁴ ; « le secret touche aussi au mystère de la personne, à son intimité et à sa dignité »⁵, l'appréciation du dommage causé par la divulgation du secret de famille, lieu privilégié du non-dit⁶ est laissée entre les mains de la justice.

C. Le cas exceptionnel de l'obligation de donner

416. L'obligation de donner disparaît du Code civil français, elle est « entendue comme l'obligation de transférer la propriété d'une chose, et non pas comme l'obligation de gratifier une personne »⁷. Il ne peut découler que d'un contrat de vente et coïncide avec l'obligation de

¹ Cass. 23 avril 1901, D. 01. 1. 360 ; Req., 10 février 1907, Sirey, 09. 1. 553 ; Civ., 2 décembre 1907, D. 08. 1. 201 ; Req., 19 juillet 1911, Sirey, 11. 1. 400.

² Cour Cass., 25 juillet 1864, D. 64. 1. 347 ; Sirey. 65. 1. 33.

³ SAVATIER René, p. 131.

⁴ ARNAUDIN Cécile, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, MONTESQUIEU-BORDEAUX IV, 1999, p. 2.

⁵ MALAURIE Philippe, *Le secret et le droit, Une petite anthologie littéraire*, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 103.

⁶ RTDCiv. 2023-2, p. 255, note H. Michelin-Brachet, La dissimulation en droit de la famille : un inexorable recul ?

⁷ MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2021, p. 7.

faire dont l'effet consiste à livrer une chose¹, un bien, suite à un accord sur le prix et le paiement effectué entraînant la translation de propriété². Généralement, il y a faute en ce qui concerne l'obligation de donner lorsque son débiteur retient la chose ou refuse de la donner. L'obligation de donner sanctionne en effet la faute de rétention ou de refus de livrer l'objet de l'obligation par le débiteur et même par défaut de soin et de conservation d'une personne raisonnable. Le principe sort de la sanction de l'enrichissement sans cause et du risque attaché au profit, ce qui nous met en dehors de notre sujet. Mais il arrive parfois des cas où l'obligation de donner constitue en quelque sorte la contrepartie du service rendu ou du dommage subi par celui que l'on sera tenu d'assister³.

417. Dans les rapports familiaux, l'obligation de donner dérive ultérieurement d'une obligation de faire ou d'une obligation de ne pas faire : p. ex., de l'obligation dans les rapports familiaux en matière de successions et de libéralités. Le problème se pose lorsque du côté du débiteur l'obligation n'est qu'un devoir moral, mais pas de créance concrète du côté du créancier. En effet, si le devoir moral a un caractère général et absolu, l'équité ne s'occupe que des conflits d'intérêt humain⁴. Or c'est le problème d'équité qui est sanctionné par le droit positif et la jurisprudence. L'équité répond à un devoir moral du côté du débiteur de même nature que le devoir moral du côté de son bénéficiaire pour que le premier soit obligatoire. De ce fait, il existe des devoirs moraux de donner qui ne sont pas sanctionnés par le droit. Ce qui est le cas des domaines de l'état d'esprit, de la psychologie humaine ou sociale, des sentiments auxquels le droit ignore : p. ex., si le devoir nous commande de donner de l'affection, de donner de l'attention, d'avoir de l'empathie envers ses proches, ces derniers de leur côté ne peuvent pas nous en exiger et n'ont pas le droit de nous forcer en exécution : ils ne peuvent exercer un droit. Et c'est ce qui différencie considérablement du droit français du droit malgache, car pour ce dernier les relations affectueuses ont un impact concret dans les règles régissant les rapports patrimoniaux dans la famille. Par ailleurs, même si certains auteurs pensent qu'«aimer ses enfants comme aimer ses parents n'est pas une obligation

¹ Art. 1197 : L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable.

² Art. 1196, al. 1^{er} : Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.

³ ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929.p. 89.

⁴ SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 260.

juridique »¹, il existe bel et bien des devoirs familiaux qui sont strictement réglementés par la loi. Le devoir de respect se concrétise en actes, en assistance, en soins, en obligation alimentaire que les lois civiles en comparaison prévoient expressément dans les rapports familiaux. Du côté du devoir moral d'équité, des exceptions ont été constatées dans les rapports familiaux intimes, de la bru ou du gendre et de ses beaux-parents², de l'adopté et les membres de la famille de l'adoptant, de l'enfant et de ses parents et de ses grands-parents³ : s'agit-il de donner un moyen de subsistance ? L'art. 206 du CCF prévoit l'obligation alimentaire entre les beaux-parents et le gendre ou la bru, et de son extinction par la double condition de disparition de l'« affinité » produite par le lien entre les époux et le décès de l'un d'eux et des enfants qui en sont issus. Ce que la loi malgache sur le mariage prévoit pareillement dans son art. 64, al. 2 en indiquant la cessation de la réciprocité en cas de décès de l'un des époux ou de leur divorce. Si la solution proposée par les deux droits est sensiblement similaire, la fin de la réciprocité est présumée par la disparition de l'affinité : une valeur contiguë de l'affection, en d'autres termes si le droit ne prend pas en compte l'affection, en l'espèce, il se fonde sur la « désaffection ». En effet, cette désaffection est présumée en droit malgache sur la réciprocité de l'obligation alimentaire entre beaux-parents et gendre ou bru quand le mariage est dissout ou l'un des époux décède. Ce qui nous paraît contraire à l'esprit de la famille malgache, surtout en présence de descendants, le droit malgache dans ce cas a dégénéré l'obligation légale et civile en obligation morale : ce qui n'est pas le cas en droit français qui assume cette obligation légale en présence d'enfants.

418. Par conséquent, le devoir moral de donner de l'affection est un devoir moral subjectif et objectif sanctionné par le droit au nom de l'équité, au nom de la reconnaissance juridique de la désaffection et du devoir de conscience. L'obligation de donner est donc une obligation d'exception de donner de l'argent en compensation des autres obligations non exécutées par le débiteur ou de transfert d'une part de propriété pour charge et non pas une obligation de transférer la propriété d'une chose ou d'un bien au sens de la théorie générale des obligations. Ce qui marquait le caractère atypique du rejet d'enfant en sanctionnant le devoir moral

¹ KUHN Céline, *Réflexions sur le lien de parenté*, in La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe a 10 ans, CRJ-Université de La Réunion, 2023.

² Les articles 206 et 207 du CCF étendent les obligations alimentaires entre les gendres et les belles-filles à leur beau-père et belle-mère et réciproquement.

³ P. ex., l'art. 758 du CCF : « Lorsque le conjoint survivant recueille la totalité ou les trois quarts des biens, les ascendants du défunt, autres que les père et mère, qui sont dans le besoin bénéficient d'une créance d'aliments contre la succession du prédécédé.

d'affection même si celui-ci n'est pas exigible du côté de son bénéficiaire : des exemples (supra. 364) abondent dans les motifs traditionnels de rejet ou dans les décisions du tribunal.

1) Le devoir de respect aux aînés : une obligation en nature

419. Les obligations en nature sont caractérisées par leur insensibilité aux variations monétaires¹ : des caractéristiques parfaitement concordantes à celles du devoir de respect aux aînés. En effet, le devoir de respect implique de prime abord du savoir-vivre, de l'éducation, de la sagesse, de la bienveillance, bref des actes positifs envers les personnes à qui il doit être adressé. La classification traditionnelle qui oppose l'obligation de donner (pas dans le sens de donation) et l'obligation de faire ou ne pas faire n'attire aucun intérêt sur l'obligation née du devoir de respect aux aînés puisqu'il ne s'agit pas ici de transférer la propriété d'un bien², mais de faire certaines prestations ou de ne pas faire certains actes ou comportements. Notre objectif étant de classer le contenu du devoir de respect selon ses objets bien déterminés ou supposés l'être. L'intérêt de la distinction est crucial quand il y a inexécution de l'obligation en nature puisqu'il permet lors d'une saisie de la transformer en obligation monétaire. Cette dernière peut être réévaluée suivant l'inflation économique et la dépréciation monétaire. Toujours est-il que l'argent ne fait pas tout, surtout pour les personnes qui n'en ont pas besoin plus que le débiteur, ou qui ne demandent qu'à ce que leur honneur et leur réputation ne soient pas souillés. « Toutes les fois qu'aucun obstacle particulier ne s'y opposera, la sanction en nature doit être considérée comme la plus satisfaisante, la plus adéquate au préjudice causé » disait M. Josserand³, nous validons le principe pour la réparation du devoir de respect aux aînés et compte tenu de ses composants, parfois d'une valeur abstraite et sentimentale dont le dommage est non quantifiable en argent mais nécessite d'autres sanctions comme la publication d'excuse publique, la démolition des œuvres dénoncées, la restitution des biens en nature etc. La réparation de manière mixte, en nature et en argent, est souvent appliquée en matière d'injure et de diffamation en application de la loi française de 1881, synchroniquement avec le Code de 1881 malgache⁴ relayé plus tard par les nouvelles lois. En termes de réparation, le juge tranche le conflit en considérant l'équité, les circonstances et les

¹ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 26.

² MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p14.

³ JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006.p. 68.

⁴ Une peine de 10 bœufs et de dix piastres toute personne faisant des diffamations aux particuliers, même peine applicable aux auteurs de bruits (calomnies) et de désordres (troubles) publics (art. 148, 143 et 147).

possibilités matérielles et morales : tant que la réparation en nature est matériellement et moralement faisable, nous pensons que rien ne peut s'opposer à sa mise en œuvre par la justice. La seule condition qui peut la freiner étant le coût exorbitant de la réparation en nature par rapport à l'obligation de donner de l'argent en dommages-intérêts : exception, obligation de « redonner » ou de restituer une donation pour ingratitude.

2) L'obligation en nature se transformant en argent

420. Qu'elle soit une obligation ou une réparation en nature, il est toujours possible désormais de la transformer en argent. La réparation en nature cesse d'être exigible lorsque l'auteur du dommage a un intérêt légitime, c'est-à-dire non entaché d'immoralité, à maintenir l'état des choses existant et préférer payer des dommages-intérêts¹. L'idée trouve son fondement dans l'hypothèse où l'auteur du dommage justifierait de son intérêt de payer des dommages-intérêts plutôt qu'une réparation en nature. Or, dans notre objet, d'une part, la réparation en nature peut être comprise à la réparation par équivalent, cette dernière est prononcée en justice pour arrêter, limiter les atteintes portées à l'intimité de la vie privée. Les atteintes aux droits de la personnalité engendrent essentiellement un préjudice moral, et par extension à une valeur morale qu'est l'honneur : et c'est dans ce sens que la justice française² souligna que la vraie sanction en la matière consiste à faire cesser l'atteinte par le retrait, la censure ou la saisie des moyens de presse (articles, journaux, etc.) plutôt que l'octroi d'un dommage-intérêt³. En outre, il arrive que certains services ou certains comportements ne soient pas évaluables en argent, du moins dans son exécution, de ce fait la pratique accepte

¹ SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 140.

² Paris, 21 décembre 1970, JCP, 1971-II-16653 : « La décision de saisir une œuvre de l'esprit, mesure d'une exceptionnelle gravité, pouvant léser le droit de la liberté d'expression ou d'information doit être envisagée avec circonspection... »

³ Paris, 26 février 1989, Gazette du Palais, 1989-1-221 ; Paris, 11 juin 1986 : « Considérant que la libre expression des idées et des opinions qu'implique nécessairement l'affirmation légale que "l'imprimerie et la librairie sont libres" (art. 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881) ne peut subir de restriction par la voie de la procédure de référé qu'autant que le trouble manifestement illicite, anc. art 809 (834) du nouveau code de procédure civile, se trouve constitué soit par une atteinte intolérable dans l'intimité de la vie privée d'une personne physique... » ; ou encore Paris, 28 décembre 1987, D., 1989, som. 91 : « La saisie d'une œuvre de l'esprit ou la suppression de certains de ses passages exige que l'atteinte portée à l'intimité de la vie privée soit d'une gravité telle qu'elle soit intolérable et insusceptible d'être convenablement réparée par l'allocation ultérieure de dommages-intérêts ».

par exemple la dation en paiement¹ : qu'une personne au lieu d'être présente pour assister les proches ayant besoin d'une présence physique trouve une solution subsidiaire par le paiement d'un auxiliaire de vie et d'assistance. C'est dans ce contexte d'exécution en nature, comme la dette alimentaire ou de l'obligation d'honneur qui ne pourra être qu'une exécution d'une interdiction ou d'une obligation de faire indépendamment d'une exécution ou d'une réparation pécuniaire, que se posent les problématiques du devoir de respect et d'honneur et de l'étude de leurs sanctions. Non seulement les proches ne sont pas délaissés, mais que le débiteur de l'obligation de faire peut la transformer en obligation de donner. D'autant plus que les moyens de communication modernes permettent à assister à distance son prochain, il ne peut plus y avoir, tant que l'opportunité technologique le permet, de délaissement de famille, de parents ou d'enfants. L'évolution du droit peut suivre l'évolution technologique et sociale sans qu'une raison d'éloignement ou d'isolement ne soit évoquée pour justifier l'absence et les défaillances en matière de devoir de respect aux aînés. Si autrefois, l'éloignement était une cause d'exonération de motif grave, nous pensons que désormais il ne peut plus servir de moyen de justification ou de force majeure. Un autre exemple où le débiteur d'une obligation de ne pas faire préfère enfreindre l'interdiction imposée à lui et de payer des dommages-intérêts que de réparer en nature le dommage qu'il a causé à autrui. Sur le bien en héritage reçu par un fils de son père décédé, il est composé d'une maison habitable et d'un atelier exploité par son père de son temps, il est écrit sur le testament pour lequel le fils ne pourra pas détruire l'atelier pour quelle cause que ça soit. Le fils, toutefois, dans son intérêt, constate l'insalubrité de l'atelier et décide de le détruire : les autres héritiers demandent la reconstruction de l'atelier en la mémoire de leur père, sauf que matériellement et techniquement la réparation du dommage moral en nature ne peut plus se faire, et il en est conscient et l'a voulu. « La morale est bien loin d'être une science tout a priori, qui s'élabore bien au-dessus et bien loin des contingences humaines et des faits réels de la vie »² : il préfère réparer le préjudice moral qu'il a provoqué en paiement de dommages-intérêts aux autres

¹ « C'est la subrogation conventionnelle d'un nouvel objet à celui de la dette :... une autre chose donnée en propriété à la place de celle qui est due... une nouvelle obligation substituée à l'ancienne ; qu'il s'agisse soit d'une créance cédée en paiement au créancier, soit d'une véritable délégation opérée à son profit... », in SALEILLES Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, Éd. la Mémoire du droit, 2001.p. 38.

² DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Editions La mémoire du droit, 2001.p. 97.

héritiers dans le contexte de médiation. L'obligation de ne pas faire est ainsi transformée en obligation de donner, c'est-à-dire donner de l'argent par équivalent du préjudice moral.

3) Éléments de droit comparé

421. L'article 1240 du CCF offre une possibilité de réparer un devoir moral de ne pas faire en un devoir moral de donner, ce qui nous démontre la sanction d'un devoir moral de ne pas faire par le droit positif. L'obligé n'est plus contraint à un devoir moral de ne pas nuire à autrui, mais de donner de l'argent en compensation du préjudice causé par lui : p. ex., l'implantation d'un établissement quelconque dans un quartier résidentiel et paisible où les riverains ont vu leur tranquillité perturbée du fait de l'affluence de visiteurs et clients de cet établissement. Ce dernier n'a aucune obligation de déménager, mais un devoir moral de ne pas faire, c'est-à-dire de ne pas nuire à ses voisins. Sur dépôt de plainte des riverains, un établissement a été contraint de payer des dommages-intérêts¹ sans être obligé d'arrêter son activité ou de la transférer à un autre endroit. En effet, si la théorie générale de la responsabilité est impuissante à rendre obligatoires les devoirs moraux de donner, la conscience populaire en exige néanmoins la sanction civile². « Qui dit obligatoire dit impératif »³ alors même que certains reconnaissent des obligations dites « non obligatoires », des règles qui ne sont donc pas impératives et peuvent être écartées, mais qui sont des normes vivantes apparemment en droit français puisque le devoir de respect aux aînés non décrit expressément tel que nous le présentons par les textes existe dans des lois spéciales ou à travers l'œuvre prétorienne en le rendant un droit, une règle impérative par son interprétation, par son application par la justice. Le constat en droit français du devoir de respect aux aînés nous permet de dire qu'il a disparu, ou a changé de forme pour s'immiscer dans des lois spéciales (Code de l'action sociale et des familles, Code général des impôts...) et d'une prise en charge par l'État de toutes formes de solidarité. Les services de l'État subrogent au créancier le droit de percevoir à sa place les pensions alimentaires dues par le débiteur, à charge pour eux de les reverser au créancier. Une telle nécessité, une telle praticité de rendre effective une obligation reconnue par décision de justice et qui facilite la perception de la

¹ Limoges, 5 février 1902, D. 1902. 2. 95. : Le tribunal a condamné le propriétaire philanthrope qui a établi un asile de tuberculeux dans son immeuble à payer des dommages-intérêts aux voisins qui n'arrivent plus à trouver des locataires de leur maison., in SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 140.

² *Ibid.*p. 148.

³ DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2021.p. 31.

prestation ou de la somme équivalente au créancier sans intervenir auprès du débiteur indéfiniment. Cette forme d'exécution forcée d'une obligation par l'État n'est pas une révolution et n'est pas méconnue du droit malgache puisqu'à l'état primaire du droit, le souverain donna les moyens à la justice et au fokonolona de réquisitionner les biens du débiteur d'une obligation familiale qui en a les moyens, mais qui ne s'exécute pas.

422. Selon l'article 58 du Code fédéral suisse, si l'équité l'exige, le juge peut, par exception, condamner une personne, même irresponsable, à la réparation totale ou partielle du préjudice causé. Cette disposition de la responsabilité sans faute est prévue également dans le Code civil allemand, celui qui... se trouve n'être pas responsable d'un dommage causé par lui, n'en doit pas moins, si la réparation du dommage ne peut être obtenue d'un tiers chargé de la surveillance, réparer dans la mesure où, d'après les circonstances, et en particulier d'après la situation respective des intéressés, l'équité exige un dédommagement, et autant qu'il ne soit pas privé par là des moyens dont il a besoin pour son entretien... (art. 829 du B.G.B). Indépendamment de toute faute, une personne peut être tenue responsable à réparer un préjudice qu'elle n'a pas provoqué intentionnellement : ce qui suppose au moins deux hypothèses, d'abord par la responsabilité des personnes ou des choses dont elle a la garde, puis dans la reconnaissance d'une dette qu'elle n'a pas à s'acquitter. C'est dans cette deuxième hypothèse que le débiteur d'une obligation morale pourrait être tenu de s'exécuter lorsqu'il « se reconnaît débiteur d'un autre, sans plus ample indication, et que cette reconnaissance est acceptée par celui qu'il avoue son créancier »¹ : il est, dans une certaine mesure et dans certaines circonstances, obligé de « s'en tenir à sa parole ». C'est la définition de l'obligation naturelle se transformant en obligation civile que les art. 49 et 50 de LTGO malgache prévoient respectivement de la promesse (qui peut se manifester comme un aveu, la reconnaissance d'une dette par un acte unilatéral de volonté, qui par l'acceptation ou la demande en exécution du créancier devient une convention) et de la non-répétition de l'indu (restitution non admise de l'art. 1302, al.2 du CCF) : la cause de la dette est donc licite et découle d'une obligation morale transformée en obligation naturelle.

SECTION B. Le régime juridique de l'obligation de respect aux aînés

423. Les traits caractéristiques de l'obligation de respect ne peuvent être généralisés notamment par son contenu plural, de leurs conditions de réalisation, mais aussi de leur

¹ SALEILLES Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, Éd. la Mémoire du droit, 2001.p. 293 et s.

extinction. Nous abordons le régime de l'obligation par la preuve de la source de l'obligation de respect dans le cercle familial avant de voir ses caractéristiques changeantes compte tenu des objets du droit au respect.

I. Les preuves des obligations

424. L'obligation d'honorer et respecter ses parents semble être inénarrable¹, et l'acception n'est pas fausse au vu des infimes places que les auteurs l'accordent dans les innombrables études et régimes dédiés aux obligations. La raison de ce délaissement de la pensée juridique sur un sujet aussi pertinent et crucial se justifie certainement par l'interaction de la morale et le droit ou de la prise en considération des règles morales par le droit. Nous essayons de déterminer l'ensemble des règles qui régissent cette obligation des enfants envers leurs parents et ascendants, d'abord par la preuve de cette obligation de respect et d'honneur, puis des conditions et de ses effets en terminant par les sanctions applicables en cas d'inexécution.

A. La preuve de la filiation établie par les actes de l'état civil

425. La loi malgache n° 61-025² du 9 octobre 1961 relative aux actes de l'état civil prévoit dans son art. 1^{er} que : « l'état civil des citoyens ne peut être établi et prouvé que par les actes dits de l'état civil, dressés en la forme ci-après déterminée et, exceptionnellement, par des jugements supplétifs ou rectificatifs d'état civil ». Alors que la loi n° 63-022 relative à la filiation dispose que la filiation maternelle découle du fait de l'accouchement (art. 1) et que la filiation paternelle résulte, soit des présomptions légales, soit d'une reconnaissance de paternité, soit d'une déclaration en justice (art. 2). Les présomptions légales résultent du mariage civil célébré devant l'officier de l'état civil et d'une union célébrée selon les coutumes, mais non enregistrée où l'enfant né ou conçu a pour père l'homme engagé dans cette union (art. 4). Cette solution du législateur malgache de faciliter l'établissement de la filiation paternelle nous semble cohérente à la réalité sociale malgache notamment pour les personnes éloignées des bureaux administratifs et de la justice : faut-il en déduire que l'union célébrée traditionnellement en milieu urbain et non déclarée ne produit pas cette présomption légale. Comment pourrait-on en effet négliger l'existence d'un mariage traditionnellement célébré alors même que la coutume et le droit continuent de régir les comportements et les actes des citoyens ? Il en est par exemple des nouvelles dispositions des règles régissant le

¹ DEUMIER Pascale, p. 43.

² Modifiée et complétée par les lois n° 66-017 du 5 juillet 1966, n° 67-027 du 19 décembre 1967, n° 68-025 du 17 décembre 1968, n° 69-023 du 17 décembre 1969, loi n° 97-013 du 3 juillet 1997 relative à la délivrance des jugements supplétifs d'actes de naissance, dans le cadre de l'opération carte nationale d'identité...

mariage dans son art. 2, al. 2 qui imposent la validité de celui-ci cette fois, en dehors de la célébration devant l'officier de l'état civil lorsqu'un homme et une femme ayant accompli les cérémonies traditionnelles constitutives d'une union permanente entre eux, cette union est enregistrée à l'état civil. Nous constatons un recul par rapport à l'avancée significative du législateur antérieur au détriment de l'intérêt de l'enfant et de la paix des familles.

426. En dehors de toute union légale, l'enfant né hors mariage doit être reconnu par le père (art. 16 à 22 de la loi 63-022) devant l'officier de l'état civil préalablement ou dans la semaine qui suit la naissance, le cas échéant par un jugement supplétif de reconnaissance. L'art. 68¹ organise la forme de la requête verbale ou écrite et l'admission de la preuve testimoniale des parents ou alliés en ligne directe sous l'appréciation souveraine du juge. « Si la preuve judiciaire est fondée sur un raisonnement qui peut s'exprimer sous la forme d'une équation logique ou mathématique, elle risque de ne pas atteindre son but si elle néglige certains aspects du problème qui, bien qu'en apparence secondaires, n'en sont pas moins essentiels pour parvenir à rendre une sentence équitable »². Ce deuxième aspect des preuves touchant tout particulièrement la prise en compte de certains faits sociaux dans la preuve des obligations du droit familial nous semble encore beaucoup plus important que dans certaines matières comme dans le droit commercial ou le droit du travail par exemple. Dans les deux droits malgache et français, la preuve de filiation se manifeste alors par la présentation d'un acte de naissance légalement établi par un officier de l'état civil portant le nom d'acte authentique. L'acte de l'état civil indique l'état des personnes et doit mentionner l'année, la date, et l'heure de la déclaration et les différents renseignements sur le déclarant et celui qui reçoit ainsi que l'identité de toutes les personnes mentionnées à savoir le nom de l'individu, son domicile, sa civilité, sa fonction ou son rapport avec l'état de la personne à déclarer, en ce qui nous concerne : il s'agit de la constatation de l'individualisation d'une personne et de sa filiation maternelle et paternelle, s'il est né dans le mariage ou reconnu postérieurement par le père ou encore enfant naturel tout court.

427. À côté de ces deux filiations biologiques peut se trouver la filiation adoptive qui crée un lien fictif de filiation entre l'enfant adopté et l'adoptant, de ce fait l'acte d'adoption simple faite devant l'officier de l'état civil ou le jugement d'une adoption plénière et de l'acte de l'état civil d'adoption dûment transcrit. La preuve de l'existence de l'obligation de respect et

¹ Modifié par la loi n° 66-017 du 5 juillet 1966 conformément à la loi n° 97-013 du 3 juillet 1997.

² LÉVY-BRUHL Henri, *La preuve judiciaire, Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964.p. 110.

d'honneur découle nécessairement d'un acte d'état civil constatant un lien de filiation entre l'enfant et ses parents : « le lien de filiation repose, alternativement ou cumulativement, sur le *lien biologique* (descendance) et la *relation psychosociale* existant entre les parents et l'enfant. Dans le cas de l'adoption : la filiation est en principe fondée sur un état de fait exclusivement psychosocial... »¹. Il faut rappeler que l'acte authentique détient une force probante jusqu'à inscription de faux et non jusqu'à preuve contraire : ce qui signifie que tout son contenu est réputé être vrai tant que la procédure d'inscription de faux n'aboutisse pas concernant les constatations faites par l'officier de l'état civil. Cependant, tous les éléments non vérifiables par ce dernier ne font foi que jusqu'à preuve contraire (p. ex., une erreur sur l'écriture, ou sur l'oubli d'un prénom). Dans ces derniers cas, la preuve contraire pourrait être invoquée devant la justice qui confirme par une décision la réalité des faits en ordonnant des rectifications de l'acte de l'état civil transcrites en marge de l'original. À Madagascar, ce n'est pas purement exceptionnel que l'acte de naissance, d'adoption, de décès ou de mariage ait été remplacé par des jugements supplétifs prononcés par le juge à la demande des intéressés suite à des retards d'enregistrement ou de déclaration, ou des cas de force majeure. Les règles régissant les états civils sont sensiblement similaires en droit malgache et français, notre point de vue se tourne plutôt sur la preuve d'établissement de la filiation en cas de carence d'un acte de l'état civil authentique ou d'un jugement établissant la filiation.

B. La preuve de la filiation par tout moyen en droit comparé

428. En droit malgache, hérité de la coutume et confirmé par la loi, l'établissement de la filiation maternelle résulte du fait de l'accouchement « *mater semper certa est* », la preuve de maternité découle du fait certain de cet accouchement de l'enfant par la mère. (art. 1^{er} de la loi n° 63-022), tout comme en droit suisse : « la naissance de l'enfant est constitutive du lien de filiation maternelle » (art. 252, al. 1 du CCS). De plus, le droit malgache ne reconnaît pas la gestation pour autrui à l'instar du droit suisse (art. 119, al. 2 de la Constitution suisse) et du droit français (art. 16-7 du CCF) : la Haute juridiction française s'est prononcée d'une manière claire et sans équivoque par un arrêt affirmant que : « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à

¹ STETTLER Martin, *Le droit suisse de la filiation*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Édition française, Editions Helbing und Lichtenhahn Bâle, 1987.p. 13.

celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »¹ ; jusqu'à la condamnation par la CEDH². Le problème ne se pose pas à l'idée du devoir de respect et d'honneur dû à la personne de la mère biologique, mais du titulaire de ce droit au vu des obligations familiales, qu'il soit légitime, naturel, adoptif ou de substitution. Bref, l'établissement de la preuve d'une filiation maternelle ne doit pas connaître de difficultés particulières dans ces droits suscités, aucun enfant ne peut se trouver sans lien de filiation hormis les cas exceptionnels de naissance sous X. Et même, pour ce dernier cas le droit français attribue l'autorité parentale au père qui substitue de plein droit aux droits de la mère inconnue si une déclaration préalable de reconnaissance volontaire de paternité a été enregistrée au service de l'état civil : sinon il appartient au juge de déclarer l'enfant pupille de la République, faute d'intérêt manifeste des proches parents de l'enfant. Tandis que pour la filiation paternelle, dans les cas où les enfants naturels sont issus d'une relation adultérine, les deux droits français et malgache interdisent toujours la reconnaissance de paternité de l'enfant adultérin. Cependant, comme nous l'avons parlé plus haut, cette injustice du moins à l'égard de l'enfant adultérin qui ne cherchait pas à naître « sans père déclaré » est palliée par l'autorisation d'une demande aux fins de subsides à son profit où l'adminicule de relations intimes³ même passagères avec la mère suffit.

1) En droit romain

429. Le droit romain connut la parenté agnatique (parenté masculine sans considération physiologique⁴) reposant sur la volonté du *pater familias* à côté de la parenté cognatique basée sur le lien du sang. Au fil du temps, cette dernière emporta sur toutes les législations modernes issues notamment du système du droit continental européen où l'enfant né hors mariage était interdit à un moment donné de l'histoire, de demander la filiation paternelle, l'excluant ainsi de la famille du père. Cependant, cette « injustice » eut été réparée plus au moins « par l'idée d'entraide familiale qui conduit à imposer une obligation d'entretien et d'éducation aux parents envers leurs enfants naturels aussi bien que légitimes et à étendre

¹ Cass. Ass. Plén. 31 mai 1991, sur pourvoi du Procureur général « Dans l'intérêt de la loi » (art. 620-621 du Code de procédure pénale). Pour voir la portée de l'ordre public sur les personnes à travers l'indisponibilité du corps et l'indisponibilité des personnes, BEIGNIER Bernard, *L'ordre public et les personnes*, in BEIGNIER Bernard et REVET Thierry (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996.pp. 13-25.

² CEDH, arrêt du 26 juin 2014 précité, définitif le 26 septembre 2014, affaire M. c. France.

³ COLOMBET Claude, FOYER Jacques, HUET-WEILLER Danièle *et al.*, *La filiation légitime et naturelle, Étude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Dalloz, 1977.p.332 et s.

⁴ HAUSER Jean et HUET-WEILLER Danièle, *Traité de droit civil, La Famille, Fondation et vie de famille*, LGDJ, 1993.p. 206.

l'obligation alimentaire réciproque entre ascendants et descendants naturels »¹. Mais faudrait-il prouver cette possession d'état d'enfant naturel ou légitime (si la preuve littérale se perd ou fait l'objet des cas de force majeure comme la dégradation ou la destruction des registres par un incendie)? En effet, si l'obligation de respect et d'honneur ainsi que toutes autres obligations naissant de la filiation peuvent être demandées à l'exécution ou à la réparation, il faut tout d'abord prouver cette filiation qui lie le débiteur au créancier. Ainsi, la possession d'état d'enfant naturel doit être établie pour que son créancier puisse faire valoir ses droits ou constater le manquement au devoir de respect et d'honneur à son égard : la preuve par tout moyen en matière de filiation eut été adoptée sans problème en droit romain.

2) En droit malgache.

430. La loi malgache n° 63-022 sur la filiation pose des présomptions légales de maternité et de paternité dans ses articles 1, 2, et 4 : elles peuvent être appuyées par des témoignages concernant l'accouchement de l'enfant ou de la célébration du mariage coutumier non enregistré sous réserve des dispositions de l'art. 5 de l'interdiction de l'établissement d'une filiation prohibée et des délais légaux de conception de l'enfant. Alors que l'art. 10² de la loi sur le mariage dispose qu'en l'absence d'une filiation légalement établie, l'existence d'un lien notoire de filiation suffit à entraîner les empêchements prévus à l'article précédent. À l'état latent du texte, ce lien peut être établi par la commune renommée en vue de l'établissement de la filiation : les preuves testimoniales. De ce fait, nous pouvons affirmer que toutes les preuves sont admises, qu'elles découlent de la possession d'état (passeport, document administratif reconnu, acte privé de reconnaissance, versement régulier de pensions aux fins de subsides, etc.), aveu judiciaire, de la commune renommée par la famille ou la communauté. « Quand un fait ou un droit est l'objet d'une affirmation et que celle-ci ne puisse s'appuyer sur aucune preuve... On fait appel à ce témoignage diffus et indirect qui porte dans le langage technique du droit le nom de commune renommée »³ : l'administration de la preuve bénéficie de nos jours des avancées scientifiques et technologiques remarquables, néanmoins il reste toujours des cas où la justice doit trouver des preuves irréfragables pour asseoir sa décision et trancher sur un conflit. Dans la pratique, ce n'est pas aussi simple, la commune renommée semble une solution pour remédier à l'absence de preuve littérale ou matérielle, et c'est le cas

¹ *Ibid.* p. 207.

² LOI N° 2007- 022 du 20 août 2007 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux.

³ LÉVY-BRUHL Henri, *La preuve judiciaire, Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964.p. 147 et s.

encore de nos jours à Madagascar où faute de déclaration de naissance dans un délai légal prive l'enfant de l'établissement de sa filiation. Mais des dispositions légales permettent de pallier ce problème par la demande d'un jugement supplétif auprès du tribunal compétent territorialement. C'est dans ce contexte précis que les témoins sont appelés pour confirmer les faits par la possession d'état et le cas échéant de la commune renommée.

3) En droit français

431. L'art. 46, al. 1 du CCF prévoit que lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins. Les naissances peuvent être prouvées par la possession d'état (fondement et preuve par excellence du lien de filiation)¹ ou par témoins. En dehors du mariage, la preuve de filiation est donc une preuve d'un fait juridique² dont la jurisprudence admet la preuve libre³. L'art. 1364 déclare que la preuve d'un acte juridique peut être préconstituée par un écrit en la forme authentique ou sous signature privée alors que la dernière réforme du droit des contrats et de la preuve des obligations de l'ordonnance du 10 février 2016 de l'art. 1379 reconnaît à la « copie fiable » la même force probante que l'original (recevable lorsqu'un écrit est exigé à titre de preuve ou de contre-preuve, par exemple de l'engagement de verser des subsides : art. 1359, anc. 1341 ne sont pas d'ordre public, mais supplétif de volonté) ; « la fiabilité est laissée à l'appréciation du juge ». L'admission et la facilitation des modes de preuves par le législateur français permettent en effet de rendre beaucoup plus accessible le cercle très fermé des moyens de preuve notamment par la possibilité de produire des preuves littérales non authentiques, par la possession d'état ou par témoins dans notre objet⁴. En matière de filiation : « notre idéologie familiale se manifeste par certaines prises de positions institutionnelles qui se présentent comme autant de couples symboliques, notamment le couple filiation-autorité parentale et le couple filiation-nom. Cette double indivisibilité, dont la filiation est le cœur, persiste à donner

¹ COLOMBET Claude, FOYER Jacques, HUET-WEILLER Danièle *et al.*, *La filiation légitime et naturelle, Étude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Dalloz, 1977.p. 49.

² CCF art. 1100-1 : « les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit », ces effets juridiques n'ont été ni voulus ni recherchés.

³ Cass. Req. 18 juillet 1906 : DP 1907, 1, 111 : « est libre la preuve d'un fait et non celle d'un acte juridique ».

⁴ L'art. 1358 du CCF renvoie à l'art. 199 du CPCF : lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir des tiers les déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance. Ces déclarations sont faites par attestations ou recueillies par voie d'enquête selon qu'elles sont écrites ou orales.

sa cohérence de principe au droit des personnes et de la famille»¹. L'admission de la présomption de paternité ou de maternité par la possession d'état permet de faciliter la preuve du rapport de filiation² : des droits et des devoirs de l'enfant naturel. La possession d'état s'établit par une union suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir (art. 311-1, al. 1). Et l'art. 311-2 énumère les principaux faits : 1) *Nomen* : (le nom) : le nom patronymique n'est plus que subsidiaire en France si les parents ne se mettent pas d'accord sur le choix offert par la loi de choisir le nom de l'enfant. De ce fait, si l'enfant est né hors mariage et qu'il ne porte que le nom de sa mère, la preuve de la filiation paternelle ne peut résulter que de la reconnaissance de paternité et de la déclaration judiciaire de paternité. La preuve de filiation par le port du nom suffit à prouver la filiation avec l'accumulation de divers actes concourant à la commune renommée. De plus, la nouvelle loi³ permet à la personne majeure de faire sa demande directement à la mairie sans passer par le tribunal pour changer de nom (réclamant auparavant des motifs légitimes) : elle peut faire son choix de nom ; garder seulement son nom patronymique, adjoindre à celui-ci le nom de sa mère, ou opter pour le second nom de ses parents. Mais la simplification du changement de nom par la nouvelle loi est loin de faire l'unanimité dans la population, certains pensent même à la facilité de « rejeter son vrai nom de famille »⁴ ; 2) *Tractatus* (le traitement) : le ou les prétendu(s) parents ont traité l'individu comme leur enfant et qu'il les a traités comme ses père et mère, qu'ils ont en cette qualité pourvue à son éducation, à son entretien et à son établissement. Concernant le traitement, la réciprocité doit prendre en considération l'âge de l'enfant, ce dernier en bas âge est considéré comme n'ayant de faculté de répondre positivement au traitement qu'il reçoit et qu'inversement une personne quelconque par pitié ou par solidarité ne peut être considérée comme un parent de l'enfant dont il ne pourrait être matériellement (sans aucune relation intime avec l'autre parent) le père ou la mère ; 3) *Fama* (la réputation ou la renommée⁵) indique le fait que l'individu est reconnu comme enfant de tel(s) parent(s) dans la famille et dans la société et que l'autorité publique le considère comme tel : une vision externe du lien

¹ GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité*, L.G.D.J, 2000.p. 454.

² CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 341.

³ Loi n° 2022-301 du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation.

⁴ LEPETIT Béangère, « Changement de nom de famille : une procédure qui ne rend pas tout le monde heureux » [en ligne], *Le parisien*, 24 juin 2023

⁵ COLOMBET Claude, FOYER Jacques, HUET-WEILLER Danièle *et al.*, *La filiation légitime et naturelle, Étude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Dalloz, 1977.p. 54.

de filiation qui se reflète dans les opinions de l'entourage, membre de la famille, voisin, ami, etc. En France, la commune renommée des anc. art. 1415 et 1504 du CCF est soulevée pour infirmer ou confirmer, en tant que preuve par témoignage indirect puisqu'elle ne découle pas de l'individu concerné, mais de la famille, de la communauté. Ces principaux indices de la filiation ne sont pas les seuls admissibles en possession d'état, « rien n'interdit par conséquent d'en retenir d'autres »¹, « pourvu qu'ils n'y soient pas totalement étrangers »². L'établissement de la filiation par la possession d'état (art. 317 et 46, al. 2-3-4) prévoit la possibilité de suppléer par la possession d'état dressée par un notaire dans un acte de notoriété sur la foi des déclarations faites d'au moins trois témoins (sous peine du faux témoignage de l'art. 441-4 du CPF) l'acte d'état civil (registre perdu ou détruit). L'acte de notoriété délivré fera foi jusqu'à preuve contraire (art. 317, al. 1) mais il ne pourra être demandé que dans un délai de cinq ans après la cessation de la possession d'état allégué ou à compter du décès du parent prétendu (art. 317, al. 3). Le législateur limite le délai de faculté de la demande d'acte de notoriété en relation avec la possession d'état pour sécuriser les preuves de filiation et la paix des familles.

4) En droit suisse

432. La preuve de l'obligation de nourrir, d'éduquer, et d'entretenir l'enfant ne peut résulter que de l'établissement de la filiation (art. 252 du CCS) et des articles 328 et 329 sur l'obligation alimentaire fondée sur les liens de parenté. L'art. 272 prévoit également comme en droit français et en droit malgache que « les père et mère et l'enfant se doivent mutuellement l'aide, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la famille »³. Outre la réciprocité des devoirs, le même article prévoit aussi en termes d'assistance et de fraternité que : « parents et enfants se doivent mutuellement tout le soutien, la considération et le respect nécessaires au bien de la communauté »⁴. « Si cette disposition [sur le respect] se rapporte à toutes les relations existant entre des personnes unies par une parenté... elle joue un rôle particulièrement important dans les relations qui s'établissent au sein de la communauté

¹ TGI. Béthune, 24 avril 1974 : D. 1974, 635, note Huet-Weiller : « le fait que le père prétendu est allé déclarer la naissance de l'enfant à la mairie »

² Cass. Civ. 1^{re}, 19 mars 1985 : D. 1986, 34, note Massip, in HAUSER Jean et HUET-WEILLER Danièle, *Traité de droit civil, La Famille, Fondation et vie de famille*, LGDJ, 1993.p. 256.

³ Intégration de la notion de « Respect » dans le Code civil suisse, chapitre I de la LF du 25 juin 1976, en vigueur depuis 1^{er} janvier 1978 (RO 1977 237 ; FF 1974 II 1).

⁴ Chapitre I de la LF du 25 juin 1976, en vigueur depuis 1^{er} janvier 1978 (RO 1977 237 ; FF 1974 II 1).

restreinte constituée par des père et (ou) mère faisant ménage commun avec les enfants »¹. Le rôle du juge consiste à apprécier librement les preuves et même d'« *office* » (art. 254, ch. 1 du CCS) : par la « *maxime d'office* » et le principe inquisitoire du système judiciaire suisse pour l'établissement de la filiation et des obligations familiales d'assistance, de respect et d'honneur. La différence entre la maxime d'office et le principe inquisitoire serait la diligence de l'administration des preuves : d'abord, la maîtrise de l'objet du procès par le juge et la maxime de disposition par les parties, puis, le *principe inquisitoire* ou *maxime inquisitoire* est utilisé « lorsque l'apport et la preuve des faits fondant la demande et le jugement sont le fait du juge et du “principe des débats” qui sont le fait des parties »². Cette solution pour éviter l'absence de paternité d'un enfant est jugée d'intérêt public à la recherche du père biologique³. De la libre appréciation des preuves, l'affirmation solennelle ou preuve par serment est admissible à côté des preuves de cohabitation de la mère et du présumé père coïncidant avec la période légale (entre 300 et 180 jours, art. 262, al. 2) de conception de l'enfant. Enfin, le droit suisse admet en cas de litige de recourir aux expertises scientifiques⁴, ce que l'on appelle la « preuve directe de paternité », mais soumise à des conditions « *vraisemblable* » et « *plausible* » de paternité (sous-entendent une cohabitation antérieure des mère et père ou d'insémination artificielle) : une forte tendance à un degré de *probabilité* allant vers la *certitude*⁵. En droit suisse, le droit au respect, le droit à l'honneur ne sont pas des devoirs moraux, ce sont des obligations légales suivies et sanctionnées par la justice. La filiation et l'appartenance à une communauté impliquent le droit au respect à ses parents, ascendants et aux aînés (art. 272). Si la filiation est établie et a déjà fait l'objet d'obligations accomplies par les parents, aînés ou la famille, ces derniers doivent recevoir les obligations de respect et d'honneur envers eux.

¹ STETTLER Martin, *Le droit suisse de la filiation*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Édition française, Editions Helbing und Lichtenhahn Bâle, 1987.p. 405 et s.

² HABSCHEID W., *Droit judiciaire privé suisse*, 2^e éd., Genève, 1981, pp. 346-350, in *Ibid.*p. 77.

³ « L'intérêt public à la création d'un lien de filiation paternelle est supérieur à celui qu'il y a à éviter un jugement de paternité qui ne correspondrait pas à un lien de descendance » : RO 109 II 195 [198]/JT 1985 I 108 [111] ; RSJ 1961, p. 207, n° 78 et REC 1982, p. 6, in *Ibid.*p. 77.

⁴ Principe confirmé par la jurisprudence suisse, RO 109 II 291 [294]/ Journal des tribunaux 1985 I 176 [180]

⁵ Jurisprudence constante, RO 87 II 65 [70]/JT 1961 I 522 [523] ; RO 90 II 269 [274]/JT 1965 I 213 [214] ; RO 98 II 262 [264]/JT 1973 I 360 [362], in STETTLER Martin.p. 85.

II. Les caractères communs du devoir de respect

433. Une obligation peut être pure et simple, immédiatement exigible¹ (art. 4, LTGO), ou affectée par le terme et la condition. Le terme est un événement futur de réalisation certaine² : incertain quand on ne sait pas quand il arrivera bien qu'il doive certainement se produire. La condition est un événement futur et incertain, qui peut arriver ou défaillir. Ces obligations ne peuvent avoir des caractères généraux uniques par l'existence d'obligations extrapatrimoniales : si l'obligation est généralement entendue comme un lien juridique à caractère patrimonial qui unit le créancier au débiteur, elle n'intéresse qu'une partie des rapports d'obligation familiale en matière alimentaire et successorale, l'autre partie de l'obligation à caractère extrapatrimonial, personnel, abstrait et intransmissible entraîne au moins une dualité du caractère de l'obligation de respect. En ce qui concerne le devoir de respect aux parents, aînés et à la famille, il sort d'emblée des dispositions légales que les obligations qui en découlent sont permanentes et inextinguibles comme la loi les prévoit.

A. Obligation permanente et inextinguible

1) Une obligation permanente

434. L'obligation de respect aux aînés est surement permanente puisqu'elle oblige le débiteur tout au long de la vie du créancier et même après la mort de ce dernier au titre de respect dû à sa mémoire. Temporaire est l'une des caractéristiques de l'obligation juridique, c'est-à-dire que son exécution la fait disparaître : ce qui n'est pas le cas de l'obligation de respect en matière familiale, car elle est permanente, successive et continue, voire même perpétuelle. Prenons deux exemples de ces obligations permanentes de respect en matière familiale : les rapports personnels extrapatrimoniaux (les droits de la personnalité ou « dans une société qui se veut humaniste, la valeur de l'individu échappe à l'emprise des mécanismes économiques... conséquences pratiques et précises : ils sont inaliénables, insaisissables, imprescriptibles »)³ et les rapports patrimoniaux de l'obligation alimentaire.

- a. Une obligation permanente de ne pas porter atteinte à la personne du créancier

¹ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.15.

² RAMAROLANTO-RATILARAY et SEUBE Jean-Baptiste, *La Théorie Générale des Obligations en Droit Malgache, Tome 2, Les faits juridiques, Le régime général des Obligations*, Jurid'ika, 2014.p. 174.

³ MARTY et RAYNAUD, op.cit., n° 7, WEILL et TERRÉ, op.cit., n° 35, KAYSER, op.cit., n° 36 et s., in GOUBEAUX Gilles et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Les personnes*, L.G.D.J, 1998.p. 256.

435. C'est l'exemple parfait d'une obligation pure et simple (art. 3 et 4 LTGO), car la prestation ou l'abstention qu'elle implique n'est subordonnée à aucun événement prévu par les parties ni différée dans son exécution. Ces traits caractéristiques en matière de relations pécuniaires d'une obligation juridique se reflètent naturellement dans les rapports personnels entre les membres de la famille (art. 371 du CCF) : l'enfant de tout âge doit respect et honneur à ses père et mère, et à sa famille (motif du rejet, art. 80 de la loi 63-022 : « ... sciemment porter atteinte à l'honneur familial ou gravement manqué au devoir de respect »). Que l'obligation dérive du droit français ou du droit malgache, par le fait de la permanence de la règle de loi, prémices de l'obligation de respect indépendamment du caractère temporel de l'obligation dérivant d'un contrat, et de la portée de l'obligation à partir de la majorité du débiteur : l'obligation est permanente. La règle symbolique des relations intergénérationnelles (art. 371 du CCF) ne procure aucune ambiguïté, elle est sanctionnée très sévèrement en droit malgache depuis fort longtemps de porter atteinte à l'intégrité physique et morale des aînés, porter atteinte à tout ce qui touche le droit des personnes et du droit familial : le devoir d'honneur, le devoir de respect.

b. Une obligation alimentaire permanente sous conditions

436. La permanence de l'obligation alimentaire est imposée par la loi aux enfants envers leur père et mère et des ascendants et même les beaux-parents (art. 63 et 64 de la loi de 2007 ; art. 205 et 206 du CCF), mais la loi conditionne cette permanence de l'exécution préalable des obligations de ces derniers (art. 207, al. 1-2 du CCF ou par déchéance de l'autorité parentale). C'est la condition *sine qua none* source de l'obligation alimentaire des enfants envers ses parents et ascendants : la condition dépend d'un événement futur et incertain (art. 5 LTGO) et elle est suspensive (art. 5 al. 2) ou pendante¹ en présence d'incertitude que la « loi elle-même décide »², mais ni simplement ni purement potestative, car ni l'événement ni l'accomplissement ne dépend du pouvoir ou de la volonté de l'une des parties³. Ces autres conditions légales déterminent le régime de l'obligation alimentaire sur le besoin « vital » du créancier et sur la capacité ou la fortune du débiteur d'aliments. L'obligation alimentaire se calcule par le besoin alimentaire du créancier incluant la nourriture, l'hébergement, et les

¹ RAMAROLANTO-RATIAIRAY et SEUBE Jean-Baptiste. : « Tant qu'on est dans cette phase d'incertitude, on dit que la condition est pendante (pendente conditione) », p. 159.

² MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2021.p. 803.

³ LACOMBE Jean, *La théorie générale des obligations dans le nouveau droit malgache*, CUJAS, 1967.p. 446.

soins particuliers : deux conditions de l'existence de l'obligation alimentaire réciproque entre enfants, parents et ascendants par la proportion du besoin de celui qui réclame et de la fortune de celui qui doit des aliments l'art. 65 de la loi sur le mariage (art. 208 du CCF). Si le débiteur est insolvable au moment où la condition se réalise du côté du créancier, il est suspendu de son obligation jusqu'à ce que sa situation s'améliore, mais pas les autres codébiteurs.

2) Une obligation inextinguible

437. Toutes les obligations juridiques qu'elles découlent d'un accord de volonté ou d'un fait juridique s'éteignent par son exécution : par la livraison des choses ou des services et par le paiement qu'est « le mode normal d'extinction de l'obligation ; et, sous ce nom, il faut comprendre l'exécution complète de l'obligation, quel que soit son objet »¹. Mais quand l'objet de l'obligation n'est pas évaluable ou convertible en argent, donc hors de portée de tout paiement : pouvons-nous avancer que l'obligation de respect est inextinguible. Il est pertinent de dire que l'on ne peut acheter ni honneur ni respect, ni son déshonneur ni le non-respect subi : tout en acceptant la possibilité de paiement des dommages-intérêts pour réparer les atteintes aux droits de la personnalité, ordonnée par le juge et toutes mesures pour mettre un terme à ces atteintes. Ce paiement ponctuel ne permet pas à l'individu de ne plus observer cette obligation de respect et d'honneur qui lui est collée depuis sa naissance jusqu'à ce qu'il décède. En parlant de la mémoire du mort justement, l'obligation de respect à son endroit est perpétuelle, car il ne concerne non seulement de son corps et de son nom, mais aussi de la protection de la sépulture, du tombeau contre toutes dégradations et de tout blasphème.

438. Outre l'idée d'extinction de l'obligation par le paiement, LTGO prévoit notamment d'autres cas d'extinction de l'obligation sans exécution par la remise de dette ou titre (art. 328 à 354), par la novation ou la délégation (art. 355 à 363), par la compensation (art. 364 à 373), par la confusion (art. 374 à 377) et enfin par la prescription (art. 378 à 389) : il en est de même en droit français². L'obligation familiale déroge à ces règles d'extinction par le fait qu'elle est une obligation légale et permanente et notamment par le caractère multiple de l'obligation. L'observation ou l'exécution d'une obligation ne l'éteint pas et n'éteint pas non plus les autres obligations naissant du mariage ou d'un fait juridique : la filiation.

¹ SALEILLES Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, Éd. la Mémoire du droit, 2001.p. 38.

² Respectivement prévu par les articles 1350 à 1350-2 remise de dette, 1342-9 remise de titre, 1329, et s. novation, 1349 confusion, 2219 et s. prescription, faut-il rajouter les dispositions de l'art. 1342-8 en matière de preuve de paiement par tout moyen.

B. Obligation incessible

1) Caractère personnel du devoir de respect aux aînés : *intuitu personae*

439. Au côté des objets du devoir de respect aux aînés qui sont affectés aux rapports extrapatrimoniaux de nature abstraite et insaisissable entre les membres de la famille désignés explicitement par loi par l'établissement d'un lien de filiation, se trouvent aussi les rapports patrimoniaux préalablement déterminés par la loi quant aux objets et individus concernés. Si les termes « *intuitu personae* » sont toujours utilisés dans un rapport contractuel, auxquels la doctrine est unanime. P. ex., de l'obligation de secours, et « d'assistance qui impose aux conjoints de s'entourer réciproquement des soins physiques et moraux »¹. Ils sont applicables en matière de filiation par la désignation des membres de la famille en l'occurrence dans la prestation compensatoire parentale, un droit personnel « conféré à titre *intuitu personae*, seuls les parents pourront s'en prévaloir à l'exclusion de leurs créanciers respectifs et de leurs héritiers »². L'obligation alimentaire tire son originalité par son régime dérogatoire au droit commun des obligations : ordre public, intérêt général, incessibilité et insaisissabilité. Dès lors, il est impossible pour le créancier de céder la créance d'aliments qu'il détient, impossible aussi pour le créancier de saisir le versement de la pension alimentaire à une personne endettée (art. L. 112-2, 1° insaisissables, 2° incessibles, 3° les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisie...³), ni sous forme de compensation, car ne fournit pas au créancier de la pension les fonds dont il a besoin pour vivre du fait de son insaisissabilité (art. 1347-2) : c'est le caractère personnel de l'obligation alimentaire. L'obligation alimentaire est une originalité de l'obligation légale, *stricto sensu*, car elle naît directement de la loi en dehors de toute faute et de tout fait du débiteur (art. 1240, 1241, et s.), « en raison de son caractère à la fois pécuniaire et familial, et de son but qui est l'entretien et la survie de son bénéficiaire, [elle] est soumise à un régime dérogatoire au droit commun des obligations »⁴. Son caractère d'ordre public ne fait aucun doute ni en droit français ni en droit malgache, certes l'organisation de la

¹ DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préf. Levasseur Georges, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1960.p. 167

² COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE Sous la présidence de ROY Alain, « Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales », 2015.p. 80 : p. ex., en faisant référence au droit personnel de nature patrimoniale des dispositions des articles 427 à 430 du Code civil québécois.

³ Code des procédures civiles d'exécution, création par l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011.

⁴ BÉNABENT Alain, *Droit civil, La Famille*, Juris-Classeur, 11^e édition, Litec, Groupe LexisNexis, 2003.p. 566.

perception et de l'exécution de la prestation alimentaire envers le débiteur ne connaissent pas les mêmes effets, mais il est clair que l'intérêt général prime à l'intérêt des particuliers : un cercle familial solidaire et responsable de l'assistance et de la survie de l'un de ses membres dans le besoin. Enfin, il nous semble nécessaire de rappeler à propos du régime de l'obligation alimentaire en précisant son indisponibilité, un droit personnalissime, une protection inaliénable¹ : prohibition de convention sur nécessité future et de renonciation préalable, son insaisissabilité (sur les moyens de survivance de l'intéressé : pension et allocation alimentaires), la non-recevabilité de l'action oblique (art. 1341-1 CCF) : la réclamation d'aliments est un droit personnel strictement attribué à la personne titulaire de la créance.

2) Tabous et hors commerce

440. Le caractère abstrait et insaisissable des objets de l'obligation de respect entraîne nécessairement son exclusion de toutes transactions commerciales et de sa prohibition stricte par la législation. Les deux droits malgache et français en comparaison prohibent expressément la conclusion d'un contrat ou détourner par une convention entre les parties, de causes illicite ou immorale (art. 92 LTGO ; anc. art. 1133 du CCF) ou déroger dans les stipulations ou le but à l'ordre public (art. 1162 du CCF). Prenons quelques exemples en matière de ces droits personnels hors commerce concernant la filiation, l'autorité parentale qui en découle, ou encore dans un cas extrême d'autoriser la divulgation du secret de famille qui ternirait la mémoire d'une personne décédée². Une convention immorale entre les deux parties pourrait contourner les règles strictes qui s'appliquent en la matière : le pouvoir discrétionnaire du juge lui permet de dire et de juger selon les cas si un des motifs de rupture du lien de filiation et justifie à prononcer et à autoriser la rupture du lien de filiation selon le tort exclusif du défendeur. En ce sens, le juge doit « ... tout voir et tout connaître... ne pas refuser de juger... à examiner et à analyser, des actes et des pactes honteux »³. Nous savons d'ailleurs que nul ne peut faire justice soi-même et la pose en principe que toute convention immorale contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs est prohibée (art. 9 de l'ordonnance

¹ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 239 et s.

² Un fait divers récemment relayé par les médias a conduit le juge à mettre en détention provisoire pour motif d'atteinte à l'honneur un important fonctionnaire de l'état ayant publié sur les réseaux l'existence d'un contrat entre les héritiers d'une personne décédée « prétendue ressuscitée » et des tiers pour acheter leur silence, in LÉONARD Hajatiana, « AMBOVOMBE - Le juge met un directeur régional en prison », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 15 septembre 2023.

³ RAYNAL Jean, *Etude sur les Conventions immorales*, Thèse, Paris, 1900.pp. 154-155.

n° 62-041 ; art. 6 et 1102, al. 2 du CCF)¹. L'autorisation de l'enregistrement de la rupture du lien de filiation par une convention nous paraît inadmissible tout comme la cession ou la renonciation de l'autorité parentale qui par principe ne peuvent se faire par la volonté simple de son titulaire. En effet, le droit malgache et le droit français ne prévoient pas la perte de l'autorité parentale que par le décès (art. 20 de la loi malgache² ; art. 373-1), et au cas où le père ou la mère soit hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence, ou de toute autre cause, cependant la privation de l'autorité parentale doit être déclarée par une décision en justice (art. 22, al. 1 de la loi de 2007, art. 373 du CCF).

C. Obligation intransmissible

441. Dans l'obligation contractuelle, la transmissibilité de l'obligation se fait généralement par la substitution d'une personne par une autre et constitue une transmission du droit. Dans notre objet, le devoir de respect aux aînés est rattaché en considération de la personne membre de la famille, débiteur de l'obligation de respect qui « doit accomplir au profit d'une personne déterminée [ses "aînés"] une prestation ou une abstention. Le droit romain avait nié absolument la transmissibilité... »³, car le fait constitutif de l'obligation serait changé d'objet et d'individualité de la personne du débiteur et du créancier entraînant la modification de l'obligation. L'intransmissibilité de l'obligation de respect dans le cercle familial, corolaire de l'obligation générale de ne pas nuire à autrui, implique la considération de la personne titulaire du droit au respect. L'obligation de respect semble s'éteindre à la mort du créancier ou du débiteur au-delà du cas exceptionnel du respect dû aux morts, car l'obligation intransmissible n'appelle pas les héritiers en représentation ni activement ni passivement, ces derniers devraient de leur propre chef observer ou accomplir d'autres obligations qui leur sont affectées et non substituées : « véritable transmission ou droits nouveaux des héritiers »⁴. Mais, des exceptions confirment cette règle : d'abord par la protection de la famille, dont la transmissibilité du droit à l'honneur et au respect à la famille prise solidairement, mais pas individuellement ; p. ex., l'action en protection du nom de famille par un de ses membres. Ensuite, dans les rapports d'obligation alimentaire, en raison de son caractère personnel, la créance d'aliments n'est pas transmissible activement (l'obligation alimentaire s'éteint à la

¹ Les deux droits utilisent exactement les mêmes termes : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

² Loi n° 2007- 023 du 20 août 2007 sur les droits et la protection des enfants.

³ SALEILLES Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, Éd. la Mémoire du droit, 2001.p. 65.

⁴ GOUBEAUX Gilles et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Les personnes*, L.G.D.J, 1998.p. 260.

mort de son créancier), mais peut faire l'objet d'une transmission passive (le décès du débiteur ouvre un droit à ses héritiers). Le débat doctrinal arguant la transmissibilité ou pas des dettes alimentaires familiales fut révolu par de nouvelles dispositions du droit français de la famille, la thèse de l'intransmissibilité soutenue par M. Demolombe¹ et confirmée par la Cour de cassation² connaît des exceptions légales, notamment dans la transmissibilité passive.

442. En droit français, la transmission passive à cause de morts du débiteur d'aliments est consacrée lorsque le conjoint survivant recueille la totalité ou les trois-quarts des biens, la succession doit assurer pour les ascendants dans le besoin autres que les père et mère une créance d'aliments (art. 758 du CCF) et de la charge des subsides accordés à l'enfant naturel à la succession : par conséquent, l'existence de l'obligation alimentaire entre cet enfant et les autres ascendants (art. 205, 206, 207 al.1, 342, et s.). De même, l'obligation alimentaire envers les enfants adultérins ou incestueux à charge des héritiers de leur père ou mère³ ou dans l'hypothèse d'une clause testamentaire de legs ou de dévolution conditionnelle. Il est tout à fait exact de concevoir dans des rapports patrimoniaux les effets de l'obligation de respect aux aînés et de la transmission de cette obligation au débiteur d'une dette alimentaire à travers les règles régissant les régimes patrimoniaux du droit de la famille : des clauses de dévolution successorale, de libéralités grevées de charges, ou de l'époux fautif décédé après le divorce qui continuera par sa succession le versement de la prestation compensatoire.

III. Les caractères à contenus variables du devoir de respect

A. Le caractère irrépétible du devoir de respect

443. La répétition ou la restitution offre à une personne ayant versé ou payé à une autre personne de réclamer tout ce qui est indu : l'action est portée devant la justice en cas de refus de la personne enrichie sans cause pour que cette dernière soit condamnée à lui reverser la somme ou le bien qui ne correspond ni à l'achat d'un bien, ni à la quantité livrée ni à une rémunération d'une prestation de service ou de toute autre transaction : il s'agit alors d'un corps certain soit en nature soit en argent. Le caractère irrépétible du devoir de respect réside par le fait même qu'il est abstrait et démuné de toutes valeurs pécuniaires, d'autant plus qu'il

¹ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome IV, [s. n.], 1866. N° 40.

² Cass. Civ., 8 juillet 1857 : D.P. 1857, I, 351, arrêt de principe ; Cass. Civ. 27 novembre 1917 : D.P. 1917, I, 193 ; Cass. Civ., 29 mars 1950, Gaz. Pal., 1950, 2, 70 : D. 1950, 593, note Carbonnier ; Cass. Civ., 20 mai 1955, II, 8812, note Esmein, in PELISSIER Jean, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Lyon, 1960.p. 387.

³ Tribunal Lyon, 3 décembre 1924, Gaz. Du pal., 1925, I, 169, CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927.p. 64.

est un droit subjectif rattaché à une personne d'une manière individuelle et non collective. Le devoir de respect est démuné de cette force de pouvoir de répétition ou de réclamation qui le différencie des obligations civiles proprement dites, ce qui le renvoie encore une fois au devoir moral ou au mieux à l'obligation naturelle. Sauf que cette forme de remboursement ou de réclamation peut être actionnée par les dispositions relatives à la donation ou à la succession, mais leur finalité et leur objet ne se coïncident que par analogie et prenant en compte l'existence d'un rapport pécuniaire même si le devoir de reconnaissance constitue leur point en commun. Le versement d'une somme d'argent, la réalisation de service quantifiable en argent envers les membres de la famille et des proches parents en connaissance de cause de leurs besoins vitaux, de leurs difficultés ou de leurs maladies, par un ou des proches ne sont pas répétables ou restituables : les dispositions des droits malgache et français que nous avons vues sur l'obligation naturelle transforment en effet l'obligation morale en obligation juridique. (Art. 48 LTGO, article 1302, al. 2 [anc. 1235, al. 2] du CCF).

B. La non-quérabilité du devoir de respect

444. Toutes les créances sont quérables, c'est-à-dire qu'elles peuvent être cherchées avec charge au domicile du débiteur, il en est ainsi de l'obligation alimentaire quand il y a une défaillance du débiteur dans son exécution volontaire. Mais l'exception est faite par décision de justice ou par la loi que les dettes alimentaires soient portables, au débiteur d'aliments d'exécuter son obligation. La pension allouée en justice est portable, non quérable, par exemple en raison de l'état de santé du créancier¹ : c'est-à-dire qu'elle doit être payée au domicile ou à la résidence du créancier². Actuellement en droit français, les pensions alimentaires deviennent quérables par l'intervention de l'État et par l'intermédiaire de La Caisse des allocations familiales (nouvelle loi applicable au 1^{er} janvier 2023) qui subroge au créancier d'aliments. Et l'exception de portabilité de l'obligation de respect s'applique également dans l'abstention faite à l'endroit de son créancier à son domicile ou dans sa vie privée, dans sa liberté de pensée et d'agir, mais surtout de l'interdiction de porter atteinte à son intégrité physique et mentale.

¹ PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation), Tome II, 2^e édition*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.p. 33.

² CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991.p.563.

C. Le caractère solidaire du devoir de respect aux aînés

445. On parle de solidarité en matière d'obligation au cas où plusieurs personnes peuvent se voir être soit créancières, soit débitrices de la même obligation : le principe en matière d'obligation est la divisibilité, « celle-ci se divise proportionnellement à la part d'intérêt de chacun ; c'est la règle, sauf exception bien entendu si l'obligation par son objet est indivisible »¹. Dans cette exception effectivement où il existe plusieurs débiteurs, mais une seule obligation, on parle de solidarité passive : l'exemple dans notre objet consiste à assurer l'obligation alimentaire incluant l'assistance, l'aide et les soins nécessaires aux aînés vulnérables. C'est dans ce postulat d'indivisibilité de l'objet où les débiteurs sont tenus pour une même obligation que naissait l'obligation *in solidum* pour pallier aux critiques selon lesquelles il ne serait admissible que l'exécution de l'obligation par un débiteur libère ses codébiteurs sans qu'il ne puisse réclamer les parts contributives de ces derniers. Dans les rapports pécuniaires entre le créancier de l'obligation de respect et de plusieurs débiteurs, nous pouvons concevoir qu'il s'agit d'une obligation *in solidum* et non seulement une solidarité passive, mais la controverse ne disparaît pas. Il y a obligation *in solidum* lorsque plusieurs obligations indépendantes et nées de sources différentes à fournir au créancier la même satisfaction et ne peuvent donc se cumuler. Du côté du créancier, il n'existe, en quelque sorte, qu'une seule créance. Mais chacun des débiteurs est tenu d'une dette distincte : c'est la grande différence d'avec la solidarité passive où les codébiteurs sont tenus d'une même dette. La solidarité ne se présume pas : en outre, ses effets « secondaires » en font une lourde charge pour les codébiteurs. Afin d'échapper à ces deux règles, les auteurs, suivis par la jurisprudence, ont inventé « l'obligation *in solidum*. ... l'obligation *in solidum* tend à n'être qu'une variété de la solidarité... ce qui est sûr est que l'obligation *in solidum* est plus différente de l'obligation conjointe que de l'obligation solidaire proprement dite »².

446. Le droit traditionnel malgache connaissait l'obligation solidaire, « *Omby sisa mita* » (ou seul zébu rescapé pour faire le travail), c'est-à-dire que tous les débiteurs sont tenus pour une seule et même dette et que sa satisfaction même par un seul débiteur libère les autres et que chacun peut être contraint sur la totalité de la dette. Cette conception malgache de l'obligation solidaire rend en effet le seul débiteur solvable à assumer ses responsabilités : à charge pour lui de demander le rapport plus tard dans la succession ou au pire de poursuivre

¹ SALEILLES Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, Éd. la Mémoire du droit, 2001.p. 108.

² MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995, p. 694.

les codébiteurs ; l'adage « *Zay tsy ampy ampiana, zay be analàna* » reflète cette solidarité, il est pensable en effet que celui qui assume ses devoirs de solidarité aujourd'hui puisse être insolvable demain et inverse le rôle et la responsabilité de chacun. C'est en effet la controverse doctrinale en matière d'obligation alimentaire et d'obligation solidaire qui rend la rhétorique intéressante, si les uns pensent que l'exemple parfait de l'obligation *in solidum* est l'obligation alimentaire¹, la jurisprudence² a abandonné la solidarité qu'elle avait autrefois admise, pour souligner le caractère distinct et personnel de l'obligation due par chaque débiteur, qui est tenu dans la mesure de ses ressources de subvenir aux besoins du créancier. Alors que d'autres pensent que l'obligation alimentaire n'est pas une obligation *in solidum* non seulement à l'égard des débiteurs, mais du contenu plural de l'obligation alimentaire dont l'hébergement, la nourriture, les soins, les frais médicaux, l'aide à la mobilité, etc., de ce fait si l'exécution de l'obligation d'héberger et de nourrir est assurée par la même personne, les autres prestations restent à la charge de tous les débiteurs, mais est-ce que dans ce cas l'hébergeant est épargné d'autres prestations ? En effet, au fil du temps, la même dette exigible aux débiteurs, chacun pour leur part dans la solidarité sur cette dette, ne peut plus être assumée par un seul débiteur solvable dans sa totalité. Le seul principe qui reste inchangé étant l'acception comme quoi la solidarité entre débiteurs ne se présume pas (art. 1202, al.1 CCF) : « Il n'y a pas de solidarité entre les débiteurs d'aliments »³, c'est-à-dire que s'il existe plusieurs débiteurs dont certains ne sont solvables, le créancier ne peut exiger le paiement de la totalité par un ou quelques débiteurs, mais chacun doit assumer sa part respective dans la solidarité. La solidarité familiale est réglée par la solution d'équité : les parents créanciers de l'obligation alimentaire font peser leur besoin à la solidarité fraternelle de leurs enfants⁴. Il est fréquent dans la solidarité familiale malgache que ceux qui ne peuvent exécuter leur

¹ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent.p. 695 : « Un des exemples les plus typiques d'obligation *in solidum* est l'obligation alimentaire... Chacun peut être poursuivi pour la totalité de ce qu'il doit ; mais le créancier ne peut recevoir plus que le nécessaire.

² Cass. Civ., 27 novembre 1935, D.P, 36.I.25, n. A. Rouast « vu l'art. 203 ; chacun des père et mère, naturels comme légitimes, est tenu pour le tout l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants communs, cette obligation unique au regard des enfants, qui en sont les créanciers en dehors de toute décision judiciaire consacrant leurs droits, ne s'en divise pas moins entre les parents, qui, dans les rapports entre eux, doivent en supporter le poids proportionnellement à leurs ressources ».

³ Cass. civ.1^{re}, 5 février 1991, n° 89-15412, Bull. civ. I, n° 42, p.27.

⁴ Voir JCP 1995. II. 22425, note Sériaux ; D. 1995.623, note Tchendjou ; Defrénois 1994, art. 35950, note X. Savatier ; RTDCiv. 1995, 407, chron. Patarin.

obligation en argent s'exécutent en nature. Il est de coutume de nourrir toute la famille dans la maison familiale tout en partageant les charges en fonction de la possibilité de chacun. D'ailleurs, le rôle de celui qui s'exécute en argent revient à l'aîné de la famille qui a accumulé au fil du temps un peu de fortune, ou géré le patrimoine familial ou l'héritage laissé par les anciens, s'il tombe dans la difficulté, le rôle est repris naturellement par les cadets et ainsi de suite : c'est l'obligation en nature d'entretien et d'hébergement faute d'exécution en argent. En droit malgache, si une dette pèse sur la succession du parent décédé, les héritiers seront tenus « *ultra vires hereditas* »¹, c'est-à-dire au-delà des actifs qu'ils auraient reçus : « une transmissibilité parfaite [supposant] que les héritiers sont tenus des dettes du défunt sur leurs biens personnels (alors que la transmissibilité imparfaite suppose, au contraire que les héritiers ne sont tenus des dettes du défunt que dans la limite des forces de la succession) »², sans pour autant dépasser des parts égales de ce qu'ils doivent payer chacun. Au-delà de cette obligation indivisible de l'obligation alimentaire, les autres contenus de l'obligation de respect de valeurs extrapatrimoniales sont totalement divisibles et rattachés personnellement à chacun des débiteurs qu'au seul créancier : leur caractère abstrait implique forcément un caractère moral d'un éventuel préjudice porté au créancier du droit au respect et d'honneur.

SECTION C. De la pertinence de l'obligation de respect aux aînés

447. La critique de la famille fut courante dans l'individualisme radical (XIXe, début XXe), la famille (selon la lettre des lois alors en vigueur) fait peser un despotisme sur la femme et l'enfant : elle est même une chaîne pour l'homme. L'anarchisme littéraire allait dans le même sens dont l'apostrophe célèbre d'André Gide : « Familles, je vous hais »³, où l'on peut d'ailleurs entendre le « désir effréné d'en fonder une bien à soi »⁴. La « masse de consciences individuelles » a-t-elle changé au point de ne plus juger nécessaire de sanctionner expressément le devoir de respect aux aînés ? Ce qui est certain, à notre avis, c'est que si les individus n'exigent pas entre eux ce droit au respect, et que l'État n'est pas alerté de leurs besoins sociaux, le devoir de respect aux aînés régressera à jamais au stade d'un devoir moral qui ne trouvera sa catégorie d'obligation juridique sans l'intervention arbitraire d'un juge.

¹ C.T du 11 avril 1903.

² PELISSIER Jean, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Lyon, 1960.p. 387.

³ HILAIRE Jean, *Le droit de la famille*, p. 3, SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.

⁴ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 20.

I. L'idéal d'un devoir de respect intergénérationnel réciproque

A. La fragmentation du devoir de respect aux aînés par la loi

448. Si la pratique d'un comportement ou d'une conduite dans la société s'étouffe par quelques causes que ce soient, alors l'usage qui en a fait coutume disparaîtra : c'est le phénomène psychologique, invoqué depuis Gényn¹ du sentiment de l'obligatoire qui s'était évaporé de la conscience collective, du groupe social. La rétrogradation du devoir de respect aux aînés de son piédestal d'obligation légale à une simple pratique de courtoisie serait inévitable. L'intervention de la loi dans la coutume, autrement dit la consécration de la coutume par la loi marque une isolation, une séparation des usages et des mœurs dans le système du droit écrit : c'est la perfection du droit même qui impose cette fragmentation pour mieux fixer les sujets et les objets du droit. Si ce phénomène juridique affaiblit la coutume, au contraire il rend plus cohérent et plus parfait le droit, mais ce dernier ne peut enlever aucunement l'origine coutumière de la règle de droit. Logiquement, la prolifération des textes de loi émis par le législateur conduit inexorablement vers la fin du droit coutumier, ainsi la manifestation spontanée des habitudes et des besoins particuliers (les lois coutumières²) reconnus nécessaire et obligatoire dans l'harmonisation de la société et de l'échange entre ses membres sera en partie figée dans un texte et dans l'autre partie tombée dans la désuétude. L'avenir du droit coutumier comme étant des lois non écrites et en vigueur s'anéantit dans un système juridique se basant sur les Codes et les textes de droit écrits, mais paradoxalement le droit écrit ne pourra ignorer les règles coutumières et la tradition³ pour s'imposer.

449. L'intervention de la loi dans le droit de la famille, qui nécessite évidemment des règles fixes et fermes, a restreint apparemment la portée du devoir de respect aux aînés, puisqu'au-delà de certains degrés de parenté, le droit nie le rapport juridique entre les membres du groupe familial coutumier en isolant les rapports familiaux dans le cercle du groupe parental et du groupe conjugal. Comme disait M. Jhering : « la tendance du droit vers la spontanéité et l'objectivité dont la loi est l'émanation a tout d'abord pour but de briser le règne du sentiment dans le droit »⁴, le sentiment n'est autre que la conviction juridique que perçoit le sujet dans la

¹ JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2015.p. 133.

² GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 2.

³ GRANGER Roger, « La tradition en tant que limite aux réformes du droit » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 31, 1979.

⁴ VON JHERING Rudolf, *L'esprit du Droit Romain, Dans les diverses phases de son développement*, Traduction Meulenaere Octave, tome II, 2^e édition, Maresq Aîné, 1886.p. 36.

vie, et dans le suivi spontané et fluide des usages et des mœurs dans une société. Non seulement le droit a brisé la coutume, mais il s'est renforcé en empiétant sur le terrain de la morale en se distinguant d'elle par la circonscription et la détermination rigide de son objet. Le devoir de respect aux aînés s'est fragmenté, si le devoir moral de respect est devenu formellement un devoir juridique, une obligation légale, la portée de cette obligation s'est restreinte dans la cour familiale. La spontanéité de la coutume ancestrale du devoir de respect à tous les aînés (sans distinction et sans exagération) semble effacée par la juridicisation de la coutume, de l'isolation de l'objet et de sa portée dans un cercle restreint de débiteur et de créancier du respect. L'évolution de la coutume et des mœurs n'a fait que renforcer cette intervention de la loi : nous estimons que l'intervention de la loi écrite arrivait plutôt que le changement de la coutume et des mœurs. En quelque sorte, cette interdépendance ou adaptation de la loi et de la réalité sociale dans notre objet d'étude confirme la discussion énigmatique et légendaire entre l'origine de « la poule et des œufs ». Peut-on alors ranger le devoir de respect aux aînés dans son sens strict, entre la fratrie, parmi les règles ou les lois non contraignantes appelées les « *Soft law* » ? La caractéristique des *soft law* ou « droit mou », « droit faible », « droit à l'état gazeux », etc.,¹ étant sa force moindre (*soft power* : pouvoir de persuasion) que celui des « *hard law* », en effet si ces dernières imposent, les premières semblent plutôt proposer des conduites à suivre, des attitudes à avoir démunies de toutes sanctions directes. Ainsi, le devoir de respect aux aînés pourrait perdre au fil du temps sa force contraignante alors qu'il ne véhicule pas moins d'une norme sociale, qui risque de se rétrograder en avis, recommandations, règles de conduite ou éthique. Or le droit a besoin de raisons, de justificatifs pour s'imposer dans la société : il sera ainsi la justice, issue du juste : si la première découle du pouvoir du juge, le second tire sa force de l'essence du droit. Il est concevable dans notre objet que le droit dans sa finalité doit s'efforcer à assumer son rôle de transmettre à travers sa construction qu'est « la loi, le discernement des choses justes et des injustes »², les obligations de chaque membre de la famille pour la paix familiale et sociale.

B. Un besoin social évident

1) Apport sociologique du droit

450. Il est de nos jours très fréquent d'entendre des discours réclamant la justice, la justice sociale, quel que soit le domaine concerné, la justice sous-entend un partage égal, un retour équitable, une proportion réflexible à la hauteur de son acte, ou plus communément une

¹ DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2021.p. 36 et s.

² CICÉRON, *Traité des lois*, Livre II, V, 13.in, *Ibid*.p. 40.

répression équivalente à la hauteur d'un délit pénal. Toutefois, il est complètement impossible sinon indéterminable de contenir ou de valoriser cette justice qui change au fil du temps, de l'espace, de la civilisation : toutes fins de droit doivent aboutir à l'idée du juste, imposée par la force de la justice si besoin. Mais avant d'arriver à ce stade de réclamation de la justice, le droit doit assumer son rôle prophylactique, protecteur et prévoyant de l'ordre public, de l'ordre social, de la paix, de la sécurité des biens et des personnes. Et c'est notamment dans cette perspective de protection et de prévention que le mot « respect » précède toutes considérations ; respect des lois, respect du contradictoire ou droits de la défense, respect du droit à l'image, respect de « tout et de rien » à la fois. La présence ou la naissance d'un individu dans une société l'implique à une adhésion au « contrat social » existant avant lui. À partir du moment où l'individu se munit de discernement, il est quasi-responsable de ses actes pour devenir responsable à part entière. Le droit doit intervenir pour cette raison à le situer au sein de la famille, de la communauté, de la société où il se trouve régi par des règles qui lui sont imposées. Mais les règles manquent parfois de clarté, ou ont perdu leur force impérative par le changement de la vie en société, compte tenu des avancées technologiques, des considérations politiques, économiques et sociales : le droit ignore ou délaisse des préceptes qui le composaient autrefois. L'exemple qu'a vécu le monde récemment nous a démontré que pendant les mesures de confinement lié à la propagation du nouveau virus du Covid-19 inconnu et mortel, les formes de violences intrafamiliales ont décuplé d'une manière inattendue. Alors que les rapports de victimation étaient déjà alarmants au cours des dernières décennies¹, que les violences soient entre conjoints, entre parents et enfants ou tout autre membre de la famille se trouvant sous un même toit. La liberté fondamentale a été obstruée par des exigences de santé publique, l'intérêt général primait au besoin personnel. Cette frustration par la perte de liberté se transformait parfois en violence au sein de la famille. Cet exemple assez extraordinaire est loin d'être isolé, car d'autres exemples démontrent que la violence ne choisit pas le niveau de vie d'une famille, elle se rencontre autant dans des familles aisées que dans des familles modestes ou démunies. Les circonstances ne font qu'aggraver les cas, faudrait-il revoir, repenser aux règles jugées primitives ou morales pour prévoir et endiguer ces phénomènes sociaux sordides comme l'infanticide, le parricide, le

¹ Voir entre autres : INSEE, « Sécurité – Justice - France - TABLEAU DE BORD DE L'ÉCONOMIE FRANÇAISE ». ; RMC, « « Reprenez vos enfants en main ! » », sur *RMC* [en ligne], RMC, publié le 27 mai 2021. : Face aux violences urbaines dans sa commune, le maire LR de Rillieux-la-Pape, Alexandre Vincendet souhaite que les habitants aident les forces de l'ordre via une plateforme de signalement.

meurtre sur conjoint, l'inceste et toutes autres formes de violences intrafamiliales¹. Les sanctions pénales ont-elles perdu leurs fonctions prophylactiques ?

2) L'obligation de respect : une règle fondamentale dans la famille

451. Le droit reprend des préceptes moraux ou religieux : « l'interdiction de tuer ou l'obligation de respecter sa parole »², l'interdiction de faire du mal à autrui ou l'obligation d'assister ou d'aider son prochain et tant d'autres. L'adoption de la morale traditionnelle et des règles religieuses par le droit ne suscite pas autant de débats puisque les faits sont là. Ce qui est de plus inquiétant porte sur l'abandon, l'ignorance du droit à son endroit. Une réflexion assez moraliste ou philosophique, voire même psychologique et sociologique ne saurait être en marge dans l'approche d'une règle de droit qui elle-même ne cache pas de son origine religieuse et moraliste. Si en France, la tradition moraliste s'occupa de la transition des règles chrétiennes et le droit³, il s'avère de nos jours que très peu d'entre elles résistent aux impératifs du libéralisme et de l'individualisme. La priorité des droits fondamentaux relatifs à la liberté et à l'individu décuplant avec les changements des mœurs aboutit logiquement à l'effacement progressif des valeurs morales et religieuses au profit du choix personnel. Ce changement notoire de la pensée collective engendre un changement de comportement, un changement des valeurs abstraites, des paramètres que le droit applique généralement à des situations semblables. Ainsi, les contenus et les conditions du devoir de respect des enfants envers ses père et mère changent au fil du temps : par la différence de pensée et par le perfectionnement du droit. P. ex., le respect dû aux père et mère du Code civil conditionna la subsistance de la puissance paternelle plus ou moins affaiblie, des voix s'élevaient juste avant la promulgation du Code napoléon pour dire clairement leur opinion contraire en déclarant que : « parler de puissance paternelle c'est changer la protection en domination, le devoir en droit et l'amour en empire » (Cambacérès) ou encore « les enfants appartiennent à la République avant d'appartenir à leurs parents (Danton, 22 frimaire an II). Cependant, la règle légale régissant les relations intrafamiliales de l'article 371 du CCF traversa vents et marées, résista des attaques de toutes parts où aucun législateur de l'histoire

¹ RALITERA Miangaly, « AGRESSIONS SEXUELLES - Les enfants victimes d'inceste se multiplient », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 20 février 2023. ; RANDRIATSOA Diamondra, « Enquête - Les violences envers les enfants en hausse », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 28 octobre 2021. ; RALITERA Miangaly, « AINAMALALA RAZAKANDRAINY - « Une victime de viol ne se rétablit pas » », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 20 février 2023.

² DEUMIER Pascale, p. 44.

³ CARBONNIER Jean, « *La religion, fondement du droit ?* », APD, t.38, 1993, p. 18., in *Ibid.* p. 44.

de la République française n'ose toucher à ces valeurs familiales, morales et sentimentales. Et c'est effectivement par l'émergence en droit international de l'intérêt de l'enfant que bon nombre de pays repensaient les droits des parents à l'égard des enfants, le droit de correction disparaît progressivement des prérogatives des parents, la puissance paternelle se transformait en autorité parentale, « le législateur de 1970 a voulu exprimer une diminution des pouvoirs des parents »¹. L'art. 371-1 du CCF sur les droits et devoirs des parents² ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant prévoit la réciprocité ou plutôt cette règle de « respect » dans les relations familiales verticales en réponse à l'art. 371 et de l'autorité parentale. L'évolution de l'autorité parentale n'est autre que l'introduction du « devoir de respect et de l'intérêt supérieur de l'enfant », la réciprocité du devoir de respect confirme la tendance des relations parents et enfants. Nous retenons volontairement l'existence du « devoir de respect » comme règle juridique et non pas seulement une règle morale puisqu'il devient encore une fois objet du droit rattaché aux membres d'une famille conformément aux droits des personnes. Les rapports entre parents et enfants ne privilégient plus les statuts hiérarchiques des parents, ou du mari et de la femme, mais demandent un échange équilibré entre les membres de la famille, basé sur le « respect des personnes respectives ».

3) L'appréciation particulière du manquement à l'obligation de résultat

452. L'obligation de résultat est l'obligation d'éviter le dommage qui « ne se conçoit que dans les domaines où ne joue aucun aléa »³. Si les cas les plus fréquents découlent des obligations contractuelles, nous considérons que dans le devoir de respect auquel sont régis les rapports familiaux horizontaux et intergénérationnels, l'aléa ne peut être un élément aussi considérable. De ce fait, si l'individu commet des actes contraires à ses obligations familiales qu'elles soient horizontales ou verticales, nous pensons qu'il a manqué l'obligation de résultat dont il est tenu de ne pas nuire aux siens, de la solidarité, de l'honneur et du respect familial. Quand le père de l'enfant manque à ses obligations d'éducation et de garde en vertu de l'exercice de l'autorité parentale et que le petit-fils agresse violemment le grand-père : la demande de ce dernier d'une indignité facultative à l'encontre de son fils peut-elle être reçue comme motif grave de manquement à l'obligation de résultat que non seulement le fils est tenu, mais aussi le petit-fils à l'égard des ascendants ? De fait, si le dommage atteint

¹ LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Editions Dalloz, 2010.p. 207.

² Loi du 4 mars 2002 confortant l'orientation de l'autorité parentale de la loi de 1970.

³ RABUT Albert, *La notion de faute en droit privé*, Thèse, Paul Cézanne, 1949.p. 150.

personnellement le grand-père, il ne saurait être réparé que par le père responsable des actes de ses enfants mineurs : dès lors, il est concevable que la demande soit recevable.

C. Protection des personnes vulnérables par les lois civiles

453. D'une part, l'esprit de la loi sur le devoir commutatif des membres de la famille ne saurait être fondé sur l'autorité des uns envers les autres, mais d'une protection mutuelle des uns et des autres : « les parents qui ont donné à leur progéniture vie, temps et efforts peuvent attendre d'elle une contrepartie : le don appelle le don »¹. D'autre part, selon Roubier : « la protection de la personne humaine constitue un idéal pour le droit, mais il s'agit de savoir comment cette protection doit être assurée : sera-ce par la création de droits subjectifs correspondant à telle ou telle qualité ou à tel élément de la personne ou sera-ce seulement par le vieux mécanisme du droit romain de l'action en justice qui permettra à la personne lésée ou offensée de poursuivre l'auteur de la lésion ou de l'offense devant les tribunaux »² ? En dehors de la protection existante qu'offre le droit commun à travers les lois civiles et pénales, et les Conventions et traités internationaux, ces principes de droit jugés fondamentaux manquent parfois d'application concrète. Ce que propose le droit malgache depuis longtemps à travers la sanction civile que représente le rejet de protéger en particulier les personnes vulnérables dans le cercle familial, renforçant la disponibilité des principes par l'accompagnement de sanction civile adaptée aux manquements à toutes les obligations de respect dans les rapports familiaux. Dans les rapports intrafamiliaux, les uns comme les autres deviennent chacun à leurs tours vulnérables dans leur vie, au début et vers la fin de celle-ci, « la loi établit... entre parents et enfants, des rapports juridiques de solidarité (vocation successorale – vocation alimentaire) réciproques... Ce devoir familial est à la fois alimentaire et moral. »³.

1) Les parents et aînés devenus vulnérables

454. Si des décennies auparavant, les personnes âgées étaient épargnées des violences physiques et verbales simplement par une considération et par l'usage, malheureusement les agressions à leurs endroits augmentent. Un comportement autrefois tabou devient une triste

¹ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique Ia, IIae, La morale générale* [en ligne], [s. n.], 1274., question. 106 ; MAUSS Marcel et WEBER Florence, *Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques* [en ligne], Année sociologique, seconde série, 1923.

² ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, in BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 47.

³ POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain, *L'affection et le droit, Préf. F. Rigaux*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.pp. 137-138.

réalité¹ des faits divers, sans en exagérer la portée morale de la notion de devoir de respect aux aînés. Doit-on alors donner au droit un moyen supplémentaire de prévenir et de protéger davantage les personnes vulnérables. Si en matière pénale, le problème ne se pose pas puisque chaque comportement antisocial est sanctionné par le droit pénal, en matière civile et dans le droit de la famille rien ne s'oppose à ce que de nouvelles sanctions soient envisagées. Nous essayons de rassembler les données juridiques et réelles pour faire progresser le droit en apportant une analyse critique et constructive. En effet, quand les parents et les ascendants deviennent vulnérables, les enfants et les membres proches de la famille doivent assumer leurs devoirs d'enfants ou peuvent décider de faire constater leur vulnérabilité et leur incapacité physique ou mentale à décider par eux-mêmes : et le juge peut prendre une décision de mise sous-tutelle ou de curatelle de la gestion de leur patrimoine. C'est à ce moment que le « désir d'enfant » exprimé par tous les parents, s'engageant dans une relation sérieuse par le mariage ou par toutes autres formes de vie commune de nos jours, se fait le plus ressentir par leur présence, par leur affection et surtout par l'accomplissement de leur devoir d'enfant. Ainsi, en présence de plusieurs successibles, ils sont obligés civilement de respect et d'honneur envers leurs parents, mais également à l'obligation alimentaire. « Ce droit de l'enfant (majeur) se traduit par un pouvoir puissant sur la destinée du patrimoine de son parent quand vient la question de sa transmission »², de son vivant ou à cause de mort. L'exemple malheureux d'un manquement grave au devoir de respect envers ses aînés et de ses parents, loin d'être un cas isolé qu'il soit à Madagascar ou en France, s'est révélé en public au moment où nous rédigeons notre thèse, il s'agit d'un père septuagénaire hébergeant sa fille et des quatre enfants de celle-ci dans sa propre maison située à Mailhac dans l'Aude. Le septuagénaire aurait reçu un coup de poing du nouveau compagnon de sa fille suite à une dispute familiale, s'est retrouvé aux urgences de Narbonne, puis expulsé de sa propre maison³ dans une peur permanente et de conditions rudimentaires. Les violences physiques et verbales

¹ D'après Madame la Juge du TJ de Saint-Denis, colloque sur la « Dangerosité et droits fondamentaux », dir. Puig P., Pomart. C., Kuhn C., Le Bot, Université de La Réunion du 28-29 novembre 2019 ; L'EXPRESS DE MADAGASCAR, « Faravohitra - Une femme âgée tuée chez elle », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 12 février 2022. : Une affaire sordide dont la victime est âgée de 85 ans.

² LEPROVAUX Jérôme, Naitre et hériter-Les dimensions pédocentriques de l'héritage, in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 587.

³ CAPITAL 6 medias, « Expulsé de son domicile par sa fille, un septuagénaire contraint à vivre dans un mobile home » [en ligne], *Capital Economie Politique*, 2022. « ... contraint à vivre dans son mobile home ».

échangées entre les parties sont impensables et inadmissibles. D'autant plus que le père devenu vulnérable acceptait de recevoir sa fille et ses petits-enfants chez lui depuis des années : nous essayons de trouver des solutions civiles dans des conflits familiaux de ce genre sans exclure la proposition d'un statut de post-majorité¹ pour les personnes âgées.

2) Enfants vulnérables

455. La protection de l'intérêt des enfants constitue les mots d'ordre du droit depuis le siècle dernier où nous constatons l'avènement des Conventions et Traités internationaux et de nouvelles lois nationales. À Madagascar, l'accompagnement des autorités publiques, certes lent, mais progressif, vise dans un plan stratégique : «le respect des droits des groupes vulnérables (adolescent-e-s, jeunes, personnes handicapées, personnes détenues, population en zone reculée) »². Cette protection s'appuie sur le rattachement de l'enfant à sa famille dont la finalité est l'obligation parentale de lui donner nourriture, toit, vêtements : mais au-delà de ses besoins substantiels et matériels, éducation morale, spirituelle et intellectuelle³. La loi assure le respect de leurs droits et libertés fondamentaux en réorganisant l'exercice de l'autorité parentale : malheureusement, un autre phénomène naissait et ne cesse de s'accroître depuis les années cinquante⁴ jusqu'à nos jours, la délinquance juvénile indépendamment du statut de l'enfant. L'instauration ou la réinstauration des idées de puissance maritale et puissance paternelle des premiers codificateurs des droits français et malgache, par exemple pour des besoins d'ordre et de discipline⁵, a laissé expressément la priorité à l'intérêt des enfants, dont les droits extrapatrimoniaux⁶.

¹ GÉRARD Caroline, *Les droits de la personne âgée : proposition d'un statut de post-majorité* [en ligne], Thèse, Avignon, 2018.

² MINISTÈRE DE LA SANTÉ PUBLIQUE, «Plan stratégique intégré en planification familiale et en sécurisation des produits de santé de la reproduction 2021-2025 », 2021.p. 11.

³ La nouvelle loi n° 2007- 023 du 20 août 2007 sur les droits et la protection des enfants.

⁴ RADAODY-RALAROSY E.P, «Introduction et étude de la délinquance juvénile à Madagascar », *BAM*, 1959. ; RANDRIANASOLO Nambininstoa Sombiniaina Gabriel, « La délinquance juvénile », Faculté DEGS Antananarivo, 2010. ; RAZAFINDRAINIBE Nathalie, «La justice face à la recrudescence de la délinquance juvénile à Madagascar », Faculté DEGS Antananarivo, 2010. ; ALEXIE Soarimalala Freda, « La justice juvénile à Madagascar », Faculté DEGS Antananarivo, 2016.

⁵ HILAIRE Jean, *Le droit de la famille...*, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.p. 3.

⁶ IFFOUZAR-NAGRANT Zemfira, *L'intérêt de l'enfant aux regards des droits extrapatrimoniaux*, Thèse, Sous la direction du Pr Hervé Lecuyer, Paris II, Panthéon-Assas, 2020.

456. Notons au passage que l'Assemblée nationale française vient de voter en première lecture une proposition de loi sur la création d'une juridiction spécialisée aux violences intrafamiliales¹, sans pouvoir donner une certitude ni à la date d'adoption définitive ni à la promulgation de cette loi qui devra par ailleurs être soumise au Sénat, nous pouvons toutefois apporter un avis objectif à ce sujet. L'art. 1 de cette proposition de loi prévoit de rajouter dans le Code de l'organisation judiciaire un Titre V bis dans le livre II, intitulé « Les pôles des violences intrafamiliales »². Cette initiative du législateur coïncide hasardeusement avec notre pensée au moment même où nous voulons concevoir une sanction civile répondant à la recrudescence des violences familiales : et les contextes sociaux à Madagascar n'échappent pas à ce phénomène exécrable. D'après le texte, il sera créé un « Tribunal des violences intrafamiliales » au moins dans le ressort de chaque cour d'appel (art. L. 255-2), composé d'un juge aux violences intrafamiliales, président et de deux assesseurs (art. L. 255-3) dont leur compétence conformément aux dispositions du Code de procédure pénale est relative aux délits constitutifs d'une atteinte à l'intégrité de la personne, commis sur ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs (art. L. 255-1, 1°), ou sur un conjoint, concubin ou partenaire de Pacs même s'ils ne cohabitent pas (art. L. 255-1, 2°), enfin sur un enfant qu'il soit légitime, naturel, ou de l'autre conjoint d'une union antérieure (art. L. 255-1, 3°). Il doit y avoir au moins un juge des violences familiales au siège de chaque tribunal des violences familiales (art. L. 256-1), en cas d'absence, il pourra être suppléé par un autre juge désigné par le président du tribunal judiciaire : il connaît aussi les demandes d'ordonnance de protection (art. L. 256-2) en application de l'art. 220-1 du CCF permettant au juge d'ordonner, à titre conservatoire, des mesures urgentes de protection quand des manquements graves aux devoirs familiaux mettent en danger les intérêts de la famille.

3) Les droits et devoirs de l'enfant en droit suisse

457. En droit suisse, l'éducation de l'enfant figure dans l'art. 302 du Code civil : « les père et mère sont tenus d'élever l'enfant selon leurs facultés et leurs moyens et ils ont le devoir de favoriser et de protéger son développement corporel, intellectuel et moral »³, la nouvelle

¹ Texte adopté n° 44 « Petite loi » : Proposition de loi portant création d'une juridiction spécialisée aux violences intrafamiliales, délibéré le 1^{er} décembre 2022.

² En chiffres avant l'épidémie du Covid en France sur une période de deux ans chacune sur les violences intrafamiliales physiques ou sexuelles : 2010-2011, 857000 cas signalés ou traités ; 2013-2014, 947000 ; 2015-2016, 780000, Sources : INSEE ; ONDRP ; SSMSI - enquêtes Cadre de Vie et Sécurité de 2012, 2015 et 2017.

³ Ch. I de la LF du 25 juin 1976, en vigueur depuis 1^{er} janvier 1978 (RO 1977 237 ; FF 1974 II 1).

rédaction de cet article intervient simultanément à celle de l'art. 272 qui prévoit et intègre « le respect » qu'exige l'intérêt de la famille. « La plus noble tâche des parents, qui est l'éducation de leurs enfants, est de nature morale et échappe à la réglementation juridique. Le législateur doit par conséquent se borner dans ce domaine à des lignes directrices générales »¹, laissant ces devoirs aux parents ou les titulaires de l'autorité parentale ou de la garde de fait², incluant ainsi tous les membres de la famille proches, dont les frères et sœurs aînés. Le droit au respect concerne tous les membres de la famille selon leur statut : les devoirs des parents s'appliquent sur les soins, l'éducation de l'enfant en vue de son bien et de son épanouissement (art. 301, al. 1), ce dernier suivant sa capacité de discernement ou de son degré de maturité est lié à la décision que doit prendre les parents. Alors que, l'art. 301, al. 2 désigne les devoirs de « l'enfant (qui) doit obéissance à ses père et mère », mais il peut choisir sa confession dès l'âge de seize ans (art. 303, al. 3). L'éducation devient un échange, un ensemble des relations personnelles entre parents et enfants : « sa liberté est respectée, que sa résistance nécessaire n'est pas opprimée, que le sentiment de sa propre valeur n'est pas détruit... le mettra en mesure d'assumer à son tour responsabilité et protection »³ ; un droit au respect attendu, en retour aux obligations familiales, par les parents, ascendants et autres tuteurs légaux.

II. L'existence de sanction en cas de manquement aux devoirs d'honneur et de respect

458. L'exécution est la réalisation d'une obligation ou un devoir juridique, le processus qui permet de faire passer le droit dans les faits, de faire coïncider ce qui est et ce qui doit être⁴ : si telle est la définition de l'exécution, le respect qui contient autant d'objets que de titulaires ne saurait être déterminé et défini uniformément quant à son exécution. Dès lors, faute d'exécution volontaire du débiteur de respect, peut-on l'exiger d'une exécution forcée ? La force de contrainte imposée par la loi ou la coutume donne en effet l'essence du droit affecté à un fait, une situation, et implique l'exécution spontanée des obligations. « Il n'y a de procès

¹ Message du Conseil Fédéral, MCF, Feuille Fédérale 1974 II 79, in STETTLER Martin, *Le droit suisse de la filiation*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Edition française, Editions Helbing und Lichtenhahn Bâle, 1987.p. 404.

² Direction de justice du canton de Zurich du 13 décembre 1978, RDT 1980, p. 70.

³ Message du Conseil Fédéral, MCF, Feuille Fédérale 1974 II 78, sur la publication de M. Duss-von Werdt, *überlegungen zur Familie von morgen*, Revue suisse d'utilité publique, 1972, p.283, in STETTLER Martin.p. 411.

⁴ THÉRY Philippe, in ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige / Lamy-Puf, 2012.p. 678.

que là où la prétention est contestable de sa nature. Lorsqu'elle est évidente, l'exécution suit immédiatement ; c'est l'intéressé seul qui la poursuit, les autorités n'ont pas à intervenir... celui qui a un droit évident n'a pas besoin de recourir à l'autorité, ni pour le faire reconnaître ni pour le faire réaliser »¹. Or cette exécution immédiate ou spontanée du droit au respect semble disparaître des usages et de la coutume dans les relations entre les personnes privées de nos jours. En d'autres termes, est-ce que le droit au respect est en train de perdre sa raison d'être, devenant ainsi un droit contestable, ce qui impliquerait l'intervention du juge pour son exécution ou de sa reconnaissance. La sanction² d'une règle de droit peut être regroupée autour de trois idées : l'exécution, la réparation et la punition : depuis l'extinction des peines arbitraires en matière civile³ et de l'intervention obligatoire d'un juge dans les conflits civils, la punition est plutôt réservée aux infractions pénales. L'existence d'une sanction civile aux devoirs de respect et d'honneur dans les relations familiales s'avère cruciale pour qu'ils trouvent leur caractère parfait : une sanction propre à cette règle de droit, qui doit trouver naturellement sa place soit dans l'exécution, soit dans la réparation, soit dans la punition.

A. La condition préalable des devoirs imposés par la loi aux parents et ascendants

459. Encore faut-il que les parents, aînés et membres de la famille aient préalablement observé ou exécuté leurs devoirs avant de prétendre à une exécution réciproque : « si le privilège de l'aîné est généralement respecté, [il] ne va pas à sens unique : il appelle des devoirs »⁴. Nous avons soulevé le problème lié à la mauvaise éducation donnée⁵ que l'élément moral de l'obligation caractérise la faute. La réciprocité du devoir de respect est prévue par la loi à travers la puissance paternelle et l'art. 371 dans sa version originale, et de nos jours à travers l'art. 371 et suivants créés par la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, parallèlement à la loi n° 2007- 023 relative à l'exercice de l'autorité parentale du

¹ VON JHERING Rudolf, *L'esprit du droit romain, Dans les diverses phases de son développement, Traduction Meulenaere Octave, Tome I, 3^e édition*, Forni editore Bologna, 1888.pp. 124-125.

² AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2020.pp. 23-24.

³ Par exemple : des lettres de cachet de l'ancien droit français, exercice du droit de correction, de la vente à l'esclavage des règles coutumières anciennes malgaches, des contraintes par corps que connaissaient les deux droits malgaches et français (abolies par la loi du 22 juillet 1867 en France, en vigueur à Madagascar dans le droit traditionnel, applicable pendant la période coloniale et supprimé par les codes ultérieurs à 1960).

⁴ NJARA Ernest, L'intégration des coutumes dans le droit moderne à Madagascar, in *Regards sur le droit malgache*, l'Harmattan Jurid'ika, 2010.p. 77.

⁵ Agen, 23 juin 1869, Sirey, 1869. 2. 253 ; Pau, 2 juillet 1898, Sirey, 1899, Sirey, 1899. 2. 137 ; Montpellier, 31 octobre 1908, Sirey, 1908. Sirey, 1908. 2. 296 ; Caen, 26 mai 1909, Rec. Caen, 09, p. 92

droit malgache. La loi impose aux parents d'entretenir, d'élever et d'éduquer les enfants gracieusement, ce sont des fonctions parentales qui pèsent sur eux sans réciprocité¹, du moins directement : les rapports familiaux verticaux sont considérés comme des relations désintéressées. L'absence des parents, par leurs préoccupations ou par la déchéance de l'autorité parentale, transfère les devoirs d'éducation aux tuteurs et naturellement aux aînés de la famille. L'influence de ces derniers sur ses cadets ou benjamins n'est pas à déconsidérer, une étude menée par des chercheurs de l'Université de l'Illinois démontre en ce sens comment « l'ordre de la naissance influe sur la personnalité ou l'aîné [serait] le modèle à suivre. Les premiers-nés, en tant qu'aînés de la fratrie, montrent généralement des traits de personnalité spécifiques. Ils sont souvent plus extravertis, agréables et consciencieux... le cadet médiateur et le benjamin le plus libre »². Les regards des psychologues nous apportent un éclairage sur la construction de la famille à travers l'éducation familiale et le rôle de l'aîné (de la fratrie) dont les parents comptent pour donner un exemple aux puînés : ainsi l'aîné doit bienveillance, aide et assistance à la fratrie, jouant subsidiairement le rôle de parents : un devoir de reconnaissance de la famille est mérité.

460. Cependant, et nul ne peut contester, sur ces relations non intéressées entre enfant de tout âge et de leur père et mère, dès la naissance du Code Napoléon, l'art. 371 pose cette règle perpétuelle : l'obligation des enfants envers ses parents. Un minimum de respect à ceux qui ont « donné la vie, qui ont nourri, élevé, éduqué, que les auteurs ont survolé ou minimisé l'existence, que la piété filiale trouve son fondement, son assise « pourquoi ne pas le dire ? – l'amour »³. En parlant d'amour d'ailleurs, nous rappelons l'ancienne rédaction de l'art. 212 sur le mariage en 1904 par la Commission de réforme du Code civil français : « ... les époux se doivent mutuellement amour, fidélité, secours et assistance », qui connaissait de vives critiques de la doctrine dominante⁴. Or si l'amour ne fait pas partie des conditions du mariage, il ne saurait y avoir de mariage sans amour ou sans affection entre les contractants : en faisant

¹ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 137.

² VALETTE Lauréna, « L'ordre de la naissance influe sur la personnalité », sur *Psychologies.com* [en ligne], publié le 15 août 2023.

³ CORNU Gérard., p. 137.

⁴ COLIN Ambroise (1863-1929) Auteur du texte et CAPITANT Henri (1865-1937) Auteur du texte, *Cours élémentaire de droit civil*, Dalloz, 1921. 3^e éd., t. I, 115 ; PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, *Traité élémentaire de droit civil*, [s. n.], 1928. DE PAGE, t. I, 1^{re} éd. 1933, 509, note (1), in POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain, *L'affection et le droit*, Préf. F. Rigaux, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.p. 330.

référence aux mariages gris ou blancs, et du mariage forcé. Dans le consentement au mariage, l'obligation de vie commune ne peut être détachée de l'amour sinon « de l'affection, éléments constitutifs, c'est-à-dire à la définition du mariage »¹ : et les relations verticales ne peuvent se prétendre réciproques si l'ascendance a failli à ses devoirs et obligations. Paradoxalement, le droit canon² ne conditionne pas le mariage à l'amour : or, pour le vice de consentement au mariage, l'amour est retenu comme un élément de preuve complémentaire dans la jurisprudence rotale³. Et cette valeur de l'amour, de l'affection et des sentiments dans le mariage nous permet d'en déduire que les enfants issus d'un mariage ne sauraient être que les fruits de l'amour de leurs parents, l'obligation qui découle de leur union les engage à les entretenir, les soigner, les éduquer, les chérir jusqu'à ce que les enfants puissent s'assumer et assumer par la suite leur devoir. Faut-il comparer les devoirs des parents et ceux des enfants ? En effet, les devoirs des parents sont temporaires, jusqu'à ce que les enfants puissent voler de leurs propres ailes par la suite : les devoirs des parents ne durent que pour la minorité des enfants et sont liés à la protection et à la vulnérabilité de ces derniers : se traduisant en droit en incapacité ou en manque de discernement, ou encore la tutelle, etc. Cette protection des mineurs a fait l'unanimité universelle, fondement des diverses Déclarations, et Conventions : elle est les prémices de différentes réformes des droits et des devoirs des parents sur leurs enfants. Par conséquent, « s'ils (les parents) ne se font pas respecter, les détenteurs de l'autorité parentale ne peuvent en faire retomber la responsabilité sur des enfants mineurs »⁴, le juge malgré le manquement des enfants à leurs devoirs envers ses parents ne peut décharger ces derniers de l'obligation parentale d'entretien demeurant inaltérable⁵. Mais à leur majorité, les enfants défaillants ne sont pas épargnés de sanctions sur le fondement de non-réciprocité applicable aux obligations familiales. Dans le sens montant des rapports familiaux, l'effet de l'art. 371 suppose une entraide, une solidarité familiale, une solidarité fraternelle envers ses proches parents : que les rapports familiaux verticaux basés sur l'honneur et le respect engendrent nécessairement des obligations tout au moins alimentaires : un devoir familial assorti d'une présomption d'affection du fait de la proximité du degré de parenté. La limite de

¹ RIGAUX François, *Les personnes, Tome I, Les relations familiales*, Larcier, 1971., n° 699, p. 200.

² §1. Le mariage se fait par le consentement des parties capables en droit... et § 2. Le consentement matrimonial est l'acte de volonté par lequel un homme et une femme se donnent et se reçoivent mutuellement par une alliance irrévocable pour constituer le mariage...

³ POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain.p. 332.

⁴ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006, p. 136.

⁵ Cass. Civ. 2^e, 17 juillet 1985, Bulletin civ. II, n° 139 ; Defrénois 1986, art. 33735, obs., Massip.

cette présomption d'affection serait le manquement grave des obligations des parents de l'art. 207 al 2, qui déchargera l'enfant des dettes alimentaires envers eux. Dans le devoir de piété, « il faut surtout comprendre que la piété n'a pas à être pénalisée, et l'impiété privilégiée »¹, l'idée trouve son fondement dans l'égalité des enfants face au devoir de respect et d'honneur qu'ils doivent à leur parent, les devoirs moraux se métamorphosent en obligations civiles parfaites pourvues de sanctions.

B. Une demande en exécution possible

461. Mais pour que cette exécution soit pertinente, il faut qu'elle soit accompagnée d'une mesure de contrainte d'où la problématique d'inexistence d'une force exécutoire du respect : en d'autres termes, l'impossibilité d'une demande en exécution forcée du devoir de respect. Étant donné que le devoir de respect filial ne découle plus du seul acte de volonté du mariage, mais d'une obligation découlant de la loi, il ne saurait lui être appliqué par exemple la nullité, ni la résolution, ou encore la résiliation du contrat. Le seul cas où l'exécution forcée peut être soulevée est la sanction du manquement à l'obligation alimentaire, encore faut-il que le créancier en fasse la demande ou que des mesures de coercition étatique existent. Au-delà de ce cas exceptionnel, et compte tenu de l'inexistence d'autres sanctions civiles possibles, il ne reste plus que l'action en réparation du dommage subi : les dommages-intérêts. Or, il est quasiment fermé à toutes demandes de réparation en dommages-intérêts les conflits familiaux soit par l'irrecevabilité de la demande en considération des intéressées soit de l'inexistence même de l'objet de la demande en réparation : p. ex., du vol entre parents et enfants ou entre conjoints. De ce fait, nous pouvons classer le droit au respect en deux catégories, celui qui pourrait faire l'objet d'une exécution forcée et celui qui reste en principe hors de toute exécution directe, mais susceptible d'autres sanctions civiles par ricochet.

1) Le droit au respect pourvu d'action en exécution

462. En droit français comme en droit malgache, l'obligation alimentaire, composante du devoir de respect et d'honneur d'une personne et de la famille est la seule susceptible d'action en exécution devant la justice. En effet, une fois établie et constatée par décision de justice, l'obligation alimentaire peut faire l'objet de voies d'exécution si le refus de paiement ou d'exécution découle d'un acte volontaire indépendamment de toute exonération de faute : par la saisie sur salaire (soit par paiement direct, le créancier doit notifier par huissier la demande de paiement direct, par saisie sur salaire ou autre revenu : soit par l'intermédiaire des services de l'État du recouvrement public : décision judiciaire et dont le paiement n'a pas été effectué,

¹ CORNU Gérard, p. 137.

peut être recouvré par le Trésor public), par une sanction pénale « d'abandon de famille » (CPF, art. 227-3, pensions, subsides et envers conjoints, ascendants, descendants, art. L. 582-1 du Code de la Sécurité sociale). Si les règles en matière d'obligation permettent en cas d'inexécution d'actionner la procédure d'exécution forcée, elles sont surtout valables quand l'obligation est appréciable en argent et que le débiteur doit répondre la dette de ses biens. Mais le principe de responsabilité personnelle posé par l'art. 2284¹ (anc. art. 2092) du CCF n'est « sans utilité lorsqu'une personne est tenue de faire ou à s'abstenir de faire »². Ainsi, le droit au respect des aînés dont le contenu est évaluable en argent à savoir l'obligation alimentaire incluant la nourriture, l'entretien, les soins, l'assistance, l'hébergement est susceptible de paiement en équivalence. Mais l'exécution forcée de ces obligations diffère dans les deux droits malgache et français : respectivement, elles sont assurées d'une manière naturelle et spontanée par la famille, rarement par l'État ; en France ce dernier subroge à la famille en organisant l'exécution forcée des débiteurs récalcitrants et prévoit des peines d'emprisonnement dans certains cas. Or dans le droit traditionnel malgache, tout particulièrement s'agissant de l'obligation alimentaire, le devoir de respect est susceptible de réclamation en exécution forcée : si un enfant ne remplit pas ses obligations, le gouvernement opérera sur ses biens un prélèvement destiné à subvenir aux besoins de ses père et mère et ascendants indigents (art. 110 du Code des 305 articles). Mais étonnement, l'état actuel du droit positif malgache reste indifférent à ces obligations alimentaires intergénérationnelles et ne se préoccupe que les pensions alimentaires allouées aux enfants mineurs et à la femme divorcée. L'État laisse ainsi à la famille l'organisation de ces obligations familiales évaluables en argent sans intervenir, sans prévoir des moyens permettant de combler à ces besoins vitaux des personnes âgées devenues vulnérables.

2) Le droit au respect pourvu d'une action en exécution par ricochet

463. Il se trouve alors qu'en dehors des rapports pécuniaires, l'obligation de respect est dépourvue d'une exécution forcée. Or le non-respect peut être sanctionné par la déchéance de l'autorité parentale ou la qualité d'héritier, l'ingratitude à la donation, l'indignité successorale. En effet, si le droit successoral malgache est fidèle au maintien de la volonté de la personne pour son droit de disposer de ses biens, la France connaissait également le droit d'exhérer

¹ Article 2284 : Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.

² THÉRY Philippe, in ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige / Lamy-Puf, 2012.p. 678.

par l'accueil du droit romain : ainsi les parents pouvaient totalement exhérer les enfants désobéissants ou accusés de meurtre ou de tentative de meurtre en leur personne : l'exhérédation s'étendait au défaut de consentement au mariage par l'édit de 1556. Une différence était remarquable quant aux droits des parents sur les biens de l'enfant entre les pays de coutumes et ceux du droit écrit hérité du droit romain : dans les pays de coutume, la puissance paternelle se réduit soit à la gestion du patrimoine de l'enfant par le prélèvement de ce qui répond aux besoins de l'enfant (entretien et éducation) soit dans la jouissance de l'usufruit (coutume de Paris selon la garde bourgeoise ou dans le cas de garde noble).

464. L'art. 48, al.2 de LTGO écarte expressément l'exécution forcée d'une obligation naturelle, mais considère dans son art. 49 que la promesse d'exécuter une obligation naturelle lui donne force d'obligation civile, ce qui nous semble logique et cohérent sous réserve de la publicité de la promesse que nous avons parlé à l'instar de la parole donnée. C'est d'ailleurs cette promesse publique de récompense ou de rétribution d'un bienfait ou d'un service rendu (objet de l'obligation morale ou du devoir de reconnaissance) qui conditionne la promotion de l'obligation naturelle en obligation civile. Tandis que l'art. 50 consacre l'œuvre de la jurisprudence en écartant toute action en restitution à l'égard des obligations naturelles qui ont été acquittées en connaissance de cause : c'est-à-dire si une personne s'acquitte d'une obligation morale ou d'un devoir moral (les termes s'entendent indifféremment) alors même que la loi ne lui impose pas de payer, l'action en restitution ou en répétition lui sera refusée : « l'obligation naturelle est celle qui sans être une obligation civile proprement dite est susceptible de paiement »¹ ; par conséquent, elle ne peut être payée par compensation. Or si les conditions de qualification d'obligation civile nécessitent des règles civiles préétablies et de l'existence des sanctions civiles propres à la violation ou à la transgression de ces règles, alors l'obligation naturelle se confond avec l'obligation civile.

465. L'exécution volontaire d'un devoir ou d'une obligation de respect signifie leur existence : en matière familiale, le droit au respect semble s'exécuter volontairement sans que l'on incite ou menace le débiteur à s'exécuter. Ce qui ne le diffère guère des obligations qui naissent d'un contrat, mais c'est dans son inexécution que certains contenus du droit au respect sont dépourvus de pouvoir de contrainte : l'action en exécution forcée. L'engagement d'exécuter une obligation naturelle est valable, valide l'exécution volontaire en une obligation

¹ BEUDANT, in CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927.p. 118.

juridique ; il s'agit d'un engagement par un acte unilatéral, ce que les tribunaux¹ appelaient souvent une novation de l'obligation naturelle. Nous avons remarqué étrangement l'intitulé de la 2^e partie de l'ouvrage de M. Campion² ainsi rédigé : « le devoir d'assistance considéré comme obligation légale ou contractuelle dont le débiteur est en droit de réclamer l'exécution », ne revient-il au créancier de demander l'exécution forcée de l'obligation et au débiteur de dénoncer plutôt l'exécution forcée de l'obligation ? Nous pensions qu'il s'agit d'une erreur puisque tout de suite après il avança que l'influence de l'idée d'assistance sera recherchée dans le domaine du droit privé en tant qu'elle est créatrice d'obligations dont l'exécution forcée est possible. Mais en fait, il s'agit de la possibilité d'action en réparation reconnue au débiteur de l'obligation d'assistance quand celui-ci a subi des dommages ou préjudices en apportant son assistance à l'individu. L'état de nécessité reconnu comme devoir d'assistance permet au débiteur de réclamer l'exécution forcée et de l'action *ad exhibendum*³ (p. ex., demander à son débiteur de justifier la non-solvabilité). La jurisprudence répond par l'obligation naturelle, le devoir de respect et d'honneur qui existe entre les membres de la famille en avançant la solidarité familiale et déboute la demande d'exécution en réparation alors que dans les devoirs d'assistance entre individus, la demande de réparation par son débiteur est jugée recevable sous conditions de dommages subis. Le problème est ici traité au point de vue du débiteur de cette obligation juridique, non celui de l'assisté et de l'organisation juridique du droit à l'assistance⁴. La distinction serait utile pour déterminer dans quelle proportion le sacrifice d'une personne au secours d'une autre peut être les limites d'un devoir moral, d'une obligation naturelle, et d'une obligation légale, par la possibilité d'une action en exécution forcée. L'incohérence entre les textes malgaches définissant le devoir de respect et d'honneur comme une obligation naturelle (art. 48 de LTGO) et les motifs graves retenus par la loi n° 63-022 sur le rejet est ostensible. Le caractère de devoir moral réapparaît dans le contexte où l'appréciation monétaire ou morale de l'obligation doit être considérée. Ce qui suppose de distinguer les valeurs patrimoniales ou extrapatrimoniales de l'obligation dont l'inobservation ou le manquement porte atteinte au créancier et du préjudice subi, moral ou matériel. Si le manquement à l'obligation porte atteinte à des valeurs

¹ Cass. Civ. 1^{re}, du 17 octobre 2018, 17-22.021, connexe, 17-26.573, inédit ; C.A de Bastia, du 24/05/2017 ; TGI Bastia du 02/03/2004.

² CAMPION Lucien.p. 55.

³ Pour aller plus loin, ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929. p. 113 et s. ; CAMPION Lucien.

⁴ ASTRUC Louis.p. 149.

extrapatrimoniales comme l'honneur, l'image, le nom, etc., entraînant un préjudice moral, faut-il passer par l'action en réparation pour demander indirectement l'exécution forcée ? À l'inverse, si le manquement à l'obligation impacte des valeurs patrimoniales quantifiables en argent suivant la gravité des faits, l'exécution forcée pourra être demandée. Bref, en cas de manquement au devoir de respect et d'honneur dont l'objet n'est pas quantifiable en argent, une décision de justice reconnaissant l'atteinte constituerait une exécution forcée par ricochet.

C. L'utilité d'une sanction alternative

466. L'irrecevabilité de l'action en exécution d'une obligation naturelle des devoirs familiaux et l'inexistence de moyens d'exécution du devoir de respect et d'honneur et de l'immoralité de la réparation nous confirment la pertinence du rejet malgache comme sanction directement applicable aux manquements des devoirs de respect et d'honneur. Tout en sachant que la révocation de l'adoption, l'ingratitude à la donation, la déchéance à la qualité d'héritier et l'indignité successorale sont destinées aux situations spécifiques des rapports familiaux. En changeant ou en enlevant la sanction de la violation d'une règle juridique, le sens et la portée de la règle juridique divaguent de sa finalité initiale et dénaturent leur qualification. Dès lors, il serait rassurant et pour les justiciables et pour la justice qu'il existe simultanément et les règles juridiques (droits déterminateurs), et les sanctions spécifiques correspondantes, « droits sanctionneurs »¹. L'existence d'une sanction prédéfinie aux manquements d'une obligation, aux comportements déviants, délimite le pouvoir arbitraire du juge, et que l'existence d'une action en justice pouvant consacrer des droits subjectifs ne fait que renforcer ces règles de droit souvent laissées en second plan par le législateur alors même que leurs objets figurent parmi les droits fondamentaux ayant valeur constitutionnelle : l'action en justice a pour objet une prétention qui tend à la reconnaissance d'un droit² et « la vocation normale de l'action en justice est de protéger les droits subjectifs substantiels »³ ainsi « l'efficacité des droits, voire de leur nature profonde ne s'éprouve réellement que dans la lutte judiciaire ; et il est probable que, sans celle-ci, la notion de droit même au sens objectif n'existerait pas »⁴.

¹ NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux* [microfiche], Lyon, 1939.

² HÉRON Jacques, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991. n° 27 s., p. 33 s.

³ MOTULSKY Henri, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de la Philosophie du droit*, 1964.

⁴ MOTULSKY Henri, *Le droit subjectif et l'action en justice*, *Archives de la Philosophie du droit*, 1964, p. 84, in LEBORGNE Anne, « La pratique de la médiation familiale judiciaire » [en ligne], *Gazette du Palais*, 2015.p. 21.

CONCLUSION DE PARTIE

467. Le droit malgache à travers le droit coutumier et l'avènement des Codes écrits considérait comme d'ordre public et prioritaire les conditions d'exercice des rapports familiaux et les droits et devoirs qui en découlent (droits de garde, de surveillance et de correction, art. 155, 233 et 237 du Code de 1881). Les lois nouvelles reconduisent expressément le rejet d'enfant majeur (art. 79 de la loi n° 63-022) pour avoir sciemment porté atteinte à l'honneur familial ou pour manquements graves aux devoirs de secours, d'assistance et de respect (art. 80). En droit malgache « l'enfant doit, d'ailleurs, à tout âge honneur et respect à ses père et mère »¹, et « dans l'usage, on admet que la faculté de rejet appartient aux parents lorsque les enfants se conduisent mal ou qu'ils ne respectent pas leurs père et mère »². Le respect a été volontairement introduit par les législateurs français et malgache dans les obligations découlant du contrat de mariage. Les règles de droit ou les normes juridiques prescrivent les comportements à adopter devant une situation sociale et juridique, elles défendent ou permettent de faire, elles protègent l'individu, un groupe social, une institution, ou l'organisation de l'État. Le devoir de respect des anciens, transmis par les générations qui se suivaient n'est pas aussi dépassé par le temps comme l'on aurait pensé, « au foyer ils connaissaient ses parents (et les aînés), dans la rue ils savaient les personnes honorables ; dans la nourriture et à l'heure du repas ils n'ont pas oublié ceux qui les ont donnés la lumière du soleil »³. Le devoir et le respect ne sont pas des figures emblématiques du droit et spécialement du droit de la famille, ils entraînent ou plus exactement constituent en eux-mêmes des obligations juridiques qui se transforment en « actes » comme nous l'avons indiqué à l'instar du droit de la famille de la Constitution juive : « Avec de tels actes, la loi juive garantit aux parents âgés une vie décente indépendamment des sentiments : elle place les relations humaines entre les générations au niveau d'une garantie de dignité où la priorité est l'acte *protecteur* ou *déferent* indépendant des états d'âme »⁴.

¹ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 43.

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 254.

³ Traduit du malgache, in RAZAFINDRAMASINA, « Ny fanajàna teo amin'ny Ntaolo, fanajàna tamin'ny Mpanjaka sy ny Andriana, Fanajàna teo amin'ny ankohonana sy ny ankizy », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*, 1 janvier 1920.p. 46.

⁴ ACKERMANN Liliane, Quelques données sur le droit de la famille dans le Judaïsme, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.p. 24.

468. On reconnaît le caractère sans équivoque des règles de droit, de l'orientation exacte que son nom l'indique, la contrainte qu'il véhicule oblige le « monde » qui l'entoure de l'observer sans distinction de personne ni d'objet, il s'impose, il contraint et il doit sanctionner. Mais « la construction d'une règle peut faire appel à plus d'une disposition. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une disposition énonce une conduite interdite alors que la sanction de la contravention à cette disposition est prévue dans une autre disposition »¹. C'est le cas de l'art. 371 du CCF, consacré depuis plus de deux siècles, qui énonce des comportements à observer, des règles qui régissent les relations entre les parents et les enfants, mais qui ne disposent pas de moyens de sanctions directes ou spécifiques à lui-même depuis le changement d'intérêt à protéger et de la disparition des mesures de coercition qui lui étaient rattachées. Si les sanctions ne sont pas expressément pourvues dans les violations des règles juridiques, alors ces dernières restent emblématiques, voire inutiles, car toutes transgressions à ces règles ne constituent ni des comportements illicites ni des actes répréhensibles.

469. Dans les deux droits malgache et français, l'évolution du droit, conformément à la prévision que la doctrine projeta, confirme la distribution du caractère général d'un droit vers des droits spéciaux suivant chaque domaine ou discipline au détriment parfois du droit commun et des droits fondamentaux. De ces incohérences des dispositions du droit civil dans les deux droits, que nous avons soulevées, il nous semble logique et nécessaire d'accorder les règles et les sanctions que le droit impose, afin de rechercher les sanctions propres à chaque situation de fait créée par la société. Les discours des articles 48 et s. de l'obligation naturelle de la LTGO malgache et la loi n° 63-022 sur le rejet se contredisent, l'art. 371 du CCF se trouve isolé de l'ensemble des obligations familiales du fait de l'inexistence de sanction directe. Notre contribution à l'étude du devoir de respect et spécialement dans les rapports familiaux intergénérationnels, ou vertical montant, appelle nécessairement à identifier, à chercher, à analyser, dans une perspective d'évolution du droit à construire, à transformer et à créer des sanctions correspondantes et envisageables en réponse à des comportements familiaux dépassant la limite de l'acceptable. Sans aucune prétention exhaustive ou complète, nous nous fixons à chercher, analyser, comparer à travers le droit malgache et le droit français une solution, le cas échéant l'apport de tiers regards, une sanction que pourrait appliquer la justice civile indépendamment ou concurremment à la justice pénale. Dès lors, il nous importe de savoir si les ordres juridiques en comparaison partagent l'idée de sanctionner un fait, un acte, un comportement déviant, quels qu'en soient leurs moyens.

¹ CÔTÉ Pierre-André, *Interprétation des lois*, Éditions Thémis, 1999.p. 314.

PARTIE II ÉTUDE COMPARATIVE DU REJET EN

TANT QUE SANCTION DE DROIT CIVIL

470. « On ne peut saisir les traits d'un objet concret quel qu'il soit, on ne peut se faire une idée approfondie de ce qui le caractérise qu'en le rapprochant d'autres objets de sa famille, c'est-à-dire qu'il faut la connaissance de ses similitudes et de ses différences avec d'autres individus du même ordre : on ne connaît qu'en comparant, c'est-à-dire en situant »¹. De même, la méconnaissance d'une Institution, du droit tout court, créée à l'égard des justiciables et des praticiens une problématique, on ne saurait en effet se contenter des discours des uns et des autres, de la loi sans aller au plus profond de son esprit, de son sens et logiquement de son côté pragmatique. Ainsi, nous avons effectué des recherches de terrain pour connaître exactement les cas pratiques de cette sanction civile : le rejet d'enfant, depuis son enregistrement obligatoire jusqu'à nos jours, pour la période entre 1878 et 2021 (presque un siècle et demi d'histoire et de vies sociale et juridique) ; en sillonnant les bureaux de l'état civil, les archives nationales, les archives judiciaires, des greffes des Tribunaux et Cours d'appel des quatre provinces malgaches où l'acte de rejet eut été enregistré ; nous sommes comblés des résultats irréfutables qu'aucun n'a pu réaliser en la matière à notre connaissance.

TITRE I LE REJET MALGACHE

471. De prime abord, le rejet semble sanctionner une faute grave commise par un enfant envers le rejetant qui pourrait être le père, la mère, les ascendants ou d'autres proches parents. « ... En morale comme en religion, la faute est le manquement à un devoir, à une règle... Il serait bien étonnant de ne pas retrouver en droit, une idée semblable, et que la faute juridique ne fût pas la violation d'une règle, d'une obligation juridique... »² La logique des anciens trouva dans la morale un fondement d'une idée utile et nécessaire de sanctionner des comportements antifamiliaux et antisociaux. Un acte d'opprobre ne pouvait passer sans être corrigé, « une tendance profondément enracinée..., pousse l'esprit humain à se poser, pour ses problèmes les plus vitaux, des solutions conclusives... des solutions positives »³.

¹ EISENMANN Charles, *Cours de Droit constitutionnel comparé*, Paris, 1950-1951, p. 12., in ROBIN Maurice, *Droit subjectif et pouvoir fonctionnel*, Thèse, Paris, 1953.

² RABUT Albert, *La notion de faute en droit privé*, Thèse, Paul Cézanne, 1949.p. 19.

³ Préface de Rensi Guiseppe, in COLESANTI Jules, « *Esiste una morale* », *La morale supérieure*, Traduit de l'italien de OSTA Eva, PUF, 1940.p. VII-VIII

CHAPITRE I. La genèse du rejet d'enfant

472. En abordant l'histoire du royaume de Madagascar, nous pouvons marquer cette borne temporelle par le début de l'organisation juridique et de la conquête de l'ensemble du territoire par Andrianampoinimerina : même si elle n'a jamais été atteinte définitivement que par les effets de la colonisation plus tard. Il veilla à ce que le culte des ancêtres, les règles des anciens fussent érigés en règles juridiques dans son royaume. Dans une approche pluridisciplinaire, l'histoire et l'anthropologie du droit nous montrent que le rejet n'est pas une institution méconnue d'anciens droits, le *pater familias* du droit romain et des moyens de sanction à sa disposition dont l'*abdicatio liberorum*, le droit de correction à Athènes reconnut même au père « la faculté de battre son enfant pour se faire obéir »¹ et par l'*apokeryxis*, l'expulsion de la maison paternelle du fils coupable, sans oublier la *foris familiatio* du droit franc² : dont les effets eurent été nombreux ; exhérédation de plein droit, enlèvement du nom qu'il porta dans la famille, anéantissement de l'obligation alimentaire, enfin la rupture du lien de famille³. Ci-après la consécration du rejet en une institution juridique (Section A), de ses usages multiples (Section B) et de ses effets (Section C).

SECTION A. Origine du droit de rejet d'enfant : Le « Kabary » ou « discours royal »

I. La source du rejet d'enfant : la coutume

473. En accédant au trône, le souverain eut pour mission première de rétablir l'ordre après plusieurs années de guerre tribale et de conquête du pouvoir dans la région d'Antananarivo où se trouvant des princes et des chefs de clan éparpillés sur les douze collines faisant remparts et limites du pouvoir de la tribu Merina. Sa philosophie politique se caractérisait par le progrès humain et social, de vaincre la famine par la vulgarisation des terres, etc., surtout de vaincre la paresse et le désordre social qu'il jugea comme la source de tous les maux dans le royaume. Le rejet existait déjà avant le règne d'Andrianampoinimerina (1787-1810), mais il fut en ce temps une institution sociale que juridique, plutôt basée sur la croyance et la superstition d'ordre religieux qu'une sanction aux manquements graves des obligations familiales.

¹ Dion CHRYSOSTÔME, XV, 20, p. 240.

² « Cette institution du rejet d'enfant serait à rapprocher de l'abdication liberorum du droit romain, de l'apokeryxis du droit grec, la foris familiatio du droit franc », in THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache : les lois et coutumes Hovas, Fascicule I ; Le statut personnel, les personnes et la famille*, R. de Comarmond, Jouve & Cie, 1951.p. 179.

³ Pour aller plus loin : JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.

A. La consécration du rejet d'enfant par la législation orale

1) Le rejet d'enfant : une peine privée, une peine comminatoire

474. Le souverain proclama la sanction pour le «*Ni manuha-drai aman-dreni*» (désobéissance des enfants à l'autorité des parents) : les enfants légitimes qui restent sourds aux conseils de leurs pères et mères et répondent de mauvais procédés aux bienfaits qu'ils ont reçus d'eux (*manuhi-babena*) seront vendus comme esclaves, la somme réalisée sera partagée entre les parents et le souverain. « Je n'admettrai jamais que les êtres que vous avez nourris, pour lesquels vous vous dévouez constamment et au profit de qui vous avez économisé tout ce que vous possédez pour mieux assurer leur bonheur futur vous paient d'ingratitude, vous méprisent ou se refusent à écouter vos sages avis. De tels enfants étant indignes d'égards, débarrassez-vous-en en les vendant ainsi que des esclaves. Et pour le «*Ni manuhi-dzuki*» (désobéissance opposée aux aînés ou aux anciens) : les enfants et ceux, en général, qui se montreront irrespectueux à l'égard des aînés et des anciens, qui par leurs paroles, les offenseront, seront tenus de tuer un gros bœuf à titre de réparation. « Honorez vos aînés et les anciens en général, aidez-les à supporter les charges et faites-en de même surtout quand ceux-là sont mes propres parents. Votre manque d'égards et de respect pour ces derniers équivaut à mes yeux à un acte de rébellion contre ma propre autorité »¹.

a. Une peine privée

475. Sanction ou peine ? Privée ou publique ? Châtiment ? Peine afflictive ? La qualification de la nature juridique du rejet d'enfant nous impose à le situer dans ses fonctions et dans ses effets. Une peine privée cachée sous l'apparence d'une réparation de préjudice moral permettra le plus souvent de remédier au défaut d'une peine publique². Nous écartons l'idée d'une peine privée produite de la justice privée de Rome antique soit par la défense privée (défense contre les lésions imminentes), soit par la vengeance (revanche d'un mal qui nous a été causé) soit enfin l'idée de la justice privée dans le sens étroit (appropriation de la chose à laquelle nous croyons avoir droit)³. En effet, le rejet dans sa forme primitive la plus sévère répondit plutôt à une punition qu'une vengeance ou d'une exécution forcée. Le devoir de piété filiale impliquant la solidarité familiale comprend les deux vocations alimentaires et successorales des descendants et ascendants et inversement : une réciprocité effectivement

¹ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.pp. 304-305.

² HUGUENEY Louis, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse, Dijon, 1904.p. 326.

³ VON JHERING Rudolf, *L'esprit du droit romain, Dans les diverses phases de son développement, Traduction Meulenaere Octave, Tome I, 3^e édition, Forni editore Bologna, 1888.p. 126.*

liée au for intérieur du devoir familial ayant des conséquences de causes et de sanctions suivant les contextes. L'aspect pénal du rejet s'est manifesté dans la privation de liberté et dans celle du droit successoral : ce qui caractérise en effet le rejet comme une peine privée puisqu'il sanctionne les manquements aux règles régissant les relations privées et il est prononcé par une personne privée sans en recourir à l'autorité publique. Autant de questions se posent pour essayer de caractériser cette institution atypique malgache d'origine coutumière, qu'il revenait à la personne privée de l'appliquer d'après un discours oral de l'autorité royale. Les peines publiques existaient bel et bien, prévues et prononcées par le souverain lui-même, mais il laissa le soin aux pères de lui représenter dans la famille et de prononcer la sentence à sa place. Curieux ! Le phénomène de peine privée a été démontré par M. Hugueney d'une époque où elle régnait sur tout le droit : « ... la peine privée s'est vue dépouillée de son antique splendeur..., jusqu'au jour où... nous nous sommes aperçu que le domaine de la peine privée ne se bornait point à l'amas de quelques ruines, mais qu'il était devenu aussi la carrière, d'ailleurs fort riche, d'où souvent les tribunaux, parfois le législateur, tiraient consciemment ou inconsciemment, la matière de leurs constructions..., un peu étrange au seuil du XX^e siècle, d'une notion qu'on avait crue morte et qui n'était peut-être qu'endormie »¹. Ce que M. Jhering avançait déjà : « de toutes les notions du droit, celle de la peine est la plus importante au point de vue de l'histoire de la civilisation. Tel est le reflet de la pensée et du sentiment du peuple à une époque déterminée ; elle donne le niveau exact de sa moralité, et, semblable à une cire molle, elle reçoit et garde fidèlement l'empreinte de toutes les phases du développement moral de la nation »². Nous nous bornons à soulever cet aspect pénal et à qualifier le rejet d'enfant sans entrer dans la controverse doctrinale sur l'idée de peine privée et de peine civile qui serait susceptible d'embrasser toutes les peines dont l'effet se réalise par le seul emploi de moyens tirés du droit civil³, de délit privé⁴ et délit public, de peine privée et peine publique.

¹ HUGUENEY Louis, pp. II. III

² VON JHERING Rudolf, *Études complémentaires de l'Esprit du droit romain, Vol. I, De la faute en droit privé* [en ligne], Maresq Ainé, 1880, p. 3.

³ HUGUENEY Louis, p. 15.

⁴ D'après M. Massin, dans sa théorie des astreintes : « il serait raisonnable d'admettre qu'à côté du délit public, de l'offense faite par l'individu à la société, il faille tenir compte aussi du délit privé qui parfois l'accompagne et plus souvent se réalise sans lui », *De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire*, Thèse, Paris, 1873, p. 439-443. In *Ibid.* p. 55.

b. Une peine comminatoire par la privation de liberté

476. Face au rejet du droit malgache, le citoyen est effrayé : l'enfant « de tout âge » surtout devant la puissance incommensurable de cette institution : une épée de Damoclès suspendue sur la tête de chaque enfant, une peine comminatoire, une menace susceptible de frapper à tout moment. Une peine lourde de conséquences, puisqu'elle peut frapper la liberté, le patrimoine sans minimiser les autres domaines touchés directement ou indirectement par elle. Sous la menace d'une telle peine, l'enfant veille à ne pas porter atteinte à la personne et aux biens, à l'image¹ et à l'honneur de ses parents, de sa famille, de son groupe familial, de sa tribu et encore moins à tout ce qui représente l'autorité royale. La peine privée parfaite s'entendait s'appliquer à l'état primitif de vengeance privée où tout serait laissé au caprice de l'individu : « ... la peine privée, en face de la violation de la règle posée par l'individu et n'intéressant que l'individu, affirme, par le caractère individuel de la sanction, l'existence de cette part qui, dans la création du droit, revient à la libre volonté des individus »² qui la choisira lourde ou légère, corporelle ou pécuniaire et d'en poursuivre l'application suivant les cas, huissier ou bourreau. Nous confirmons l'origine du rejet d'enfant comme étant une peine privée, exercée par son titulaire et suivant son état d'esprit, suivant la gravité de l'acte, pouvait s'appliquer corporellement ou pécuniairement. Mais comme l'application de la peine est rattachée à la volonté de son titulaire, un droit sur les personnes, elle est néanmoins susceptible de révocation contrairement aux peines publiques. Un autre caractère comminatoire de faire appel au droit pénal pour prévenir un droit civil : phénomène de peine privée dont la transformation par l'intégration ou par la désintégration de tel ou tel droit finissait par créer un autre droit intermédiaire, que lui-même dans l'évolution et la perfection pour ne pas froisser les esprits des uns et satisfaire ceux des autres, a cédé sa pertinence plus tard à la réparation, et au principe « *damnum emergens, lucrum cessans* ».

477. La privation de liberté sans qu'un délit majeur, un crime n'eût été commis ne constituait-elle un droit injuste où la formule de Cicéron, « *Summum jus, summa injuria* »

¹ « L'image, c'est le signe caractéristique de notre individualité, c'est l'empreinte externe de notre moi. C'est par elle que nous produisons sur les personnes, avec qui nous rencontrons en contact, les sentiments divers de sympathie, d'indifférence ou même d'antipathie ; c'est elle qui détermine bien souvent la cause principale de notre succès ou de notre insuccès », traduit de l'italien de DEGNI François, Les personnes physiques et les droits de la personnalité, in VASSALI F., Traité de droit civil, vol. 11, tome I, Turin, 1939, p. 201. in RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978.p. 23.

² HUGUENEY Louis.pp. 3 et 325.

trouve la pertinence de son application ? Nous pensons évidemment injuste, exorbitant, ce droit de vendre, de céder la « propriété » d'un individu, d'un fils, le châtiment est impensable, condamnable sans aucun doute de notre époque. Un abus de droit de la puissance paternelle, mais aussi maternelle puisque la mère pouvait rejeter l'enfant désobéissant ou paresseux : le maintien de telle forme de rejet créerait sûrement l'indignation. La peine privée de caractère pénal trouvait sa place dans le droit traditionnel écrit puisqu'à côté du droit de correction reconnu aux parents d'attacher ou de « lier l'enfant », il existait une peine en matière civile qu'est la contrainte par corps prévue par les articles 10 et 231 du code de 1881¹, retenue pareillement dans les procédures d'exécution en matière civile et en matière répressive² indigène : ce droit excessif était néanmoins toléré par les autorités coloniales³.

c. À l'instar des lettres de cachet

478. En France, l'histoire du droit de correction de la puissance paternelle nous montre la sévérité des règles d'où les contestations et décisions de justice qui l'adoucissaient, enlevant notamment le droit à la vie ou à la mort du père sur ses enfants, ainsi que l'incarcération arbitraire⁴ des enfants de moins de 25 ans¹ ou encore des punitions et châtiments corporels.

¹ Art. 231 du code de 1881 : « Si dans un procès ayant pour objet la revendication de biens, la partie succombante ne peut, dans des délais fixés par les juges, opérer la remise de ces biens à la partie gagnante, leur valeur sera prélevée sur les biens lui appartenant en propre, et, au cas où ceux-ci seraient insuffisants, la partie succombante sera mise aux fers à raison d'un sikajy par jour jusqu'à concurrence de la différence entre la valeur de ses biens et celle de ceux à parfaire. »

² A.G du 8 septembre 1909, art. 20 et s.

³ L'art. 37 de l'arrêté du Gouverneur général du 9 mai 1909 réaffirme sa positivité selon la coutume : « La contrainte par corps peut être exercée conformément aux coutumes malgaches... », en l'occurrence sur les amendes en matière civile dans les formes et conditions en matière répressive (art. 136 du même arrêté).

Arrêté du Gouverneur général du 8 septembre 1909 sur la contrainte par corps en matière civile et en matière indigène, art. 5, et l'art. 2 où à défaut de paiement d'une dette par le débiteur (de sexe masculin et de 16 ans révolus et moins de 60 ans,) et suite à un arrêt ou un jugement devenu définitif, le créancier pourra demander à faire exécuter un arrêt ou un jugement par la contrainte par corps où la peine de prison ne pourra excéder un an et à raison de 1fr par jour de détention. Toutefois, la décision qui autorise la contrainte par corps doit être motivée, constatant soit la mauvaise foi du débiteur, soit de sa négligence et après avoir opéré la saisie et la vente de ses biens : la procédure exige aussi que la décision d'incarcération doive être notifiée au débiteur et ne peut être exécutée qu'après cinq jours de cette notification.

⁴ Journal des audiences, t. IV, p. 660 : « Les prisons publiques se refermaient très facilement sur les enfants de famille que leur père voulait corriger des désordres d'une jeunesse déréglée »... « Des enfants tout jeunes étaient internés en compagnie de prisonniers de droit commun qui achevaient de les pervertir », in JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.p. 61.

L'origine des lettres de cachet remontait à l'Ordonnance d'Orléans de 1560, « personne n'ignore que les lettres de cachet sont quelquefois employées à d'autres usages... [Lettres émanées du roi, signées de lui, contresignées d'un secrétaire d'État, écrites sur du papier simple]... »², en l'occurrence l'exercice de la puissance paternelle pour faire emprisonner les enfants désobéissants ou ayant des comportements déviants. Ce pouvoir de correction eut été étendu à la mère par une ordonnance de 1684, ainsi une autre ordonnance³ de Compiègne du 15 juillet 1763 autorisa même les parents, donc le père et/ou la mère, à demander la déportation à la Désirade des enfants ayant des comportements déviants ou perturbant gravement l'honneur et la tranquillité de leurs familles. Contrairement aux enfants incarcérés qui ne pouvaient pas faire l'objet de grâce par les parents pour sortir des prisons, les déportés pouvaient revenir en France si les parents le souhaitent, enfin les enfants incarcérés ne furent libérés que sur décisions des directeurs des maisons de force ou de corrections. Les lettres de cachet eurent été utilisées également pour réprimer les injures et les diffamations⁴ : emprisonnement arbitraire, sans procès, sans une véritable enquête, niant toute présomption d'innocence et du droit à la défense : la procédure du contradictoire et de la preuve contraire.

479. Tout particulièrement, dans le domaine familial qui nous intéresse, « de ces lettres viennent des histoires de divorce et de conflits conjugaux, d'égarements sexuels, d'extravagance imprudente et d'abandon. Les lettres évoquent un espace social fluide dans lequel la vie au foyer et dans la rue était rythmée par les rythmes des relations entre maris et femmes, ou parents et enfants. Plus impressionnant encore, ces lettres décrivent comment des gens ordinaires se sont emparés des mécanismes du pouvoir pour s'adresser au roi et faire des demandes au nom d'un ordre civil naissant... »⁵. Les auteurs relatent les objets de ces lettres

¹ Arrêts de règlement du 16 mars 1673 ; 14 mars 1678 ; 27 octobre 1696 ; 27 octobre 1697.

² MIRABEAU Gabriel-Honoré de Riquetti, *Des lettres de cachet et des prisons d'état* [en ligne], Hambourg : [S.n.], 1782.p. xij.

³ Relative aux « jeunes gens de famille tombés dans le cas de dérangement de conduite, capables d'exposer l'honneur et la tranquillité de leurs familles, ou pour lesquels ils auraient été repris de police, sans cependant s'être rendus coupables de crimes dont les lois ont prononcé la punition ».

⁴ FUNCK-BRENTANO Frantz, *Les lettres de cachet à Paris, étude suivie d'une liste des prisonniers de la Bastille (1659-1789)*; [en ligne], Paris, Imprimerie nationale, 1903. ; PUIS Auguste, *Les lettres de cachet à Toulouse au XVIII^{ème} siècle : d'après les documents conservés aux archives départementales...* [en ligne], CHAMPION Edouard - PRIVAT Edouard, 1914. ; FABRE Paul (01) Auteur du texte, *Des lettres de cachet / par Paul Fabre* [en ligne], Imprimerie J.B Perdraut, 1878.

⁵ FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *Disorderly families* [en ligne], Minneapolis, MN : University of Minnesota Press, 2016.

dans le cercle familial sur la ruine dans le ménage par la débauche ou par l'emprisonnement des femmes dans le rapport conjugal à cette époque où le concubinage eut un caractère honteux. Si la femme tombe enceinte sans être demandée en mariage, l'enfant qui naissait dans ce statut fut déconsidéré tout comme les relations hors mariage par la société, ce qui entraîna éventuellement par la suite de doléances adressées au roi pour en faire connaître la situation de mensonge ou d'abandon. La violence intrafamiliale fut également une cause de ces lettres adressées au roi ayant entraîné l'internement du « dénoncé coupable » sans aucun procès digne de ce nom, à l'égal des plaintes pour mauvais apprentissage ou d'éducation familiale, qui permettaient aux parents d'incarcérer un enfant pour mauvaise conduite ou pour déshonneur familial. Bref, la gravité des conditions et des effets des lettres de cachet découle de l'obscurité et du vide juridique de fond de cette institution dont l'abus se manifesta par l'application d'une peine privative de liberté sur simple dénonciation voire un mensonge. L'exemple le plus marquant de l'histoire des lettres des cachets et de la suppression de la puissance paternelle pour les majeurs qui datent du commencement de la Révolution française est celui de Mirabeau : « l'un des grands orateurs de la Constituante, emprisonné, à la suite de diverses incartades, successivement au château d'If, au fort de Joux puis au château de Vincennes, sur lettres de cachet obtenues par son père »¹. L'usage des lettres de cachet dans le cercle familial eut comme finalité de réprimer un acte d'opprobre, des désordres des enfants² et d'épargner le secret familial, les conflits et les drames familiaux des jugements d'autrui. Depuis l'atténuation de la puissance paternelle, le droit de faire incarcérer un enfant par le père arbitrairement, sans condition préalable, nécessita soit l'autorisation judiciaire³ pour le père qui se remaria ou pour la veuve mère, soit par les lettres de cachet remises du pouvoir royal après une enquête de l'intendant du palais. Cependant, comme la vieille institution du droit franc « *foris familiatio* », les lettres de cachet selon Malesherbes « ... étaient une grâce » pour la famille permettant de se désolidariser de l'infamie d'un de ses membres : l'infamie⁴ est attachée à la seule perpétration d'un délit, pas à la condamnation judiciaire : les lettres de cachet eurent été abolies au lendemain de la Révolution par la loi du 26 mars 1790.

¹ LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Editions Dalloz, 2010, pp. 192-193.

² SIEW-GUILLEMIN Anne-Sophie, *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux* [en ligne], Thèse, Côte d'azur, 2017, p. 9.

³ Grande loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire

⁴ Pour la comparaison de l'« *homo sacer* » ou de la peine du « *sacer* » comme une suite immédiate du délit et l'infamie, VON JHERING Rudolf, *L'esprit du droit romain, Dans les diverses phases de son développement*, Traduction Meulenaere Octave, Tome I, 3^e édition, Forni editore Bologna, 1888, p. 286.

2) Le rejet d'enfant : une privation de droit patrimonial

480. Une peine pécuniaire dont le profit tangible ne laisse planer aucun doute sur la personne du bénéficiaire¹, c'est-à-dire le rejetant, et que le rejeté doit payer le prix de sa vente pour recouvrer son statut d'homme libre. Ce qui suppose que la sanction en conséquence des actes graves du rejeté se transforme en une réparation pécuniaire du dommage qu'il a causé à ses parents, à ses aînés, à sa famille, à sa tribu ou à sa communauté. Le patrimoine du rejeté souffre ainsi de cette contrainte pécuniaire qui faute d'être soldée reste en une contrainte par corps. Il va sans dire que le rejet d'enfant entraîne une perte de gain potentiel pouvant affecter dans le futur le patrimoine du rejeté et inversement une perte de droit au patrimoine du rejetant. La volonté de la personne du rejetant prime à l'application systématique de cette sanction pécuniaire que nous qualifions de peine privée du fait du seul arbitre du rejetant et non de la personnalité de la peine : c'est lui qui décide s'il doit appliquer ou pas la sanction et non point les autorités publiques. Par ailleurs, le rejet contenu dans un testament était très fréquent : le testament était alors oral et public puisque le fokonolona et les membres de la famille devaient être présents pour entendre la volonté du testateur ou du donateur. La règle était simple et efficace, une seule condition : « ne pas aller à l'encontre de la volonté de celui qui teste », c'est le principe du *Masi-mandidy* du droit patrimonial malgache, un principe sacré que nous verrons plus loin sous une autre forme qu'est l'écriture en comparant effectivement l'exhérédation et le rejet : deux sanctions privatives de droit patrimonial.

3) La privation de droit patrimonial en droit français.

481. Deuxième, sinon effet par ricochet du rejet d'enfant à caractère patrimonial, la déchéance au droit à la succession du rejeté est une peine privée². La privation de droit à la succession du rejeté évite au rejetant de consacrer une part de son patrimoine au rejeté, donc l'appauvrissement, mais peut aussi bénéficier aux victimes collatérales de l'acte dommageable du rejeté, telles que les parents les plus proches. La déchéance de droit est considérée comme une peine privée par M. De La Grasserie³, l'idée n'est pas de réparer les

¹ HUGUENEY Louis, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse, Dijon, 1904.p. 13.

² En ce sens, COSACK écrit : « Les peines privées se distinguent des peines criminelles spécialement par ce fait qu'elles tendent toujours à une prestation pécuniaire et d'autre part qu'elles ne sont pas attribuées à l'État ou à un établissement public, mais à la victime ». (Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1899, t. Ier, § 93). Hugueney L. dit que l'expression « prestation pécuniaire » lui paraît trop étroite en ce sens qu'elle tendrait à exclure du domaine de la peine privée les peines consistant en simples déchéances, in *Ibid.*p. 16.

³ DE LA GRASSERIE, *Revue Critique*, 1897, p. 37, in *Ibid.*p. 107.

dommages causés par le versement d'une somme d'argent, mais plutôt dans la privation de droit dans le futur qui comportera une valeur patrimoniale, d'une incapacité à jouir d'un droit à la succession ou de déposséder le gratifié par la révocation d'une donation : une peine par transfert de propriété, une peine cachée, une peine latente¹ selon M. Binding sur le droit commun allemand. Il en est de même pour l'indignité successorale des articles 727 et s.² mais contre toute attente M. Hugueney l'excluait de la peine privée pour « ..., croyons-nous, ne mérite guère d'être retenue : si elle se réalise par les moyens du droit civil, et s'attire par là le nom de pénalité civile ». Si l'intérêt de l'héritier appelé par représentation à défaut de l'indigne ne fut pas touché, l'héritier n'est puni par le législateur que de son délit : question de responsabilité³. Ce qui nous laisse perplexes dans sa démonstration, car son idée même déterminait le phénomène de peine privée par l'application d'une peine aux confins des peines publiques et des sanctions de droit civil : et de son côté, le législateur se substitue à la victime pour appliquer de droit l'indignité successorale, s'occupant ainsi des intérêts privés pour réprimer les atteintes à la vie de la victime. Enfin, en matière successorale, la peine privée se voit dans l'application de la double peine du recel selon l'art. 792 du CCF, déchéance du pouvoir d'option et privation de la part légitimement échue sur les biens recelés, contre l'héritier coupable d'avoir diverti ou recelé des effets d'une succession. Les caractéristiques de ces peines privées sont complétées par la volonté de la personne de mauvaise foi⁴ ou munies de manœuvres dolosives⁵, ainsi que par le principe de la personnalité des peines⁶ notamment par la révocation de la donation pour ingratitude.

B. Le fondement métajuridique du rejet

1) Fonctions prophylactique et sociale du rejet

a. Aspect social du rejet

¹ *Ibid.* p. 125-126.

² DE LA GRASSERIE, *Revue Critique*, 1897, p. 39, in *Ibid.* p. 127 et s.

³ *Ibid.* p. 145.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, du 25 octobre 2017, 16-21.136, C.A de Bastia du 25/05/2016 ; Cass. Civ. 1^{re}, du 23 septembre 2015, 14-21.135, Inédit, C.A de Douai du 17/02/2014 et du 16/06/2014 ; C.A Rennes, 24 Juin 1840, P. 43, I, 549..

⁵ Cass. 5 février 1895, D. P., 95, 1, 200 applique au recel d'effets successoraux « toute manœuvre dolosive, toute fraude qui a pour but de rompre l'égalité du partage », HUGUENEY Louis. p. 131 et s.

⁶ MALAURIE Philippe et BRENNER Claude, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ-Lextenso, 2018.p. 281.

482. On dit souvent que le droit doit suivre la réalité sociale et non l'inverse, ainsi le droit se voit « comme produit et ordonnateur de la société »¹. Il importe d'avoir un aperçu du droit selon l'influence que la société peut exercer sur lui et inversement ce que le droit peut apporter à la société. Le rejet semble bien, au point de vue sociologique et par son caractère prophylactique, éviter une anomie : « désorganisation sociale résultant de l'absence de normes communes dans une société (notion élaborée par Durkheim)². Même l'« anti-sociologue » (comme on le qualifie souvent) Kelsen dit : « qu'il est évident, du reste, que les faits de conduite humaine font également partie intégrante de l'ordre de la nature »³ : en effet, la transgression de l'ordre de la nature fait l'objet principal de la sanction que porte le rejet. Des conduites antisociales, des comportements contraires aux valeurs morales collectives ne pouvaient pas être dépourvus de sanctions : c'est l'ordre social qui est ébranlé par ces comportements inappropriés dont la répétition affecte nécessairement la paix sociale. Les anciens faisaient un usage, une habitude, un comportement à chaque interaction avec les siens ou avec les tiers d'une conduite respectueuse du « *Fihavanana* », de ne pas porter volontairement préjudice à autrui. Une règle sociale est née, une norme par la suite devient une coutume juridique par sa répétition et son adéquation à la population du territoire : le souverain en faisait une de ses priorités de légiférer la sanction aux manquements à la coutume, il eut été intransigeant sur l'ordre social et la discipline dans le milieu familial.

b. Fonction pédagogique du rejet d'enfant

483. « Espérance de nombreux couples, l'enfant tend à devenir l'axe autour duquel s'organise la famille... ses parents doivent l'éduquer, c'est-à-dire lui transmettre les connaissances et règles essentielles pour qu'il puisse, un jour, les quitter et fonder à son tour, une famille »⁴. Des mesures coercitives les plus sévères existaient en droit traditionnel malgache, si la vente de l'enfant à l'esclavage existait dans les règles coutumières orales, nous n'avons pas trouvé au cours de nos recherches l'application effective de ce dispositif jugé « barbare » plus tard, il est vrai que nous pouvons le considérer ainsi. À côté de cette règle impensable existait le rejet d'enfant qui prive ce dernier de tous ses droits, y compris de son « identité familiale », car l'enfant rejeté était considéré comme un étranger vis-à-vis du

¹ ROBIN Maurice, *Droit subjectif et pouvoir fonctionnel*, Thèse, Paris, 1953.p. 6.

² LAROUSSE Éditions, « Définitions ». Du grec anomia, désordre.

³ KELSEN Hans, « Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, t. IV », 1926.p. 234.

⁴ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p.493.

rejetant. La force de cette institution juridique pesa sur la tête de tout enfant et de tout âge, par sa seule présence et que « l'éventualité de son application suffisait, la plupart du temps, pour ramener le rebelle dans le devoir »¹. Le rejet revêt les habits d'une sanction pénale et par conséquent prend ses éléments caractéristiques, dont sa fonction prophylactique ou préventive. « La famille est un lieu d'élaboration de l'identité de la personne humaine, tant sur le plan psychique, sexuel que social. La loi exerce, en matière familiale, un rôle exemplaire et prophylactique. C'est à elle de dire ce qui est autorisé et ce qui est interdit, à tracer la frontière entre ce qui est « bien » et ce qui est « mal » »², cette idée reflète le rôle des parents dicté par la loi dans l'éducation³ de l'enfant, si elle a été diffusée dans un contexte de l'interdiction de l'inceste, elle n'est pas moins valable pour délimiter l'éducation que la loi attend des parents.

484. En France, cette obligation de nourrir, entretenir et élever des enfants provient de l'effet du mariage (art. 203 du CCF) et s'étend à tous les parents⁴ même hors mariage. L'obligation des parents d'éduquer les enfants⁵ tire son fondement dans les art. 371-1 al.2 et s., à maintes reprises modifiés (dont le droit de correction paternelle, anc. art. 375). Éduquer est conduire l'enfant de sa dépendance vers l'indépendance ou hors de la dépendance, l'éducateur qu'est l'État pour les citoyens et les parents pour les enfants mineurs doivent ainsi donner les connaissances nécessaires, les instructions pour que leur protégé soit apte à affronter la société et la vie au moment où il deviendra adulte et responsable prêt à prendre à son tour l'éducation de ses propres enfants : le rejet est assimilé à l'ancien droit de correction.

2) Aspect économique du rejet

485. Les données géographique et économique nous permettent d'affirmer que l'économie malgache était au moment de la conception des institutions du devoir de respect aux aînés, de l'adoption et du rejet, une économie vivrière et fermée. L'essentiel de la production sur l'île du XVIe au XVIIIe fut d'assurer la survie de sa population, certes Madagascar dispose des milliers de kilomètres de côte accessible par la mer, seulement compte tenu de son insularité, les échanges commerciaux ne furent pas d'une ressource économique conséquente et se résumaient aux activités de pêche traditionnelle et nourricière, aux achats d'armes et

¹ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 46.

² BATTEUR Annick, « L'interdit de l'inceste. Principe fondateur du droit de la famille », *RTDCIV.*, 2000. 759.

³ Du latin *educatio* de « *educare* », élever, nourrir in CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022.p. 383, éduquer vient du mot latin « *ex ducere* », conduire hors de....

⁴ C.A Versailles. 3 Oct. 1996, D. 1998, somm. 30, obs. F. Granet

⁵ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p. 565.

d'accessoires militaires. Dans la société primitive malgache, l'organisation économique impliquait la réunion des individus autour de l'affaire familiale, parfois étendue à la grande famille et au clan. L'État royal n'intervenait pas directement dans la direction économique du pays : cependant, même si les souverains imposaient la participation de tout un chacun pour la construction des infrastructures publiques en vue d'étendre la possibilité de produire davantage suivant l'évolution démographique ; la force économique restait entre les mains de chaque famille, de chaque « père de famille », chef d'une entreprise agricole familiale soucieux de nourrir sa famille avant tout, avant de produire et de distribuer aux autres membres de la communauté. La force exorbitante du rejet fut attribuée au père, le cas échéant à la mère ou à l'aîné de famille de veiller à ce que tous les membres de la famille participent aux tâches qui s'imposent, faute de quoi elle pourrait frapper mal et n'épargne aucun enfant.

486. Il est à noter que les parents ne pouvaient user cette force du rejet pour se faire entretenir par les enfants alors qu'ils avaient l'âge et la santé pour travailler, en revanche cette forme d'imposition au travail et à la participation aux besoins de la famille faisait ses résultats sans doute puisque la famine et la sécheresse eurent été vaincues. « Les hommes d'un même groupe social sont solidaires les uns des autres... parce qu'ils ont des besoins communs auxquels ils ne peuvent assurer que par la vie commune [solidarité par similitudes], parce qu'ils ont des besoins différents et des aptitudes différentes et qu'ils assurent la satisfaction de leurs besoins par l'échange de services réciproques [solidarité par division du travail] »¹ : « *Izay tsy mahay sobika, mahay fatam-bary* » dit-on en malgache, qui ne sait pas tisser une soubique (panier tressé) sait forcément fabriquer un réchaud pour cuire le riz : l'économie vivrière devenait une économie à part entière : productive, distributive et consommatrice. Nous imaginons qu'en présence de la sévérité du rejet d'enfant, l'économie malgache ne connaissait ni le chômage ni le problème d'atteindre le plein emploi que nous connaissons.

3) Aspect politique du rejet

487. Nous avons vu comment les discours du roi généraient du droit, et comment il imposa les règles régissant les relations entre les personnes privées et celles avec le royaume. La politique du pouvoir royal étant basée sur la lutte contre la famine et l'anarchie, une politique utilitariste loin du déterminisme (système reconnaissant les phénomènes de la nature comme nécessairement produits de causes et d'effets : les raisons « forces » de détermination de

¹ DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif*, p. 80-81, op. cit. *Le système réaliste et positif de Duguit*, in GÉNY François, *Science et technique en droit positif, Tome II, Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »)*, Recueil Sirey, 1915.p. 201.

l'homme raisonnable et conscient) ou le libre arbitre (liberté de choix). Le souverain justifia la politique royale par cette utilité immédiate et absolue de remettre de l'ordre dans la vie sociale en motivant les individus à travailler. Les règles en vigueur dans le royaume ne faisaient pas du déterminisme pour distinguer du mal et du bien ou du moralisme kantien, mais seulement et uniquement de l'« utilitarisme »¹, « une manière de poser le problème, mais non pas de le résoudre »² disait M. Colesanti en avançant que « ce qui est utile qu'il faut faire » en opposition également avec l'inutilité de ce qui veut être utile à toute chose et à tout le monde. Mais cet utilitarisme du souverain, au sens de percevoir le bonheur ou le plaisir par la diminution de la souffrance de son peuple, véhicula sa politique dans la construction de sa législation orale et coïncide également avec une part de la philosophie des moralistes depuis Machiavelli et Montaigne jusqu'aux modernes, Descartes en passant par Bacon, etc. En effet, si les moralistes formulaient leur conclusion en se fondant sur des « idées vieilles, bien que remises à neuf et colorées de christianisme et de l'égalitarisme »³, la philosophie politique et juridique du souverain se fonde dans les règlements des problèmes d'ordre institutionnel, d'ordre social sur ce qu'il jugeait utile à son peuple et par la force morale de la reconduction des règles ancestrales et coutumières. Et ce, aux fins de renforcer entre autres son autorité, la hiérarchie qui s'impose dans son royaume et notamment de supprimer toutes les guerres intestinales tribales qui touchaient précédemment le territoire royal allant jusqu'à l'anarchie voire une anomie. Bref, l'utilitarisme moral et politique du souverain définissait un but à atteindre sans le moindre doute en posant comme règles du royaume des préceptes moraux qui ne sont pas une résolution en-soi même des problèmes d'ordre institutionnel ou d'ordre social, mais un moyen d'atteindre un but direct ou indirect des règles morales : celle d'éloigner et de vaincre la souffrance, le malheur de son peuple. Titulaire d'un pouvoir totalitaire, le souverain n'en était pas moins un politicien et un moraliste : sa théorie utilitaire, il ne l'avait pas seulement pensé et conseillé, il en prescrivait et réprimandait les transgressions pour devenir des règles du royaume, en expliquant d'une manière assez claire et précise les

¹ MILL John Stuart, *L'utilitarisme*, Alcan Félix, 1889. « L'école de morale intuitive aussi bien que celle qu'on peut appeler inductive, insiste sur la nécessité des lois générales » p. 4 et rajoute dans sa théorie du bonheur ou théorie utilitaire qu'« Aucune école ne refuse d'admettre l'influence des actions sur le bonheur comme une considération essentielle et prédominante dans beaucoup de détails de morale ; cependant, beaucoup refusent de faire de cette influence le principe fondamental de la morale et la source de l'obligation morale ». p. 6.

² COLESANTI Jules, « *Esiste una morale* », *La morale supérieure*, Traduit de l'italien de OSTA Eva, PUF, 1940.p. 3-4.

³ *Ibid.* 2-3.

tenants et aboutissants des règles morales. À ce moment de l'histoire du rejet d'enfant, le souverain l'utilisa comme sanction effectivement sévère : « ... un acte particulièrement grave et exorbitant à bien des égards. Il n'existe dans aucune législation moderne, ni même dans les coutumes de ces peuplades indo-océaniques si proches cependant des Malgaches par bien des aspects »¹. À l'instar de l'histoire de la coutume juridique en France² : « bien que de nombreux éléments puissent concourir à donner de l'unité à un espace géographique, le vecteur essentiel paraît d'essence politique »³, les coutumes naissent, s'adaptent dans un endroit donné, organisent la société : parfois transformées, anéanties par le pouvoir politique.

II. Les titulaires du rejet

488. Les titulaires du droit au rejet étaient désignés comme toutes personnes ayant un lien de filiations biologique ou adoptive, la règle s'étendait à celles qui ont exercé la puissance paternelle ou plutôt la puissance parentale puisque la femme mère disposa de sa capacité juridique, « une égalité juridique entre maris et femmes [réelle, mais pas une tendance] au remplacement de la puissance paternelle par la puissance parentale et finalement à l'édulcoration de cette dernière »⁴ : il s'agit des père et mère, des tuteurs, des adoptants, des aïeux et aïeuls, la famille élargie, voire même de la communauté dans les cas extrêmes.

A. Les père et mère

489. Logiquement, le rejetant devait être le père ou la mère, conjointement ou individuellement : en effet, il existait bien des cas d'après notre investigation que seul le père ou seule la mère rejette l'enfant. Dans ces cas, le rejet d'enfant ne produisait ses effets qu'entre-le rejeté et le rejetant : si le père seul rejette l'enfant, ce dernier garde son lien de filiation avec la mère et vice-versa. Le droit de rejet, rattaché à l'exercice du droit de correction, depuis son institutionnalisation appartient aux père et mère biologiques⁵, il

¹ BAPTISTE Paulin, *Le rejet d'enfant à Madagascar* [microfiche], Paris, 1955.p. 2.

² Nous pouvons citer quelques références de coutume territoriale : celle d'Anjou au XI^e siècle, celle de Paris au début du XIII^e siècle comme celle de Champagne, de Poitou, etc.

³ LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 100.

⁴ CONSTANTINESCO Léontin-Jean, *Traité de droit comparé, Tome II, La méthode comparative*, L.G.D.J, 1974.p. 305.

⁵ Actes n° 171 et n° 172 du 14 mai 1925 à Tananarive-Ville : la mère et le père rejettent individuellement leur fils légitime de 21 ans en précisant que : « Je rejette [...], ne sera plus considéré comme mon fils et n'hériterait de rien de ma part à cause de ses mauvaises conduites, du mépris des conseils parentaux, de ses manquements aux devoirs de respect et d'honneur des parents et ascendants, de son ingratitude... » ; conjointement pour les mêmes

répondit exclusivement aux manquements des enfants, majeurs ou mineurs, à leurs devoirs de respect et d'honneur envers les parents et la famille. Mais en dehors de ce fondement du rejet comme pouvoir de sanction de la puissance paternelle, le rejet d'enfant eut été utilisé comme un moyen de désavouer la paternité¹. De plus, il eut été largement usité pour révoquer une adoption : le droit de rejet d'enfant est étendu aux père et mère adoptifs, et aux parents naturels. Enfin, nous avons vu que les Malgaches ne faisaient pas de différence entre enfant légitime et naturel : tous les enfants étaient accueillis sur un même pied d'égalité dans la famille. Ce qui nous laisse penser que le père qui ne figure pas sur l'état civil de l'enfant naturel peut demander l'enregistrement de rejet d'enfant à l'officier de l'état civil, soit conformément à l'exercice de la puissance paternelle, soit pour désavouer la paternité.

B. La famille : les tuteurs, adoptants, aïeux et aïeuls

490. Il en ressort de nos recherches de terrain que le rejet fait par la famille, notamment les tuteurs, les grands-parents contrairement aux actes de rejet par l'adoptant, était relativement rare. En ce qui concerne les aïeux et aïeuls, si un de leur enfant décède laissant derrière lui des progénitures, les grands-parents avaient le droit de rejeter un de leurs petits-enfants s'il est avéré que l'inconduite de la femme et selon les règles coutumières de la gestation prouve que leur fils ne pourrait être le père². C'est un exemple du fait de la faute grave de la mère, mais non de l'enfant rejeté lui-même, cependant au cas où les grands-parents détiennent la puissance paternelle, ils pouvaient rejeter l'enfant orphelin de père et mère selon le comportement de ce dernier envers eux et envers la famille. En effet, si les « parents sont décédés, la famille peut prononcer le rejet »³, d'une part, par le fait que l'enfant ne respecte pas la volonté de ses pères et mère décédés (c'est dans ce cas précis que les effets du rejet entraînent l'exclusion effective de la famille entière), il deviendra alors un étranger à elle. D'autre part, si un enfant naissait dix mois après la mort de son père, la famille de ce dernier pouvait rejeter l'enfant. Le devoir de respect aux aînés trouve tout son sens dans cet exemple

motifs le père et la mère rejettent un fils de 27 ans, actes n° 229 et 230 du 22 décembre 1928 à Tananarive-Ville ; pour le motif de manquement d'affection : « Tsy tia ahy... » (ne m'aime pas), acte n° 503 du 11 mars 1901 à Tananarive-Ambohimanarina, acte n° 19 du 29 août 1914 à Tananarive-Ambohimanarina.

¹ Acte de rejet n° 226 du 19 décembre 1921 à Tananarive-Ville (fille légitime de 5ans) ; n° 13 et 14 du 15 septembre 1927 à Majunga-Ville (les deux enfants naturels, frère et sœur, rejetés avaient 6 et 8 ans) ; n° 15 du 9 août 1939 (enfant légitime de 4ans), n° 157 du 23 novembre 1956 (enfant naturel de 4 ans) ; acte n° 71 du 13 juillet 1956 (fille légitime de 7 ans) à Tamatave-Ville.

² GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 41.

³ BERTHIER Hugues, *Droit civil malgache*, [s. n.], 1930.p. 72.

où l'enfant doit du respect aux aînés : incluant ses frères et sœurs, mais aussi de ses grands-parents, oncles et tantes à travers l'exercice de la puissance paternelle ; ils peuvent rejeter l'enfant prodigue ou qui conteste le testament et legs faits par les parents. Et si le rôle de tuteur ou de tutrice des enfants orphelins revenait aux membres de la famille, ces derniers avaient le droit de les rejeter pour des motifs graves de manquement au devoir de respect, ou d'atteinte à l'honneur familial et notamment à la mémoire de leurs défunts parents : mais cette faculté de rejet par la famille (qui leur tient lieu de père et mère) avait été limitée aux seuls enfants qui ne se montrent pas comme affectueux et respectueux selon l'art. 233 du Code de 1881, dans le cas contraire ils ne pouvaient nullement être rejetés.

491. Au-delà de ces cas classiques de rejet, tous les adoptants¹ pouvaient rejeter leurs enfants adoptifs : l'adoption à Madagascar n'avait qu'une seule forme dans l'ancienne législation : tout le monde peut adopter tout le monde ; seule condition de l'adoptant, être capable, et saine d'esprit (à l'exception d'une adoption faite par un enfant représenté par ses parents), l'incapacité du fait de l'âge de majorité ou de discernement² est substituée par la représentation des père et mère³. Ainsi le frère pouvait rejeter sa sœur qu'il a adoptée et inversement, les grands-parents et leurs petits-enfants, etc., les grands-parents pouvaient rejeter leurs petits-enfants adoptifs dont ils avaient la garde et éduquaient eux-mêmes.

492. Cette ouverture du rejet aux membres de la famille ne nous semble pas extraordinaire à l'instar des actions ouvertes en droit de la famille, et notamment sur les personnes qualifiées pour les actions en justice concernant le respect dû à la vie privée et le droit à l'image, il est

¹ Acte n° 556 du 11 avril 1901 à Tananarive-Ville, dans un acte de rejet conjoint, les parents adoptifs âgés rejettent leur fille adoptive orpheline pour manquement d'affection ; pour le même motif et au surplus pour ingratitude, acte n° 19 du 3 août 1926 à Tananarive-Analamahitsy, la rejetée sœur et fille adoptive du rejetant.

² Le sens de la majorité en droit coutumier et en droit traditionnel écrit malgache n'existait pas, cependant selon toujours la coutume et retenue par l'art. 156 du code de 1881, l'enfant de moins de dix ans était considéré comme n'ayant pas l'âge de discernement et ne pouvait pas être responsable pénalement de ses actes. En matière civile, étant donné les règles coutumières du mariage où l'avis des parents était toujours demandé : on pourrait en déduire que la majorité coïncide avec l'indépendance de l'enfant ou au cas par cas selon l'acte entrepris par l'enfant. Cette résolution sur la question de minorité et de majorité avait été adoptée par la justice indigène à Madagascar qui confirmait l'inexistence de l'interdiction et laissait la justice apprécier l'incapacité dont la preuve devait être apportée par celui qui l'invoque (C.T du 16 juin 1904).

³ Acte n° 50 du 26 février 1923 à Tananarive-Ville, cas unique : mère adoptive rejetée par une enfant de trois (3) ans, acte de rejet fait par la mère biologique pour révoquer une adoption antérieure, la rejetée présente et accepte le rejet ; dans le cas contraire, acte n° 226 du 29/12/1923, la rejetée est une fille légitime de 5ans et 2 mois. Motif du rejet non précisé, mais s'apparente à un désaveu de paternité, la mère présente accepte le rejet.

plutôt admis par la justice que toutes les personnes ayant intérêt directement lié à l'acte reproché peuvent les intenter. P. ex., l'art. 372 du CPF de la loi du 17 juillet 1970 relatif aux infractions en matière de défense de la vie privée et de l'image ouvre l'action publique à la victime, à son représentant légal ou ses ayants droit. Ces derniers seraient selon M. Capitant « les ayants cause » qui sont définis comme « nom donné à la personne qui a acquis un droit ou une obligation d'une autre personne appelée son auteur » et de ce fait, en matière de droit de la famille pourraient s'entendre d'une acception « ... très large... parce qu'au fond la famille est directement touchée par les atteintes portées à la vie privée du défunt »¹. L'interprétation de l'art. 9 du CCF par la justice autorise les héritiers et tous ayants cause à intenter une action en justice pour sanctionner le manquement au devoir de respect de la vie privée du défunt, sauf dans les cas où les faits relatés constituent des vérités non exagérées.

C. Les cas exceptionnels du rejet d'enfant par la communauté

493. Outre le bannissement du royaume en cas de manquement grave au respect, au mépris de l'autorité royale et des prérogatives qui y sont attachées, le souverain de l'époque sanctionna sévèrement le coupable de 100 piastres et de 100 bœufs, et si au mépris de sa volonté, osera retourner sur son lieu d'origine sera mis à mort² : le rejet visa un enfant majeur.

1) Le paria : individu exclu du groupe social

494. Le bannissement, exclusion d'une personne de la communauté ou de la cité, existait dans le temps ancien : le droit grec pratiquait l'« ostracisme »³, un vote par lequel les cités désapprouvaient la présence d'une personne et l'excluaient pendant une période de dix ans ;

¹ LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.pp. 243-244, p. ex., par la recevabilité de la demande de saisie d'un article du journal par le père d'un jeune homme décédé : « une atteinte intolérable faite à la vie privée de la famille », Référés TGI, Paris, 16 novembre 1976, J.C.P., 1977.II.18.701 ; ou encore : « la mort ne saurait avoir pour effet de faire tomber la vie privée d'un défunt dans le domaine du public... l'héritière d'une personne à la vie privée de laquelle il avait été porté atteinte était en droit de faire sanctionner cette faute », C.A Paris, 21 décembre 1977 (R.I.D.A janvier 1979, p. 161) ; jurisprudence restrictive à l'action quant aux faits : « Considérant que, si l'art. 9 du Code civil confère à chacun le droit d'interdire toute forme de divulgation de sa vie privée, cette faculté n'appartient qu'aux vivants et que les héritiers d'une personne décédée sont uniquement fondés à défendre sa mémoire contre toute atteinte que lui porte la relation de faits erronés ou déformés, publiés de mauvaise foi ou avec une légèreté excessive... », C.A Paris, 3 novembre 1982 (R.I.D.A., 1982, n° 115, p. 146), arrêt précité.

² JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 300.

³ Étymologie du mot Ostracisme : du grec, de *ostrakon* « coquille, tesson » : on écrivait le nom du banni sur un tesson, Rejet hostile, par une collectivité, d'un de ses membres, ostraciser -> exclure, in LE ROBERT (dir.), *Le Robert illustré 2022*, Dictionnaires le Robert-Sejer, 2021.p. 1413.

alors que le droit romain repoussait le paria de la cité. Le rejet par la communauté peut être assimilé au bannissement que connaissaient dans l'ancien temps toutes les sociétés primitives.

495. En prenant en compte les données de l'histoire du droit, des similitudes indéniables sortaient sur les règles établies dans les sociétés anciennes et primitives, Madagascar loin de toutes ces civilisations anciennes européennes confirma plus tard la nécessité d'une telle sanction sévère à l'endroit d'un membre de la communauté locale. Le Kabary¹ d'Anduhalu du souverain impose au fukun'uluna de sanctionner tout manquement à l'entraide et à la solidarité : ses aphorismes juridiques n'imposent pas systématiquement un rejet exprès en dehors de la communauté, mais supposent deux hypothèses. D'abord, un rejet implicite, car celui qui se démarqua du « *Dinam-pokonolona* »² doit, par l'ignorance et leur mise en marge par la communauté, s'exiler de leur propre chef. Puis, par les effets de cette convention du *fokonolona*, le souverain leur donna le pouvoir (devant « les cornes d'un zébu suspendues devant le portail » veillant à ce que la force du mal soit évacuée par-delà les limites de la cour) de rejeter un « fainéant » (précisément un homme) « l'obligation du travail est faite à tous les valides sous peine d'expulsion de leurs communautés »³ (tombée en désuétude certainement)⁴.

¹ JULIEN Gustave.p. 328. : « Que ceux qui se seront conduits en ingrats soient laissés en marge de vos communautés ; cessez de vous associer à eux dans la joie et l'adversité, qu'ils errent misérables et délaissés, refusez-leur à votre tour, le feu qu'ils viendront vous demander ; que la fumée qui s'élève de leur foyer ne se mêle jamais plus à celle qui monte au-dessus du vôtre ; puisqu'ils ont volontairement rompu le pacte de fraternité qui les liait à la tribu, repoussez-les, ils ne méritent plus que l'isolement et l'oubli. Gardez-vous bien par contre de traiter ainsi ceux qui ne vous auront point refusé leur concours, que la jalousie et la haine ne dictent jamais pareille ingratitude ».

² RABENJAMINA (ANDROVAKELY), « Ny Ntaolo malagasy sy ny dinam-pokonolona », *Isan'Andro*, 1944.07.29. p. 1 : « Izay tsy mankatoa ny dinam-pokonolona natao teo amin'ny tandrok'omby natao teo ambony vavahady, dia « very atosiky ny fokonolona », fa izany no tanatanam-potsy fipetrahan'akoho, ondry bobo fanenjik'amboa, ka torahana fa lambo, hanina fa hena, sandry havanan'Andrianampoinimerina ny fokonolona, no masony sy sofiny. Koa amin'izany madio ny tany sy ny fonenana ».

³ JULIEN Gustave.p. X.

⁴ « Ny lehilahy tsy miasa, fa mipetra-potsiny, mamotsy hoho, lava lamosina, tsy tia raharaha, dia kapohin'ny fokonolona amin'ny voalohany, vao atosika amin'ny fonenany ho very amin'ny tany ama-monina. Raha lehilahy tsy manao izay hahamainti-molaly ny tany, fa manantena hampiditra mosary, izay fahavalon'Andrianampoinimerina, ka hangalatra sy hampiditra androvolahy eo amin'ny fokontany, dia atosiky ny fokonolona », in RABENJAMINA (ANDROVAKELY), « Ny Ntaolo malagasy sy ny dinam-pokonolona », *Isan'Andro*, 1944.07.29.p. 1.

Ou celui qui ne concevait pas le « *Dinam-pokonolona* »¹, sera rejeté, repoussé par lui, puisqu'il est une *persona turpis*, d'une qualité honteuse, opprobre : le souverain considérait le *fokonolona* comme son bras droit, ses yeux et ses oreilles et l'autorisa à le repousser pour que la terre et les habitations soient propres : dans ces deux derniers cas le rejet communautaire est exprès. Si un individu décide de construire un tombeau ou de réparer sa maison et demande l'aide de quelques membres du *fokonolona*, ces derniers ne peuvent refuser de s'associer au travail commun sous peine d'être rejetés aussi de la communauté. Il en est de même quand un membre de la famille d'un défunt pense faire une économie sur l'honneur et le respect qu'il doit à un parent fortuné en minimisant les frais de sépultures ou autres. Le droit coutumier permettait au *fokonolona* d'intervenir et de sanctionner cet esprit de parcimonie surtout quand il s'agissait du nombre de « *Lambamena* » (Soie) qui devait envelopper le décédé ou les nombres de zébus à tuer pour les funérailles selon le statut social du défunt. Pour cela, « la décision du fokonolona est obligatoire et que si la famille passait outre, elle serait exclue du sein de la communauté : ses membres ne sont plus considérés comme faisant partie du *fokonolona* aussi bien dans le malheur que dans la joie »² ; c'est un des motifs du rejet communautaire. Par ailleurs, « le *fokonolona* pouvait exclure le rejetant de la communauté, une peine redoutable... »³ si le motif du rejet se basait sur des mensonges ou des manœuvres frauduleuses organisant par exemple la non-solvabilité ou l'irresponsabilité. Enfin, selon les instructions (ou ordres) aux gouverneurs de 1889, l'art. 10 dans son alinéa 2 précise que : « ... les membres des fokonolona peuvent désigner et arrêter les auteurs des délits constants et délinquants habituels. Cette coutume, si chère aux yeux du *fokonolona* et garante d'une harmonie sociale, contribuait activement au maintien de l'ordre public, fut reprise par l'administration coloniale plus tard⁴. Ils peuvent, conformément à la coutume,

¹ Opinion suscitée : « *Izay tsy mankatoa ny dinam-pokonolona... dia « very atosiky ny fokonolona... »*, in RABENJAMINA (ANDROVAKELY), « Ny Ntaolo malagasy sy ny dinam-pokonolona », Isan'Andro, 1944.07.29.p. 1.

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 35.

³ THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache : les lois et coutumes Hovas, Fascicule I ; Le statut personnel, les personnes et la famille*, R. de Comarmond, Jouve & Cie, 1951.p. 180.

⁴ Dans l'art. 10 du décret du 9 mars 1902 portant organisation de l'administration de l'Imerina, étendue par les arrêtés du Gouverneur général du 15 juin 1904 et du 31 décembre 1904 aux régions de la côte est et de la côte nord-ouest de la grande île : en effet, en matière de police générale, administrative et judiciaire, conformément à l'art. 169 du Code de 1881. Les membres du fokonolona doivent arrêter et livrer aux autorités les personnes qui enfreignent les lois, les règlements et arrêtés en vigueur, conformément à l'art. 4 des Instructions aux Sakaizambohitra, art. 159 du Code de 1881.

rejeter du *fokonolona* ; dans ce cas, l'administrateur chef de la province peut, par mesure administrative, assigner à ces expulsés telle résidence qu'il juge convenable »¹. Ce privilège attribué au *fokonolona* en matière de police s'exerce sur tous ses membres, mais également à l'égard des étrangers de passage ou en mission sur le territoire local : confirme ainsi le rejet communautaire adjoint d'une mesure administrative. De nos jours, les manquements au « Dina » entraîneraient implicitement un rejet communautaire si un individu enfreint les règles et n'arrive pas à éteindre ses obligations de réparation d'un préjudice causé à autrui.

2) Le rejet d'enfants jumeaux dans la coutume du sud-est de Madagascar

496. Cette coutume qui résiste contre le temps et le droit à Madagascar dans cette région du sud-est de Madagascar n'était pas inconnue de la coutume Merina. En effet, il fut du temps d'Andrianampoinimerina que « les enfants jumeaux seraient rejetés de la famille pour que le royaume ne fût pas partagé entre deux ou plusieurs personnes. Après lui, les Andriana avaient adopté cette coutume, qui aujourd'hui, d'ailleurs, paraît être tombée en désuétude »². Si le droit moderne impose aux parents de nourrir, d'élever et d'éduquer un enfant en considérant que l'enfant a des droits innés, cette coutume jugée immorale par l'ensemble des juristes et par l'opinion publique nous fait penser à l'antiquité du droit romain où une conception de l'enfant et de son droit fut tout autre : « l'enfant n'y avait pas de droits en tant que personne individuelle. Ses parents pouvaient se débarrasser du nouveau-né en l'exposant. Et cela se prolongea quelque temps même sous l'Empire chrétien. L'enfant n'avait de droit que dans la mesure où il est intégré dans une famille »³. Une coutume qui se répéta encore une fois quelques siècles plus tard à Madagascar où l'enfant né « *Alakaosy* » selon l'astrologie⁴ malgache, dut subir une épreuve fatale selon laquelle l'enfant eut été exposé devant la clôture d'un parc à bœufs, si ces derniers ne les piétinaient pas à leur sortie, l'enfant épargné par le mauvais sort survivra, il en fut de même des enfants jumeaux : ce rite eut été suppléé par le « *Manala faditra* ou *Manao sorona* » (conjuración, offrandes) dans certaines coutumes. Nous préférons traiter cette cause du rejet d'enfant en dehors des motifs traditionnels fréquents et nécessitant l'inscription du rejet dans le registre du gouvernement plus tard. Cette cause en

¹ Texte repris par l'A.G du 31 décembre 1904 dans son art. 9 : à propos de l'extension des dispositions réglementant l'organisation administrative des indigènes dans les côtes est et nord de Madagascar

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 128.

³ GIRARD, *Droit romain*, op. cit. in SAVATIER René, *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 1963.p. 74.

⁴ Pour l'astrologie malgache, voir R.P CALLET François, *Histoire des Rois : Tantaran'ny Andriana, Tome I*, Librairie de Madagascar, 1974.p. 65 et s.

effet ne découle pas ni de la faute de l'enfant ni de l'inconduite de la mère, mais des croyances et superstitions de la communauté locale ou tribale. De ce fait, le rejet d'enfants jumeaux ou d'enfant né sous un jour néfaste est une coutume isolée si l'on se réfère à l'étendue du territoire malgache et de la coutume juridique. Même s'il se positionne en premier rang sur les causes du rejet dans la présentation des coutumes avant l'élaboration du Code civil malgache, au-delà de sa persistance dans la région du sud-est encore de nos jours, cette forme de rejet n'a pas connu autant de vulgarisation ni dans le temps ni dans l'espace. D'une part, il semble bien que la volonté des parents de faire subir une épreuve de la vie ou de la mort à leur enfant passe après la volonté collective, c'est-à-dire des voisins ou des membres de la famille soucieux d'être frappés par la colère divine ou des ancêtres. D'autre part, l'option de séparation des enfants jumeaux ou de l'adoption par les grands-parents ou les aïeux de l'enfant « préjugé » ou « malformé » adoucissait cette coutume immorale au point de vue humanitaire. Cependant, compte tenu de cette croyance ancestrale absolue de « *Fady* », les personnes jumelles d'autres tribus ne peuvent en aucun cas demander en mariage une personne d'origine du sud-est, « Faire entrer un jumeau dans une famille Antambahoaka ! L'interdit religieux absolu s'y oppose ! Et les châtements viendraient d'eux-mêmes ; rejet par la famille, rejet par le village, par le clan, par la tribu... »¹. Les causes du rejet d'ordre religieux : mauvais sort, naissance de l'enfant un jour néfaste, malformation physique² furent une des causes originelles du rejet d'enfant, mais elles tombaient très vite en désuétude étant donné le sentiment que les Malgaches avaient pour leur enfant et qu'il était devenu rare que les épreuves fatales aient été ordonnées. Les cas de rejet d'enfants jumeaux de la tribu Antambahoaka restent une exception, de plus des associations recueillent les enfants rejetés.

III. Les conditions de forme du rejet

A. La forme traditionnelle et non écrite de l'acte de rejet d'enfant

1) La cérémonie du rejet

497. Il était de coutume que pendant la fête du bain, bon nombres de personnes adultes désirant de perpétuer ou d'assurer la transmission de leurs biens adoptent ce jour des

¹ THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache moderne, Tome I, Fascicule I : Le nom, l'absence, les actes de l'état civil*, Librairie de Madagascar, 1962.pp. 60-61. ; CENTRE D'ÉTUDES DES COUTUMES, « Enquêtes coutumières : zone sud-est », Faculté de droit et des sciences économiques de Tananarive, 1967.

² RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », Ministère de la justice, 1962.n° 46 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, Président de la commission de rédaction du code civil, 1964.p.74.

personnes de tout âge (c'est ce qui la diffère de l'adoption du droit français). Et c'était à ce moment également qu'un parent déclare devant la famille et les membres du *fokonolona* qu'un tel enfant ne lui sera plus considéré à partir de ce jour comme son enfant : la volonté qu'ils expriment de « ne plus considérer comme leurs des enfants dont ils avaient à se plaindre suffisait »¹. Une forme solennelle et publique du rejet et de l'adoption pour que l'ensemble de la population sache exactement la création ou l'annihilation du lien de famille existant entre deux personnes. Pour faire en sorte que des témoins peuvent en cas de litige confirmer l'existence d'un acte juridique ayant pour effet de créer ou d'anéantir le lien de parenté entre l'adoptant et l'adopté ou le rejetant et le rejeté. En tous les cas, le rejet ne pouvait être fait clandestinement : « les parents qui avaient à se plaindre de leurs enfants devaient, pour les déshériter, les conduire ou les signaler aux membres du *fukun'uluna*, au seigneur *tumpumenakeli* ou aux autorités administratives, verser une piastre non coupée de Hasina pour le souverain ainsi qu'un *urimbato* aux personnes qui en étaient les témoins.

2) Le versement de l'Hasina et de l'Oribato

498. Les mêmes dispositions ont été reproduites du Kabary : « un rejet d'enfant (*manarizaza*) comporte pour celui qui le prononce le versement du *Hasina vulatsivaki* ou piastre entière » au profit du souverain, tandis que l'*Oribato* au *fokonolona*. Cette procédure valide la forme publique et solennelle l'existence du rejet d'enfant, et au fond, vérifie si le motif du rejet est valable et ne constitue pas de fraudes ou d'abus de droit : « un enfant ou un héritier quelconque ne peut être rejeté sans le versement au trésor royal d'un *Hasina vula tsi vaki* ou piastre non coupée... un *vuamena* versé au *fukun'uluna* en remplacement de l'*urimbato* ou pierre commémorative, soit un *kirubu* soit *venti*, au gré de l'adoptant [rejetant]... nul ne sera valable que s'il a donné lieu à l'accomplissement des formalités que je viens d'énumérer »².

3) Le rôle du fokonolona

a. La médiation

499. C'est encore le souverain comme nous récitons à plusieurs reprises qui réglementait la solidarité et le code des bonnes conduites du *fokonolona*³ : il prévoyait la solidarité dans la réglementation et la discipline du *fokonolona*. Le *fokonolona* tenait une place très importante sur la validité du rejet et de la procédure à suivre : la coutume exigeait l'intervention du

¹ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome II, E. Guilmoto, 1909.p. 226.

² JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 303 et p. 312.

³ RABENJAMINA (ANDROVAKELY), « Ny malagasy mandala firaisan-kina », *Isan'Andro*, 1950.10.19.p. 2.

fokonolona dans les adoptions et rejets. Elle est encore généralement suivie, et par analogie, d'ailleurs, avec les prescriptions relatives aux testaments, il a paru nécessaire de préciser, dans ces instructions, la forme sous laquelle les membres du *fokonolona*, c'est-à-dire les témoins locaux, seront appelés à figurer dans ces actes. Ainsi, indépendamment des instructions habituelles : nom, âge, et domiciles des intéressés, les gouverneurs devaient mentionner la présence, comme témoins, d'au moins quatre membres du *fokonolona* de l'adoptant ou du rejetant¹. L'administration coloniale reconnaissait sa force juridique et son utilité dont la source originelle n'étant autre que la législation orale et coutumière : les articles 9 et suivants du décret du 9 mars 1902 délimitent les attributions et les obligations du *fokonolona* pendant la période coloniale. Le témoignage du *fokonolona* était requis² dans les transactions immobilières qui se font généralement devant de nombreux témoins dont la présence assure la constatation des conventions et garantit ainsi, en quelque sorte, les droits de la partie qui aliène³. Une cohésion sociale imposée et organisée par le royaume dont le non-respect exposait le récalcitrant au « *Dinam-pokonolona* »⁴. C'est dans cet esprit de discipline et de participation qu'il leur fût attribué le rôle de médiateur-conciliateur dans les conflits locaux et familiaux : p. ex., la réconciliation des couples, les violences intrafamiliales et le signalement des maltraitances faites aux enfants⁵. Le *fokonolona* dans la coutume Betsileo peut exercer aussi le rôle de médiateur dans les litiges successoraux avant de transférer l'affaire devant la justice⁶, il devait essayer de trouver une solution amiable aux différends qui leur sont soumis.

b. La preuve testimoniale

500. Dans l'ancien temps, le *fokonolona* était appelé à assister aux épreuves de l'ordalie, une preuve judiciaire par administration du *Tangena*, si la personne soumise à l'épreuve

¹ Circulaire du Résident Général du 5 juin 1897.

² L'art. 66 des Instructions au Sakaizambohitra prévoyait déjà l'obligation d'enregistrement des actes en présence des membres du *fokonolona*.

³ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 109.

⁴ Ou « Conventions de Fokonolona »... habituellement utilisées par les intéressés depuis le XIXe, véritables chartes adoptées par les populations pour définir les droits et les obligations des membres des *fokonolona* », in MODERNE Frank, *Etude comparative de deux institutions socialistes du développement rural de l'océan indien : le Fokonolona malgache et le village Ujamaa tanzanien*, CERSOI, 1974.p. 24.

⁵ Loi n° 2007- 023 sur les droits et la protection de l'enfant, Article 71. « Le signalement peut être fait verbalement ou par écrit auprès du Fokontany... ».

⁶ COMMISSION DE RÉDACTION DU CODE CIVIL, « Rapport de synthèse, présenté par la Commission Provinciale de Constatation des Coutumes de Fianarantsoa », Ministère de la justice, 1961.p. 10.

survit, elle est lavée de tout soupçon et de toute infraction, au contraire si elle décède par la suite, sa mort démontre qu'elle a menti ou elle a enfreint la loi. « Ce qui caractérise, en effet, le témoignage, c'est son oralité, en d'autres termes la présence réelle de l'être humain devant l'autorité judiciaire (ou policière) »¹, nous ajoutons volontairement la présence préalable des membres du *fokonolona* devant les autorités administratives. Si la première acception du témoignage projette son rôle devant la justice, les témoins doivent confirmer ou infirmer la production des faits, ou les actes réellement vécus ou passés. La notoriété et la commune renommée (la possession d'état) faisant partie des règles d'administration de preuve à défaut de moyens techniques et fiables des preuves matérielles. Or la preuve par la possession d'état n'est en partie que l'admission des preuves par témoins, c'est ce rôle de notabilité des membres du *fokonolona* qui enlève les doutes sur la véracité des faits. Quand le *fokonolona* est amené à assister à des événements, les membres notables du *fokonolona* allant avec l'âge et la sagesse de ses dirigeants : les actes ou manifestations qui sont soumis à leur approbation sont considérés comme conformes aux règles légales et sociales qui régissent en la matière. Les doutes pouvant découler d'un témoignage ne sauraient provenir de ces notables, leur qualité de témoin fiable laisse une présomption de vérité de leur déclaration : « On ne peut témoigner en justice si l'on n'est pas parfaitement honorable, ce qui exclut un certain nombre d'individus que les Romains appelaient *instestabiles*... »².

B. L'obligation d'enregistrement de l'acte de rejet depuis les Instructions des Sakaizambohitra de 1878

501. L'art. 45 Code de 68 articles de Rasoherina (1863-1868) eut déjà ordonné au *fukun'uluna* de tenir un registre dans lequel seront consignés les dispositions testamentaires : désormais, « l'adoption et le rejet doivent être inscrits sur votre registre. Ils ne seront valables que s'ils sont enregistrés. Il sera perçu un droit de 1 Fr. 25 pour les Sakaizambohitra avant tout enregistrement » (art. 46 des Instructions aux Sakaizambohitra³)¹. L'inscription de l'acte

¹ LÉVY-BRUHL Henri, *La preuve judiciaire, Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964.p. 125 et s.

² *Ibid.*p. 142.

³ Remarque : les registres des Sakaizambohitra de 1878 à 1897 n'existaient qu'à Antananarivo : nonobstant l'existence des registres et l'obligation de déclarer les rejets et adoptions d'enfant au Sakaizambohitra (ou Antily : ami du village), l'enregistrement des rejets d'enfant n'eut été effectif qu'à partir du Registre n° 1329, 10^e Feuillet en date du 7 Adizaoza 1881. Nous avons relevé 27 cas de rejet pour la période de 1881 à 1895. Suite à l'institution des Ordres aux Gouverneurs (petits ou madinika), l'enregistrement ne fut obligatoire sur l'étendue du territoire que pendant la période coloniale.

de rejet dans les livres officiels est une formalité substantielle requise *ad probationem* et *ad solemnitatem*². La royauté commençait à s'occuper des rapports familiaux dans la législation écrite avec la promulgation des Instructions aux Sakaizambohitra³ qui leur donna la compétence en tant qu'officier public de l'état civil, par conséquent la force authentique des actes qu'ils ont dressés. Les Sakaizambohitra étaient une sorte de Notaires du royaume, à l'instar des tabellions⁴ qui enregistraient certains actes par le « *tabellio* » (sorte de Notariat). L'Instruction aux Sakaizambohitra institua la première forme de l'état civil à Madagascar, dont l'inscription des naissances (art. 34) et décès (art. 48), du mariage (art. 36), de l'adoption et du rejet (art. 46), et ordonna l'enregistrement des actes de volonté des personnes privées entre elles dans les testaments (art. 74), les donations (art.35, *Tolo-bohitra*), du partage (art. 28) et les contrats (art. 68 à 72). L'article 46 prévoit l'obligation d'enregistrer les actes d'adoption et de rejet sous peine de nullité⁵, la preuve du rejet devenait strictement littérale. La conséquence de la non-observation de l'obligation d'enregistrement est la nullité absolue de l'acte et non une nullité relative, c'est comme il n'avait jamais existé. Nous pouvons remarquer au passage la sévérité des dispositions de l'art. 108 du code de 1881 en matière de déclaration et d'enregistrement où la naissance d'un enfant doit être annoncée au gouvernement dans la semaine et inscrit dans le registre du gouvernement sous peine d'une amende d'un bœuf et de 5 francs, et il va sans dire qu'en cas de refus ou d'impossibilité de paiement, la contrainte par corps pourrait leur être appliquée. Toutefois, l'application de ces

¹ Traduction de CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 239.

² THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache : les lois et coutumes Hovas, Fascicule I ; Le statut personnel, les personnes et la famille*, R. de Comarmond, Jouve & Cie, 1951.p. 181.

³ RAHARIJAONA Henri, « Le centenaire des Instructions aux Sakaizambohitra (1878-1978) », *BAM*, 1978.

⁴ À Rome, les tabellions étaient des officiers chargés des fonctions de notaire dans les juridictions subalternes, in BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p.50.

⁵ Instructions aux Sakaizambohitra du 4 juillet 1878, art. 46 : « Si des adoptions ou de rejets d'enfants ont lieu, enregistrez-les dans vos livres : sans quoi ces adoptions et ces rejets ne sont pas valables ». Les mêmes dispositions ont été reprises par le Code de 1881 concernant l'obligation d'enregistrement des actes de l'état civil dans ses art. 53, 108, 109, et art. 229 : « « Si des personnes adoptent ou rejettent un enfant, l'enregistrement devra en être fait dans les registres du gouvernement, et les intéressés payeront, après transcription, la somme d'un Kirobo (1fr.25) pour le compte de l'État ; si cet enregistrement n'a pas été fait, l'enfant n'est, selon le cas, ni adopté ni rejeté » ; pour être par la suite, par transfert de compétences aux Gouverneurs de l'Imerina par Ordonnance dans ces articles 5, 11, 12 et 13.

sanctions était à relativiser, car leur existence n'impliquait pas forcément leur effectivité, mais dans le but d'imposer à la population de faire enregistrer dorénavant auprès de l'administration les actes et les faits importants de leur vie. Les mêmes compétences et obligations ont été reconnues par l'administration coloniale aux gouverneurs « *madinika* » (petits ou de base) par une circulaire du Résident Général du 5 juin 1897 portant inscription des actes de l'état civil des indigènes (légères modifications sur le nombre des registres : de cinq ramené à quatre), reconduites par le décret du 9 mars 1902 où seul l'enregistrement des actes de l'état civil leur revenait. Leur extension progressive sur tout le territoire fut effective pendant la période coloniale¹ sauf en quelques matières², les actes de notoriété y sont soumis, l'administration n'encourt aucune responsabilité du fait de l'enregistrement.

1) L'inscription au registre de l'état civil du rejet

502. Le rejet d'enfant respecte le caractère d'ordre public de l'état des personnes, ou plus précisément l'état civil des personnes : « l'état civil, c'est la construction identitaire... ce qui rattache à la famille... c'est ce qui fonde l'identité de la personne, c'est évident »³. L'acte de l'état civil étant un écrit constatant les faits relatifs à l'état civil de la personne : de leur naissance, de leur filiation, de leur mariage ou de leur décès et d'autres faits qui peuvent toucher l'état civil de la personne par suite des premiers à savoir l'adoption, le mariage, le divorce et spécialement pour l'acte civil malgache ; le rejet. L'enregistrement des actes de l'état civil et de volonté⁴ était une priorité pour les autorités royales depuis l'existence de

¹ Par les dispositions de l'arrêté du 10 décembre 1904 entre autres, l'arrêté du 13 juin 1910 régla définitivement les règles de formes des actes et de leur enregistrement obligatoire en prévoyant une sanction : « art. 1er Tous les contrats et obligations entre indigènes, quelle que soit leur nature, tous les actes relatifs à l'état civil ainsi que les testaments et successions devront être déclarés aux chefs de circonscriptions indigènes chargés de ce service et inscrits sur leurs registres, à peine de nullité, sauf à l'exception de l'art. 3 du présent arrêté » ; art. 7, 9, 11 de l'Arrêté Général du 06/06/1939.

² Les seuls exemptés de l'obligation de l'enregistrement de l'art.3 étaient les actes régis par la réglementation sur l'immatriculation foncière, les contrats commerciaux « proprement dits » passés entre les commerçants patentés entre eux ou avec les particuliers et enfin ceux qui concernent les éleveurs ou agriculteurs en vue de l'échange ou de la vente de leurs produits tirés de l'élevage ou de l'agriculture.

³ WYVEKENS Anne, « Justice familiale et "Diversité culturelle" », Institut des Sciences sociales du Politique, avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2015.p. 84. (Parquet civil SE).

⁴ Acte dans les deux sens du terme, acte de volonté (*negotium*), et acte écrit (*instrumentum*) : Les registres des Sakaizambohitra contiennent des contrats passés entre les particuliers d'où leurs noms « FANAIKENA NY AMY NY OLONA », en page 1 : une notice au Sakaizambohitra rappelle les Instructions et marque « ATTENTION »... « si quelqu'un adopte un enfant, ou rejette un enfant, inscrivez-les dans vos livres (ou

l'écriture et du choix des alphabets malagasy par la reine Ranavalona I : même si l'on sait que l'écriture romaine a été introduite¹ plus tôt et que la « Sourate » (texte du Coran, en comparaison avec le chapitre de la bible) était pratiquée déjà par les populations du sud et sud-est de Madagascar. L'acte de rejet est devenu un acte de l'état civil authentique², reçu par le Sakaizambohitra en 1878 compétent dans le lieu où il exerce avec les conditions d'enregistrement et de solennités exigées³. L'acte de rejet et l'acte d'adoption rejoignent les actes de l'état civil de naissance, de mariage et de décès : ils sont des actes de l'état civil indépendant des autres actes, et que la transcription de l'acte de rejet en marge de l'acte de naissance du rejeté n'est pas nécessaire du moins jusqu'aux dispositions de l'art.2 § 3 (Circulaire du 5 juin 1897) : « en cas de rejet, il sera fait mention de l'acte de rejet en marge de l'acte de naissance ou de l'acte d'adoption du rejeté », mais nous avons trouvé rarement d'« enfant rejeté » en marge des actes d'adoption ou de naissance. L'enregistrement du rejet faisant partie des actes passés entre indigènes nécessitant d'autres conditions de forme : « l'enregistrement d'un acte portant adoption ou rejet d'enfant est soumis au droit fixe de 5 francs. Chaque acte d'adoption ou de rejet ne peut comprendre qu'un seul adoptant et adopté, un seul rejetant et rejeté »⁴. Nous pouvons confirmer l'effectivité de cet arrêté à travers les résultats de nos recherches dans les centres d'enregistrement, suite surement à des abus de droit⁵. Cependant, il importe de souligner que la faute commise par le rejeté qui

registres), si elle (ou il) n'est pas enregistré dans vos livres, elle (ou il) n'est pas vraiment une adoption ou un rejet ».

¹ « Notes sur Robin par M. Jully (Notes, reconnaissances et explorations, 2^e année, 3^e volume, 17^e livraison, p. 511). Robin, ancien maréchal des logis de l'armée française, débarqua à Tamatave en 1819. Il obtint de Ranavalona I la permission de monter à Tananarive, gagna sa confiance, dont il devint le professeur d'écriture », in CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 16.

² Confirmé par l'administration coloniale dans la circulaire du 5 juin 1897 : « Les inscriptions régulièrement faites sur les registres de l'état civil constituent des actes authentiques ».

³ À l'instar du CCF Art. 1317, al. 1^{er} : « L'acte de l'état civil est un acte authentique, c'est-à-dire un acte reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ».

⁴ Art. 2, § 3 contenu dans le Titre 1er, droits d'enregistrement de l'arrêté du 13 juin 1910.

⁵ Acte n° 7 du 24 février 1910 à Tananarive-Ville, 17 enfants adoptés par acte n° 2289 du 15/12/1898 ont été rejetés par une mère de 58 ans, record du nombre de rejetés sur un seul acte et dans toutes les régions ; acte n° 1 du 4 Juin 1908 Tamatave-Anivorano, acte de rejet collectif de cinq (5) enfants adoptés le 23 Janvier 1906 : les motifs du rejet ne sont pas communiqués, ni même la présence des rejetés devant l'officier de l'état civil. Deux témoins seulement étaient requis pour valider la déclaration de rejet.

constitue le motif déterminant du rejet est tantôt non exprimée, tantôt relatée et transcrite par l'officier de l'état civil. L'inscription du motif du rejet dans l'acte de rejet n'était pas obligatoire même si certains actes en mentionnent¹, ce qui peut laisser croire que l'intimité des affaires familiales prévaut à toutes les règles de justification dans l'acte de rejet. Nous avons essayé de trouver les dispositions qui réglementent l'inscription du motif de rejet, mais en vain : la déclaration du rejetant « à se plaindre suffisait ». Par ailleurs, le caractère intime et parfois déshonorant d'une telle mention dans l'acte de naissance est compréhensible comme la mention des motifs du divorce dans l'acte de mariage et dans l'acte de naissance des époux.

a. L'acte de rejet

503. L'acte civil est désormais le seul mode de preuve du rejet d'enfant. Sa rédaction doit respecter certains principes : entre autres, la présence des parties à l'acte que l'officier de l'état civil doit vérifier leur identité respective, puis il doit les énoncer d'après l'art. 46 de 1878, conformément aux dispositions du l'art. 229 du code de 1881 et aux Instructions et Ordres aux gouverneurs. La déclaration est faite par le rejetant devant les Sakaizambohitra du lieu de sa résidence, mais si la présence du rejeté ou de ses parents était obligatoire, les actes ne mentionnent pas forcément cette condition de forme. L'administration coloniale par la circulaire du 5 juin 1897 reprenait les conditions de forme de rejet en prévoyant les mentions obligatoires dans l'enregistrement des actes de rejet et d'adoption par le gouverneur madinika², à savoir : nom, âge, domicile des intéressés, mais aussi les noms des témoins membres du fokonolona au nombre de quatre et leurs signatures respectives ou la mention s'ils ne savent pas lire. L'acte³ de rejet doit être enregistré aux registres officiels du gouvernement du lieu de résidence du père ou de la mère du rejeté et cet arrêté réaffirme que ; le rejet doit être mentionné en marge de l'acte de naissance ou d'adoption du rejeté et un acte de rejet ou d'adoption ne peut comprendre qu'un rejet à la fois et un seul rejetant. La non-observation de ces conditions de forme prive l'acte de rejet d'authenticité, ou de nullité, et par conséquent d'inopposabilité. La rédaction en double original pour conservation à la mairie et au tribunal n'était pas d'actualité, cependant le registre des versements et des perceptions des

¹ Actes n° 171 et 172 du 14 mai 1925, actes n° 229 et 230 du 22 décembre 1928 à Tananarive-Ville suscités.

² JULIEN Gustave, « Les réformes de 1889 : L'autonomie des fokon'olona et les règlements des gouverneurs de l'Imerina », *BAM*, 1902, 1902.

³ J.O.M.D du 1^{er} octobre 1910 dispositions de l'arrêté du 13 juin 1910 relatives à l'obligation de l'enregistrement des actes passés entre les indigènes, outre l'arrêté du 10 décembre 1904 réorganisant et réformant les lacunes observées, notamment en ce qui concerne l'acte de rejet et d'adoption.

droits fiscaux contient les références de l'acte de rejet ou d'adoption légalement enregistré, jusqu'à l'époque coloniale¹. Cette nouvelle mesure assurait ainsi la sécurité des actes enregistrés et permettait d'éviter toutes fraudes et de recourir facilement à la vérification du double d'un acte original. Depuis la nouvelle loi n° 61-025², il est tenu en double exemplaire des registres distincts : pour les adoptions et les rejets (art. 11. E) dont un exemplaire est transmis au Greffe du Tribunal de première instance (art. 12.). L'art. 37 de ladite loi édicte que : « l'acte de rejet doit indiquer : 1° Les nom, prénoms, date et lieu de naissance, filiation, profession et résidence habituelle du rejetant ; 2° Les nom, prénoms, date et lieu de naissance, filiation, profession et résidence habituelle du rejeté ; 3° La présence du rejeté ou à défaut la justification par le rejetant que le rejeté a été mis en demeure d'assister à l'établissement de l'acte de rejet ; 4° Les noms, prénoms, âges, profession et résidence habituelle des témoins choisis de préférence parmi les membres de la famille du rejetant »³.

504. Les témoins. Les témoins étaient composés des membres de la famille et du fokonolona, l'idée de leur présence obligatoire avait pour finalité de rendre public l'acte de rejet. Le rejet ne pouvait pas se faire ni clandestinement ni à l'insu du rejeté. La gravité des conséquences du rejet, qu'elle soit extrapatrimoniale ou patrimoniale, nécessite en effet une procédure stricte, transparente et contradictoire. Les témoins, en cas de force majeure, destruction de l'acte par incendie ou par des catastrophes naturelles (inondation, éboulement), pourront en certifier son existence à un moment donné dans un endroit précis. La présence des témoins à l'acte de rejet produit la sécurisation de l'acte contre des abus éventuels, au mieux, en cas d'injustice de faire opposition et d'aller devant la justice, et la confirmation de la procédure contradictoire respectant le droit du rejeté de se défendre⁴. Dès lors, la présence des témoins dont le nombre pouvait varier tantôt quatre⁵, tantôt deux⁶, voire un seul témoin s'il est

¹ Selon la Circulaire générale du 30 avril 1901 aux administrateurs et commandants de cercle au sujet de l'organisation du service de l'état civil indigène, les registres seront tenus en double exemplaire fournis par l'administration et envoyés dans chaque centre d'état civil indigène avant le 1er janvier de chaque année.

² Loi n° 61-025 du 9 octobre 1961 régissant les actes de l'état civil : J.O.R.M du 14 octobre 1961, p. 1789.

³ Nous pouvons constater que le paragraphe 4 dudit article deviendra, par suite des dispositions nouvelles de la loi sur le rejet, sans effet puisque la présentation de l'autorisation du juge suffit à elle-même à faire transcrire l'acte de rejet dans les registres et donc c'est l'art. 3.6°, al.3 et 4 qui lui chargent de cette attribution.

⁴ C.T du 21 juin 1960 : « ... la nullité de l'acte de rejet n'est encourue que lorsqu'il est prouvé que l'intéressé n'a pas eu connaissance du rejet et n'a pas pu, par conséquent, défendre ses droits » ; C.T du 7 mars 1946, n° 43.

⁵ D'après nos recherches de terrain sur Antananarivo, Toamasina, Fianarantsoa et Mahajanga, il a été constaté que la grande majorité des actes de rejet enregistrés entre 1898 et 1962 ont été faits en présence de 4 témoins.

⁶ C.T du 13 février 1946, Penant 1946, I, p. 157.

une personne notable¹, était une condition substantielle de l'acte de rejet lui-même. La nouvelle loi sur les actes de l'état civil prévoit la présence obligatoire des témoins, de préférence issus de la famille du rejetant (art. 37. 4°), faute de précision de la loi sur le nombre des témoins, nous pouvons en déduire que les règles antérieurement observées seront reconduites par principe, les témoins étaient au nombre de deux. En effet, les dispositions relatives aux règles communes à tous les actes d'état civil ne mentionnent pas le nombre exact des témoins dans un acte de l'état civil, mais se contentent d'énoncer que : « les témoins choisis par les parties certifient l'individualité de celles-ci et la conformité de l'acte avec leurs déclarations. Ces témoins devront être âgés de vingt-et-un ans au moins, parent ou non des déclarants, sans distinction de sexe » (Chap. III, art. 21). Ces mêmes témoins devaient attester également en cas d'opposition ou d'absence du rejeté ou de ses représentants que malgré le fait qu'il a été avisé ou qu'une médiation a été réalisée pour essayer d'apaiser les conflits, le rejeté n'a pas daigné se présenter au moment de l'enregistrement de l'acte.

b. L'officier de l'état civil

505. L'acte de rejet est devenu un acte authentique² dressé solennellement par l'officier de l'état civil dans l'exercice de sa compétence et produit une force exécutoire, contrairement à l'acte sous seing privé. L'officier de l'état civil n'est pas juge de la validité des actes qu'on lui demande de recevoir³, le tribunal peut annuler en effet le contenu de l'acte qu'il a reçu ou quand l'acte, qu'il a transcrit, contient des erreurs humaines. Cependant, il doit contrôler la régularité de l'acte, de vérifier l'identité des personnes présentes, de recevoir l'acquiescement des parties à l'acte sans opposition. Les officiers de l'état civil sont seuls compétents pour recevoir et conserver les actes de l'état civil auxquels ils confèrent l'authenticité (art. 2) de la loi en vigueur, y compris les actes d'adoption et de rejet (art. 3-5°)⁴. Avant la promulgation de la loi n° 63-022 sur le rejet, l'officier de l'état civil constatait l'absence d'opposition de la part du rejeté avant d'enregistrer l'acte de rejet : dans le cas contraire, il renvoyait les parties à la huitaine puis en cas de renouvellement d'une opposition à l'enregistrement de l'acte de rejet

¹ Acte n° 62 du 3 mai 1912 à Tananarive-Ville, le frère rejette son propre frère cadet adopté antérieurement en présence du rejeté, mais sans témoins, muni d'une attestation faite du Gouverneur adjoint, contresignée par le Gouverneur principal ; dans ce même cas, acte n° 542 du 23 octobre 1956 à Tananarive-Ville.

² Il « fait pleine foi » jusqu'à inscription de faux (art. 303 et s. du CPCF)

³ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004, p. 472.

⁴ Modifié par les lois n° 66-017 du 5 juillet 1966 (J.O.R.M, p. 1528) ; n° 67-027 du 18 décembre 1967 (J.O.R.M, p. 2079) ; n° 68-025 du 17 décembre 1968 (J.O.R.M, p. 2396) ; n° 69-023 du 16 décembre 1969 J.O.R.M, p. 29).

devant la juridiction compétente. Depuis la nouvelle loi sur le rejet, il n'a plus le droit d'enregistrer l'acte de rejet ni de constater l'opposition (qui devient caduque faute d'objet) sans l'autorisation du juge. Il ne peut ainsi inscrire dans les registres l'acte du rejet que par la présentation de la décision définitive, ayant acquis la force de la chose jugée, du juge autorisant le rejet, et dans les limites de leur circonscription (art. 4), où la résidence habituelle du rejetant se trouve (art. 23, al. 4). Les mentions marginales du rejet dans les actes de naissance ou d'adoption sont obligatoires (art. 44) : or, aucune mention en marge de ces actes n'a été transcrite en la matière par manque de communication ou de moyens entre les administrations. Au cours de nos recherches de terrain concernant l'acte de rejet et de sa transcription en marge de l'acte de naissance ou de l'acte d'adoption du rejeté, nous avons constaté très vite que cette méthode n'était pas la meilleure à suivre, très rare était la transcription du rejet dans les actes de naissance ou d'adoption.

c. L'institution de la preuve par écrit

506. La preuve¹ écrite est devenue la seule preuve irréfragable, toutes autres preuves ne sont plus admises que par la force majeure depuis les instructions aux Sakaizambohitra. La même circulaire du 5 juin 1897 portant inscription des actes de l'état civil des indigènes dans son paragraphe 2° a repris la fiscalisation du rejet et de l'adoption que prévoyait le droit coutumier en remplaçant le « *Hasin'Andriana* » et le « *Orimbato* » par un droit fixe de 1 Fr 50² et rappelle que l'art. 46 des Sakaizambohitra et l'art. 229 du Code de 1881 imposent l'enregistrement des actes de rejet et d'adoption sous peine de nullité.

507. Pour éviter toute contestation ultérieure, tout acte d'adoption ou de rejet devait être enregistré : sans quoi, l'acte est considéré comme nul et de nul effet, comme s'il n'avait jamais existé ; en tant qu'acte authentique, l'acte de rejet fait foi jusqu'à inscription de faux. Les dispositions du droit traditionnel écrit voulaient éviter toutes contestations relatives aux actes intéressés qui créent ou annulent des droits de succéder. Si l'adoption offre aux Malgaches privés d'enfant le moyen légal de satisfaire leur ardent désir de postérité et d'assurer le soutien de leur vieillesse, elle ne constitue dans d'autres cas qu'un moyen

¹ « Le verbe « prouver » vient du latin probare qui signifie approuver, tandis que probatio se rattache à *probus* qui signifie être bon, honnête. La preuve serait ainsi l'opération par laquelle un fait ou une allégation deviendrait valable. », in VIAL Géraldine, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Grenoble II, 2006.p. 2.

² Ce même droit de 1 Fr 50 a été retenu par l'arrêté du Gouverneur Général du 10 décembre 1904 pour un acte d'adoption ou de rejet, tandis que les déclarations de naissance et de décès ou les mariages restent gratuites, plus tard, l'arrêté du 13 juin 1910 le revoit à la hausse dans son art. 2, § 3 et fixe le droit d'enregistrement à 5 Fr.

d'éteindre une dette, de reconnaître un service ; on l'a vu couvrir des aliénations des donations fictives ; quelques fois le résultat de manœuvres captieuses au détriment des héritiers naturels¹. Sur ce dernier point, nous pensons « exagéré ou erroné » d'avancer une autre finalité de l'adoption : si l'idée peut se trouver valable en droit français du fait de la réserve héréditaire, le malgache en vertu du *Masi-mandidy* n'aurait besoin de créer un lien fictif de filiation pour donner, léguer ou tester. Mais, il est incontestable que la preuve écrite d'enregistrement d'un acte d'adoption ou de rejet écarte tout soupçon quant à son contenu au-delà des règles de forme pour la validité d'un acte : en dehors d'un temps minimum à respecter par l'adoptant, le rejetant ou le testateur, qui doit être fait au moins une semaine avant leur décès ; 15 jours par la législation orale, ramenés à 7 jours².

508. L'écrit est devenu le seul mode de preuve de l'existence de l'acte de rejet et de son contenu : l'acte de rejet est revêtu de la force probatoire. La règle est rigide, mais sécurisante, car le pouvoir royal comptait protéger les intérêts des personnes privées contre tout litige découlant du seul mode de preuve testimoniale. Cette dernière n'était plus acceptée comme preuve du rejet sauf dans les cas de détérioration ou de la perte du registre³ où la justice royale appréciait sa validité. Toutefois, la justice indigène relativisa la règle stricte concernant l'enregistrement antérieur à la colonisation en admettant la preuve par témoins (par exemple dans l'adoption). En cas de force majeure : destruction des registres par des catastrophes ne permettant pas de produire l'acte lui-même, ou exceptionnellement, sans leur faute, les parties sont dans l'impossibilité de présenter un acte régulier : « il appartient aux juges d'apprécier ces cas et de dire s'ils autorisent ou non l'admission des preuves par témoins »⁴. La contestation de l'acte de rejet valablement écrit dans les registres porte sur les éléments du contenu, et n'est plus possible qu'en cas d'inscription de faux (vise et engage la responsabilité de l'officier de l'état civil) où elle est soumise à la preuve par tout moyen puisqu'il s'agit de prouver l'existence d'un fait. La preuve littérale obligatoire d'un acte de rejet connaissait des exceptions à Madagascar où le registre de l'état civil en question n'était pas complètement vulgarisé sur tout le territoire que pendant l'administration française. Cette forme de preuve

¹ C.G du 5 juin 1897 au sujet de l'inscription des actes de l'état civil des indigènes, in GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 255.

² Art. 235 du Code de 1881. An-dohariana.

³ À l'instar du CCF Art. 46 et des décisions de la Cour de Cassation : libre preuve si impossibilité matérielle établie, autre écrit-témoignages-présomption, Cass. Req. 14 nov. 1922, S.1924, 1, 71 ; Cass. Civ. 1^{re}, 12 juillet.1960, Bull. civ. I, n° 386, Cass. Civ. 1^{re}, 24 oct. 2000, Dr. fam. 2001, 37, note H. Lécuyer

⁴ C.T du 7 mai 1908 ; C.T du 8 juillet 1909.

rigide et irréfutable est donc à relativiser encore une fois en considération de la coutume, de l'étendue des services d'enregistrement de l'état civil sur le territoire. Dans une comparaison diachronique, l'ancien droit malgache imposait l'écrit dans les modes de preuve, l'art. 1359 du droit français affirme désormais que l'écrit est la meilleure des preuves en matière civile.

2) La procédure contradictoire obligatoire du rejet

a. Présence obligatoire du rejeté

509. La maxime latine « *qui tacet consentire videtur* », « qui ne dit mot consent », du Pape Boniface VIII (1235-1303) a été écartée dès l'aube de la législation écrite sur le rejet qui considérait son caractère d'ordre public et par la procédure contradictoire obligatoire. La preuve de la mise en demeure du rejeté se faisait dans le temps par la déclaration formelle des témoins sur l'individualité des parties au rejet et de la connaissance par le rejeté de sa convocation devant le Sakaizambohitra pour répondre s'il est d'accord ou pas du rejet dont il fait l'objet. Selon la coutume, cette convocation devant les autorités était déjà précédée d'une médiation familiale, mais qu'aucun compromis n'a été trouvé. Cette justification pouvait se faire par tout moyen, notamment par la présence des membres de la famille et du fokonolona et de leur déclaration¹. Les actes de rejet ne pouvaient se faire qu'à l'initiative du rejetant et par la présence obligatoire² du rejeté ou de son tuteur : le juge peut annuler l'acte de rejet sur requête du rejeté ou de son représentant en cas de vice de forme ; il existe même dans les actes d'adoption une interdiction de rejet sans la présence du rejeté³. Par exemple, le père a rejeté son fils légitime de deux ans en l'absence de la mère, cette dernière après avoir été mise au courant de la clandestinité de l'acte et du témoignage exclusif des quatre membres de la famille du rejetant, a demandé la nullité de l'acte : le tribunal⁴ a ordonné l'annulation et l'inscription en marge de l'acte de rejet.

510. L'idée d'une renonciation à l'état de la personne, à l'état familial ou à l'un des composants du droit des personnes est présumée contraire à l'ordre public. L'acceptation du

¹ Les actes de rejet mentionnent clairement l'absence ou la présence du rejeté et énoncent les noms des membres de la famille et du fokonolona présents attestant les faits : actes n° 33, 34 du 21 juin 1946 à Tananarive-Ambohimananina, acte n° 23 du 5 juillet 1946 à Tananarive-Ambatomainty ; acte n° 114 du 24 mars 1949 à Tananarive-Ville, acte n° 395 du 6 septembre 1949, actes n° 225, 226 du 26 avril 1950, etc.

² C.T du 21 juin 1900, arrêt suscité.

³ Acte d'adoption n° 1 du 24 avril 1921 à Tamatave-Anivorano : « Izay mety fananako rehetra dia ananganako azy avokoa ary tsy mahazo manary azy aho raha tsy mifanatrika izahay ».

⁴ Tribunal indigène du 1^{er} degré de Tananarive, n° 199 du 14 avril 1951, transcrit dans l'acte d'annulation de rejet n° 23 du 18 juin 1952 à Tananarive-Ambatomainty.

rejeté ne signifie donc pas renonciation, puisque ces droits subjectifs sont insusceptibles de renonciation¹ : on ne peut ainsi renoncer à être le fils de son père ou de sa mère, ou inversement de renoncer à l'autorité parentale (du moins sans intervention du juge), mais on peut renoncer à ces effets. La présence du rejeté ou à défaut la justification par le rejetant que le rejeté ait été mis en demeure d'assister à l'établissement de l'acte de rejet, est exigée (art. 37, 3° de la loi n° 61-025 sur les actes de l'état civil). Il en découle de ces dispositions, avant l'entrée en vigueur de la loi n° 63-022 sur le rejet que l'enregistrement du rejet est conditionné par la présence obligatoire du rejeté ou quand celui-ci a dédaigné de ne pas se présenter, d'apporter la preuve qu'il a été effectivement prévenu au moins dans la huitaine précédente de sa convocation devant l'officier de l'état civil. Cette justification de mise en demeure peut être faite par la production d'une lettre recommandée avec accusé de réception ou par huissier, la preuve par témoins n'était plus acceptée qu'en cas de force majeure.

b. L'extinction de l'idée de peine privée du rejet

511. Les peines privées sont distinctes des peines publiques en ce que dans les premières, « la mise en action de la procédure pénale n'a pas pour principe un droit et un devoir commun à tous les citoyens, mais la libre résolution de l'offensé, de l'arbitraire duquel il dépend de poursuivre l'action pénale ou de la laisser tomber, et qui peut exercer ainsi une sorte de droit de grâce »². Au fur et à mesure que la société s'organisa, que la justice royale se structura, et surtout par l'abolition de l'esclavage (caractérisant la peine privée parfaite appliquée par le rejetant), le rejet d'enfant connut ses premières législations écrites et ne s'appliqua plus à sa forme extrême, la privation de liberté. La peine privée laissait sa place de vengeance et justice privées au délit privé et à la peine publique, et au fil du temps aux deux autres forces de peines, celle de la réparation et celle publique³. La notion de peine civile⁴, issue de l'idée de peine privée, démontre son appartenance au droit criminel par son principe et par son but et au droit privé par sa forme et ses effets. Alors que Merkel dit qu'il y aura peine privée lorsque le rapport appartiendra pour l'espèce au droit privé (*privatrechlicher Art*) et qu'il y aura peine

¹ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 356.

² SAVIGNY Friedrich Carl von, *Le droit des obligations, Tome II*, Auguste Durand, Librairie - Éditeur, 1863. trad. C. Gérardin, P. Jozon, p. 476. Définition analogue de la peine privée basée sur l'idée de délit privé ; DURKHEIM, p. 99. ; HUGUENEY Louis, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse, Dijon, 1904.p. 7.

³ HUGUENEY Louis.p.I.

⁴ SAVIGNY Friedrich Carl von.p. 470.

publique lorsque, par sa nature, il se rattachera au droit public (*öffentlichrechtlicher Natur*)¹ : en revanche : « si cette sorte de sanction intermédiaire est en partie une chose privée, dans la même mesure, ce n'est pas une peine »². Nous préférons laisser au lecteur la curiosité d'aller au plus profond de la dissemblance des termes utilisés : néanmoins, les critères de peine privée ne font aucun doute sur les caractéristiques de peine³ infligée au rejeté plus ou moins arbitrairement par une personne privée, le père et à défaut la mère, le tuteur ou la famille. La doctrine essaya d'ailleurs de délimiter le domaine de la peine privée et celui de la réparation du préjudice⁴. Ce qui nous préoccupe est plutôt la classification du rejet d'enfant et d'en déterminer ses caractéristiques qui se rapprochent de l'idée de peine privée recommandée en matière de préjudice moral, se manifestant comme une réaction passionnelle de l'individu lésé contre le mal qu'il a souffert, même si aujourd'hui peine privée et peine civile semblent bien près de s'être soudées⁵. Les législateurs autant que les juristes, pour mieux appréhender la différence entre les peines, se seraient rapprochés dans l'acception de l'usage du terme « sanction civile » : déjà, l'École de l'exégèse niait la peine privée pour ne consacrer son expertise qu'à la réparation. Le caractère arbitraire du rejet d'enfant, laissé à la seule décision du titulaire du droit de rejet s'effaça au profit d'une ultime tentative de conciliation, de la démarche contradictoire, de l'intervention de la justice : caractéristiques d'une sanction civile.

3) En cas d'opposition au rejet

512. Tout acte de rejet ou d'adoption pourrait faire l'objet d'une opposition, soit par l'intéressé soit par toute autre personne ayant un intérêt lié à l'acte. Les conditions d'usage ne sont pas les mêmes pour les institutions : cependant, si l'adoption nécessite la volonté de l'adopté ou de ses parents, l'enregistrement du rejet quant à lui devrait se faire en présence du

¹ MERKEL A., *Juristische Encyclopädie*, 2^e éd., par Merkel R., Berlin, 1900, §291, HUGUENEY Louis.p. 12.

² DURKHEIM Émile, *Les règles de la méthode sociologique, De la division du travail social*, F. Alcan, 1901.p. 96.

³ « La peine étant comme une souffrance éprouvée par le coupable sur le fondement d'un rapport de droit s'établissant par suite d'un méfait soit entre lui et l'État, soit entre lui et le particulier, sa victime », MERKEL A. *Juristische Encyclopädie*, 2^e éd., par Merkel R., Berlin, 1900, §291., in HUGUENEY Louis.p. 12.

⁴ « Mais où s'arrête la réparation et où commence la peine privée ? » se demande M. Hugueney : Hindenburgh, *La théorie des dommages-intérêts*, Revue critique, 1901, p. 2649 ; De la Grasserie, *De l'obtention par l'action publique d'une peine au profit de la partie lésée*, Revue critique, 1897, p. 35-41 ; Tournier, *De la condamnation à des dommages-intérêts comme moyen de contrainte et comme peine*, Thèse, Montpellier, 1896, p. 194 ; Teisseire, *Essai sur le fondement de la responsabilité*, Thèse, Paris, 1901, p. 311, note 1, in *Ibid.*p. 19 et s.

⁵ *Ibid.*pp. 16-21.

rejeté ou de ses parents à l'époque où le rejet des enfants mineurs était encore admis. Ce droit à opposition empêchait le gouverneur du village d'enregistrer l'acte : une sanction sévère de 10 bœufs et de 10 piastres était prévue contre « l'officier de l'état civil » qui passait outre le droit d'opposition et qui enregistra l'acte. La justice indigène¹ avait aussi confirmé la présence obligatoire du rejeté à l'acte : il est vrai que cette présence permettait au rejeté d'y faire opposition et de revenir devant le conseil de famille et du fokonolona, mais aussi s'il reconnaît ses torts de demander un « pardon ». C'était l'ultime chance de tenter une issue amiable au litige entre le pressenti rejeté et ses père et mère ou sa famille : si la réconciliation n'aboutissait pas, l'affaire sera portée devant la juridiction compétente.

a. Procédure à l'amiable obligatoire devant le Conseil de famille ou le Fokonolona

513. Le conseil du fokonolona pouvait se réunir dans toutes les affaires où le conseil de famille ne trouva pas de solution : « deux cases peuvent se constituer en tribunal, trois sont d'autant mieux qualifiées pour trancher le différend (rua tranu mahefa, telu tranu mahavita)². Il sera ensuite partagé entre la royauté et le fokonolona un droit au procès respectivement le « *Hasin'Andriana* » et le « *Orimbato* » : il exista alors un droit à payer à l'intervention du fokonolona, non seulement pour juger, mais en tant qu'arbitre. Il était en effet admis que l'opposition au rejet soit ouverte à toute personne ayant intérêt directement par l'acte, qu'il soit membre de la famille ou du fokonolona. Le caractère de publicité du rejet écartait toute volonté malveillante ou dolosive ayant pour but de dissimuler ou d'éviter d'honorer ses dettes sous forme d'organisation de la faillite. La présence du *Fokonolona* et de certains membres de la famille rendait le rejet à la connaissance de la communauté locale, non seulement pour essayer de trouver une issue à l'amiable dans le conflit, par des conseils de remise à la raison de l'enfant, mais aussi d'avertir toutes personnes de loin ou de près qui pourraient être concernées par l'acte et de ses effets. L'opposition au rejet appartenait à toutes personnes ayant un intérêt moral ou pécuniaire sur l'acte de rejet : la connaissance par le *Fokonolona* de l'acte pouvait ainsi limiter les abus de rejet tel qu'il a été utilisé pour désavouer la paternité

¹ C.T du 21 juin 1900 : « Il est de principe en droit malgache que l'acte de rejet doit être dressé devant le rejeté ; cette obligation a pour but de lui permettre de défendre ses intérêts et de faire opposition s'il juge nécessaire... »

² JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 357 ; CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 84 : « Pour le procès qui surgit dans un fokonolona, je donne aux 2 ou 3 maisons ou familles qui y habitent le pouvoir de l'arranger, et ce qu'elles auront fait sera considéré comme fait par moi-même... ».

alors même que les membres du Fokonolona peuvent certifier la bonne conduite de la femme pendant l'absence temporaire du mari par exemple.

b. La composition du conseil de famille

514. D'après le droit coutumier, le conseil de famille pouvait inclure deux ou trois maisons familiales seulement : c'est-à-dire deux ou trois maisons dirigées par deux ou trois pères de famille, à défaut par les aînés masculins ou les mères de famille. Le conseil de famille peut être constitué de deux représentants du côté paternel et deux représentants du côté maternel¹, l'opposition du conseil de famille ou du fokonolona à un acte de rejet est valable : par conséquent, l'acte de rejet doit être porté devant le tribunal pour être autorisé. Dans la coutume malgache, le conseil de famille doit respecter la règle de l'équité : les membres du conseil de famille appelés à connaître un conflit familial doivent toujours être représentatifs des lignages ou de degrés de parenté, qu'ils soient du côté de la femme ou de l'homme tout comme en droit français. La désignation² et le rôle du conseil de famille consistent surtout à apaiser les conflits familiaux, à protéger les intérêts supérieurs des enfants et à « délimiter les pouvoirs du tuteur sur la personne et le bien du mineur »³. Cependant, plus le nombre des membres du conseil de famille est élevé, plus la validité de leur décision primerait. Dans les conseils de famille ou du *fokonolona*, et ce, pour nommer leurs représentants respectifs, la tradition du vote à main levée fut respectée ; une forme de démocratie participative des membres de famille et du *fokonolona* dans la conduite de leurs affaires sociales et politiques locales. Dans notre sujet, le fait de porter à la connaissance du voisinage de l'existence d'un conflit familial supposerait sa gravité jusqu'à la rupture irrévocable du lien familial. Si le conseil de famille en présence des membres du fokonolona n'arrive pas à concilier les parties, et après une deuxième tentative, ils ne peuvent qu'en témoigner devant l'officier de l'état civil, le cas échéant devant la justice. Le rôle du conseil de famille dans son concept malgache

¹ COMMISSION DE RÉDACTION DU CODE CIVIL, « Rapport de synthèse, présenté par la Commission Provinciale de Constatation des Coutumes de Fianarantsoa », Ministère de la Justice, 1961.p. 15.

² GARÉ Thierry, *L'essentiel sur les personnes*, L'Hermès, 1995.p. 89. Outre le juge de tutelle, président (art. 400), le conseil de famille comprend 4 membres y compris le subrogé tuteur et le tuteur (art. 399 et s. du CCF) «qui sont choisis librement. Le juge peut se référer au degré de parenté, mais il tient compte principalement de l'âge, de l'état de santé, des aptitudes des proches, d'une représentation égale des deux lignes et l'intérêt de l'enfant ».

³ MOALTA Robenatte Ténadji, *L'autorité parentale : Etude comparative des problèmes de droit interne et international privé (France et Pays d'Afrique Noire : Côte d'Ivoire, Congo, Sénégal, Tchad, Zaïre)*, dirigée par F. Boulanger, Paris VIII, 1991.p. 197.

semble ainsi dissemblé de celui du droit français dans l'extension de leurs prérogatives à une médiation sur un conflit familial ou communautaire : le conseil de famille du droit malgache peut intervenir sur un conflit des personnes majeures à l'intérieur de la famille ; p. ex., sur la réconciliation d'un couple avant d'entamer le divorce, sur les différents litiges successoraux, sur le comportement infâme d'un de ses membres, non seulement sur l'intérêt des mineurs et de l'accomplissement de la volonté des parents décédés.

c. La procédure d'opposition

515. Avant la législation écrite sur le rejet, l'opposition se faisait devant le *fokonolona* et le conseil de famille (les deux entités formaient le conseil d'arbitrage), si aucune entente ne pouvait être trouvée entre l'adoptant et le rejeté ou de ses parents (souvent, la mère puisque le rejet servait aussi à désavouer la paternité autrefois), le rejet rentrait en vigueur moyennant le paiement des droits, sauf si le *fokonolona* s'y opposait avons-nous vu. Le droit d'opposition du rejet ou de tout autre acte par le *fokonolona* était contenu dans leurs prérogatives en matière judiciaire et en tant que témoins des faits survenus dans la localité, il disposa d'un pouvoir de contrôle des actes civils de ses membres. Cependant, le résultat de nos recherches sur les cas de rejet et d'opposition du *fokonolona* n'a révélé aucun exemple de ce type d'opposition. L'opposition eut été prévue par les Instructions aux Sakaizambohitra puis reprise par le Code de 1881 avant d'être réorganisée par l'art. 5 des Ordres aux gouverneurs du village de 1889, l'opposition aux actes de rejet ou d'adoption, de vente, de mariage, etc., devenait un droit écrit, et appliquée par la suite par l'administration coloniale. L'opposition est formulée par une personne intéressée par l'acte de rejet, d'adoption, d'aliénation ou autres, l'officier de l'état civil chargé de l'enregistrement de l'acte renvoie les parties devant le tribunal compétent où l'opposant doit faire valider son opposition. Si l'opposition est accueillie par le tribunal, le rejetant ne serait plus autorisé à enregistrer l'acte : dans le cas contraire, les références du jugement autorisant le rejet sont marquées en marge par l'officier de l'état civil. Ainsi, quand un individu (ou ses parents ou l'un d'entre eux s'il s'agit d'un mineur), valablement averti et tenu de se présenter au service de l'état civil, décide de faire opposition au rejet, « le gouverneur doit surseoir à l'inscription de l'acte et renvoie les parties dans la huitaine. Faute par l'opposant de se présenter à cette deuxième comparution, son opposition est considérée comme nulle et non avenue ; s'il se présente de nouveau et la maintient, le gouverneur doit renvoyer les parties devant la juridiction compétente »¹.

¹ C.G du 5 juin 1897, de l'opposition.

4) L'ultime recours à la justice

a. Devant la justice royale

516. Les conflits de famille nécessitent parfois l'arbitrage s'ils persistent au-delà de la médiation traditionnelle : cet arbitre est, de tradition, représenté par l'autorité judiciaire, gardienne du secret et de la paix des familles¹. La justice royale était liée pour la première fois à l'existence de la preuve par écrit, et ne pouvait aller à l'encontre de ce qui a été prouvé littéralement sur les motifs du rejet et du déroulement de la procédure d'opposition. En effet, une situation pouvait engendrer des problématiques sur la validité du rejet d'enfant régulièrement inscrit, mais dont la finalité ne consistait en rien sur la sanction infligée à un enfant suite à un manquement au devoir de respect ou à l'honneur familial. Il s'agit d'une fraude à la loi perpétrée par l'aîné ou l'ascendant titulaire du pouvoir afin de s'enrichir personnellement au détriment d'un ou de plusieurs cohéritiers. La fraude étant définie par une intention de préjudicier à autrui sans violence, mais par tous les moyens, y compris des moyens de droit². Cependant, nous avons cherché en vain des décisions de la justice royale concernant le rejet, qu'il s'agisse de la procédure de rejet, d'une opposition ou de la preuve de rejet. Théoriquement, la fraude fait échec à toutes les règles, *Fraus omnia corrumpit*, l'application de cette maxime célèbre par la justice royale malgache nous semble impossible, rien n'indique en effet dans nos recherches la transposition d'un principe de droit. D'une part, la justice royale malgache avait toujours considéré la coutume et les faits comme prémisses à une décision équitable, pas totalement et nécessairement en jugement du droit d'où les procès qui n'avaient « jamais » été entièrement gagnés par l'une ou l'autre partie, d'autre part les Malgaches ne discutent pas de leur tort et acceptent le verdict des parents, les aînés.

b. Devant la justice indigène

517. Pendant la période coloniale, selon l'art. 15 du décret de 9 mai 1909, l'opposition au rejet est portée devant le tribunal du 1^{er} degré de la justice indigène. En ce qui concerne le rejet, le droit à la procédure contradictoire et le droit d'opposition devenaient définitivement acquis au rejeté. Le juge³ apprécie souverainement les motifs du rejet et de l'opposition,

¹ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 24.

² CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004, p. 250.

³ Tribunal indigène du 1^{er} degré de Fianarantsoa du 18 octobre 1905, jugement autorisant le rejet, transcrit en marge de l'acte d'adoption n° 45 du jour même ; jugement de la même juridiction relaté, mais non daté dans un acte de rejet n° 12 du 23 février 1903.

valide ou rejette l'autorisation d'enregistrement, annule des actes de rejet enregistrés pour vice de procédure. Une affaire a été portée devant le tribunal d'une demande d'inscription d'un acte de rejet suite à une opposition faite par deux des huit enfants adoptifs enregistrés antérieurement au service de l'enregistrement : le tribunal de 1^{er} degré de Fianarantsoa¹ avait autorisé l'inscription du rejet de ces deux enfants adoptifs confirmant le motif de mésententes manifestes avec le rejetant contrairement à ses autres sœurs et frères adoptifs. Faute de diligence de l'opposant au rejet ou à tout autre acte devant le tribunal, la partie adverse peut demander au tribunal² la radiation de l'opposition et donc d'autoriser le rejet ou tout autre acte à être enregistré. Sans cette radiation expresse de l'opposition par le tribunal, la partie qui compte enregistrer un acte ne pourra le faire, interdiction est faite aux officiers de l'état civil.

C. Les différentes formes de l'acte de rejet

1) Le rejet par un acte unilatéral

a. L'autonomie de la volonté du rejetant

518. L'acte juridique est une manifestation de volonté ayant pour objet de produire un effet de droit³ : l'acte unilatéral émane d'une seule personne donc d'une seule volonté (p. ex., un testament qui contient la volonté d'une personne de régler la dévolution de ses biens après sa mort). Il n'est pas à confondre avec le contrat unilatéral où seule une personne est obligée même s'il nécessite l'accord de volonté des deux parties. Le rejet d'enfant est un acte unilatéral qui intéresse le droit des personnes, plus précisément des effets qui en découlent. C'est un acte qui ne crée pas d'obligation ni envers la personne qui le fait ni envers la personne à qui il s'adresse, il annihile les obligations qu'existaient entre ces personnes. Cette volition de mettre un terme au lien de parenté et de ses effets caractérise l'atypie de cette institution provoquant des divisions sur son usage et son exercice : mais son empirie démontre que malgré les différents préjugés (caractère exorbitant, immoral), elle présente des effets juridiquement acceptables dans une relation intergénérationnelle complexe et compliquée.

b. Le rejet testamentaire

519. Le rejet testamentaire est l'une des manifestations les plus concrètes, voire les plus parfaites des sanctions du manquement aux devoirs de respect aux aînés : ce que les auteurs

¹ Tribunal indigène du 1^{er} degré de Fianarantsoa du 22 décembre 1902, jugement de rejet marqué en marge de l'acte d'adoption n° 7 du 20 septembre 1901 à Fianarantsoa-Ville.

² Déclaration de rejet faite devant le Président du Tribunal indigène du 1^{er} degré de Fianarantsoa en l'absence des trois rejetés, autorisée et enregistrée dans un acte de rejet n° 83 du 21 décembre 1903.

³ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.196.

pensent comme une exhérédation pure et simple : le rejet testamentaire est un rejet conditionnel, on l'appelait également rejet-exhérédation¹. Dans une seconde acception, il apparaît sur le rejet testamentaire une sorte d'abus de droit où le « *de cuius* » non seulement fera observer sa volonté, mais encore par cette même volonté pourra encore appliquer une peine à qui enfreindra sa volonté. De ce fait, l'héritier est soumis à une double volonté, et du testateur et de l'héritier universel. Que faute de transgresser la volonté de ce dernier, il encourt le rejet du testateur et se trouve ainsi dépouillé de sa part d'héritage et exclu de la famille du rejetant décédé. La personne du défunt continue à exister à travers la personne de l'héritier universel, qui d'après la coutume malgache, est souvent « l'aîné » des descendants ou celui qui continue la personne du défunt et de sa volonté endossant le titre d'« aîné ». Mais il est étonnant de voir la continuité de la personne du défunt non pas à travers sa volonté « *Masi-mandidy* », mais aussi de sa capacité à sanctionner encore un ou plusieurs héritiers. Il ne s'agit pas d'obligation conditionnelle, de réparation, de dommages-intérêts prédéfinis, mais d'une peine privée ou d'une clause pénale² dans les obligations civiles de respect de la volonté du défunt. La justice indigène au vu des conditions et des procédures de rejet a tranché que : « dans tous les cas, l'acte de rejet doit être exprès ; le rejet ne peut résulter implicitement d'un autre acte »³. Le rejet ne doit pas être confondu avec la disposition contenue dans un testament par lequel le testateur déshérite un enfant et déclare rejeter un enfant. Le rejet dans ce cas est une sorte d'exhérédation et rien de plus ; l'enfant ainsi rejeté fait toujours partie de la famille du testateur⁴. Souvent, dans un testament se trouvent des clauses conditionnelles, parfois négatives, c'est-à-dire interdiction de faire ou de vendre ou de louer, parfois positives, obligation de faire, d'assumer certaines charges, de partage équitable. L'héritier acceptant la succession doit se conformer à des obligations imposées par le testateur pour pouvoir garder sa qualité d'héritier, faute de quoi des sanctions peuvent tomber comme la déchéance, l'exhérédation. Cette situation juridique est appelée « la stipulation de peine »⁵ ou d'autres

¹ RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », Ministère de la Justice, 1962.p. 75.

² Pour aller plus loin, Lacaze, De la nature de la stipulation de peine, Thèse, Paris, 1889, p. 33. ; Hébert, De la clause pénale dans les obligations civiles, Caen, 1890., in HUGUENEY Louis, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse, Dijon, 1904.p. 173.

³ C.T du 19 décembre 1907

⁴ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 40.

⁵ En droit français, CCF, art. 2047 : « On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter ».

auteurs parlent aussi d'obligation conditionnelle¹, faisant référence à la réparation de la clause de dommages-intérêts en cas de manquement à ces obligations. La réforme apportée par la nouvelle loi sur le rejet, de sa qualification juridique de sanction prononcée par la justice et de la reconduction du principe du *Masi-mandidy* permettant ainsi d'exhérer un successible, ont rendu le rejet testamentaire ou rejet-exhérédation sans objet.

2) Le rejet par une convention

a. Le rejet : une convention implicite par l'effet de la loi

520. Cette négociation pour régler définitivement un conflit familial devant les groupes sociaux (famille ou « *Fokonolona* »), conclue par les parties et entérinée par le versement du « *Hasin'Andriana* » et du « *Oribato* », était la forme traditionnelle du rejet d'enfant. Cette convention juridiquement valable s'imposa aux parties et aux tiers. Nous préférons ici utiliser le terme « convention » plutôt que le terme « contrat », le contrat étant une convention et fait partie de cette dernière. La convention est un accord de volontés entre deux ou plusieurs parties : c'est une convention négative, car elle ne fait pas naître des obligations, mais les fait disparaître ou éteindre : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »², alors que les conventions contraires aux bonnes mœurs sont considérées comme un abus du droit de contracter³. Étant donné que le rejet est un acte unilatéral de volonté, les conditions de forme restrictives du rejet à la possibilité du rejeté ou de ses représentants légaux de faire opposition à l'acte impliquent nécessairement soit le renvoi de l'affaire devant le tribunal, soit par l'acceptation du rejet par le rejeté. Dans ce second cas effectivement, l'acquiescement par le rejeté ou ses représentants s'inspire de l'accord de volontés des parties d'où la qualification de convention au rejet⁴ que nous avançons : par exemple, la remise de dette est une convention qui implique un accord entre le créancier et le débiteur, elle n'est pas un contrat, car elle ne crée pas d'obligations, mais les éteint⁵. Dans la pratique coutumière du rejet, avant même sa consécration juridique par la condition de validité de l'acte et au paiement des droits, l'acte de rejet fut un acte unilatéral de volonté sans

¹ En droit français, art. 1226 et s. du CCF

² MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.339.

³ JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006.p. 148-149, n° 113, 114

⁴ P. ex., Registre n° 1345, 4e feuillet du 16 Adimizana 1884, frère et sœur qui se sont adoptés, se sont rejetés par la suite puisqu'ils ont eu chacun des descendants : les actes de rejet ont été faits en présence des autres collatéraux, les rejetants et rejetés sont restés en bons termes.

⁵ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent.p199.

que le rejeté ou ses représentants puissent s'y opposer ou se défendre des motifs qui lui sont reprochés : le rejet fut une prérogative exorbitante de la puissance paternelle.

b. Une convention exceptionnelle à l'indisponibilité de l'état familial

521. Si le concept d'ordre public ne trouve pas de différence entre les deux droits malgache et français, la notion de bonnes mœurs peut varier selon les époques et selon l'endroit à Madagascar où certaines coutumes locales peuvent dissembler les unes et les autres, et si nous les considérons comme des règles de comportement de l'homme pour préserver sa dignité humaine. Néanmoins, les objets concernés par les bonnes mœurs ne sont pas variables comme nous pouvons penser, mais ce sont les éléments qu'elles contiennent qui suivent la réalité sociale : « la convention... ne serait contraire aux bonnes mœurs que si, abstraction faite de l'organisation sociale actuelle, elle peut nous apparaître comme blâmable »¹. De même, la notion d'ordre public impose aux parties de ne pas se convenir sur des causes prohibées par la loi, le rejet n'est pas contraire à l'ordre public français puisqu'il n'a pas comme effet d'effacer l'identité d'une personne. Une question reste toutefois à répondre si la qualification de l'acte de rejet comme convention anéantissant les effets des obligations familiales moyennant une donation faite au profit du rejeté est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Le droit traditionnel malgache accepte que le rejetant accorde au rejeté un « ultime don »² : aucune règle traditionnelle ne prohibe cet usage, au contraire, le plus souvent et selon la coutume, le rejetant ne laissait pas le rejeté dans l'exclusion totale ou dans l'indigence. L'ultime acte de libéralité au profit du rejeté entérine la rupture définitive du lien de filiation et des obligations familiales qui en découlent. Cette donation ne serait être comprise comme l'achat de l'acceptation de l'acte de rejet par le rejetant, mais de l'attribution d'une part qui semble revenir au rejeté pour qu'il puisse vivre, voire survivre indépendamment de sa famille.

522. Nous pouvons penser en effet que si l'acceptation de la donation par le rejeté contre son rejet de la famille est la condition de validité de la convention, cette dernière deviendrait nulle et de nul effet puisqu'elle est soumise à une condition immorale ou illicite : l'immoralité

¹ RAYNAL Jean, *Etude sur les Conventions immorales*, Thèse, Paris, 1900.p. 88.

² Acte de rejet n° 1 du 4 janvier 1911 à Tananarive-Ville, un rejet accompagné d'une compensation de 5 francs en présence du rejeté qui l'accepte ; acte de rejet n° 1 du 12 janvier 1916 à Tamatave-Anivorano : en présence du rejeté par devant l'officier de l'état civil, le rejeté accepte l'inscription du rejet et se voit attribué la somme de 30 francs : acte n° 2 du 14 mai 1940 dans la même localité, exhérédation et rejet dans un Testament : indiquant que les deux enfants (frère et sœur) rejetés et exhérédés n'ont pas donné de nouvelles depuis douze ans à leur propre père et évoque les motifs qu'ils ne l'aiment pas « *nohon'ny tsy fitiavan'izy ireo ahy rainy* », le jour où je mourrai ils seront rejetés, n'auront de mes biens que 5 francs chacun.

serait contre les bonnes mœurs tandis que l'illicéité contre l'ordre public. Nous pouvons dire que la donation faite suite au rejet ne constitue pas un vice à la formation de cette convention exceptionnelle par l'acceptation du rejet ni une condition ou une cause illicite. C'est la monétisation du rejet qui est contraire aux bonnes mœurs et à la morale, ce qui signifie qu'un enfant quelconque ne pourra demander à ses parents ou ascendants de le rejeter contre un paiement ou une donation quelconque : c'est exactement l'inverse de l'esprit de la loi coutumière sur le rejet ou de l'autonomie de la volonté si chère aux yeux des Malgaches. Les cas du rejet contre une donation étaient courants dans l'ancienne législation, il était fréquent que dans un acte d'adoption, l'adoptant détermine la part d'héritage qui reviendra à l'adopté à sa succession. Un acte juridique entièrement valide conformément au principe du *Masimandidy* : « dans ce cas, l'adopté n'a droit qu'aux biens qui sont désignés dans l'acte et il ne peut prétendre aux restants de la succession de l'adoptant »¹. Mais cette situation est source de problématique, si ultérieurement l'enfant adoptif faisait l'objet de rejet : est-ce qu'il restera en droit d'exiger les biens promis dans l'acte d'adoption ? Cette clause particulière dans l'acte d'adoption suppose plutôt un legs qu'une donation qui s'exécute immédiatement par suite de l'acte : dans ce cas, l'adoptant par une autre manifestation de sa volonté pourra revenir sur le legs ou dresser un testament en exhérédant ou en annulant les effets des clauses promissaires dans sa succession. Par ailleurs, on peut concevoir effectivement que les biens promis ne seront attribués qu'à la disparition de l'adoptant et de ce fait, même si la clause est valide, l'adopté n'entrera en possession des biens que lorsque l'adoptant disparaîtrait.

c. Une convention immorale en droit français.

523. L'art. 6 du CCF parle des conditions prohibées par la loi et des conditions contraires aux bonnes mœurs. Ce qui pourrait engendrer des dissemblances du droit malgache et du droit français dans l'appréciation d'une convention immorale ou illicite ne réside pas dans la différence de notion ou de concept de l'ordre public ou de bonnes mœurs, mais bien des évolutions de la réalité sociale que prennent note ces institutions. « Sans doute, il peut y avoir une action réciproque des mœurs sur les institutions et des institutions sur les mœurs »² : et sans doute, la considération d'ordre public de l'indisponibilité de l'état familial dans le droit français n'a jamais remis en cause la faculté pour la mère mineure célibataire d'interdire la communication des informations concernant la filiation de l'enfant qu'elle accouchait au nom de la protection des intérêts de l'enfant (ceux de la mère mineure, mais non pas de l'enfant qui

¹ C.T du 18 décembre 1902.

² RAYNAL Jean.p. 88.

vient de naître : nous considérons qu'il existe protection et protection des intérêts de l'enfant). L'anc. art. 1128 dispose qu'« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions » : ce qui implique l'existence des tabous, aucune société ne peut survivre sans tabous ; certaines de ces règles viennent du fond des âges ; d'autres varient d'une époque à une autre¹ (p. ex., le corps humain incessible, les sépultures sont hors du commerce, mais peuvent faire l'objet de conventions, ce qui est contradictoire). Le principe édicté par l'art. 6 en droit français étant l'indisponibilité de l'état familial et des actions de l'état², c'est-à-dire qu'on ne peut modifier le statut familial par un acte juridique de nature conventionnelle, et le caractère d'ordre public de l'état des personnes et de la famille entraînent indiscutablement la nullité de tels actes (par exemple ; la convention de séparation des époux en dehors de toutes les conditions requises par la loi, la convention d'adoption en dehors des règles expressément prévues à cet effet, la répudiation masquée par un acte de donation en vue d'une séparation, etc.). La règle de l'indisponibilité de l'état familial fait donc interdiction aux personnes de la disposition des droits familiaux au moyen d'actes juridiques revêtus de leur force obligatoire³. Mais cette interdiction⁴ de la procédure de la conciliation qui ne peut être menée pour des conflits familiaux, et tout particulièrement sur l'état familial ne connaissait pas moins d'exception : « en définitive, la procédure de médiation-conciliation peut être utilisée pour résoudre à l'amiable les conflits familiaux dans la mesure où elle parvient à se couler dans le moule des exceptions à la règle de l'indisponibilité de l'état familial »⁵. P. ex., le juge aux affaires familiales d'Argentan a intégré dans sa décision l'accord trouvé entre les parents pour l'attribution conjointe des droits d'autorité parentale dans une procédure à l'amiable menée par la médiation familiale⁶, ce qui confirme l'exception à la règle de l'indisponibilité de l'état familial et à l'immoralité du but. L'illicite n'est pas

¹ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p. 282.

² TOPOR Lucienne, *La médiation familiale*, Presses Universitaires de France, 1992.p. 85.

³ RAYNAL Jean.p. 87.

⁴ Décret du 20 mars 1978, art. 1 : « Il est institué des conciliateurs qui ont pour mission de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition ».

⁵ TOPOR Lucienne.p. 89.

⁶ TGI Argentan (ord. Jaf), 23 juin 1988 et TGI La Rochelle, 17 fév.1988, D, 1989. 411, note Claude Liehnard. Décision contraire : Tribunal. Enfants Toulouse, 13 sept. 1988, et Tribunal. Enfants Toulouse, 2 février 1989 (le juge revient sur sa décision), in *Ibid*.p.104.

forcément immorale¹ : l'appréciation de la cause se fait de la même manière que pour l'ordre public ou l'objet. On ne peut... que donner des exemples, et non pas définir un critère².

524. Le principe étant le même en droit malgache, cependant l'ancien droit sur le rejet requit l'acceptation par le rejeté et valida implicitement l'acte de rejet comme une convention. La convention de rejet d'enfant est une exception légale à l'indisponibilité de l'état familial, soumise à des règles de forme qu'était l'obligation d'enregistrement dans les registres de l'état civil. L'accord des volontés du rejetant et du rejeté caractérise cet atypisme de l'institution de rejet où l'ordre public coïncidait avec l'accord de volonté des parties. L'opinion publique et les autorités royales ne pouvaient aller à l'encontre de l'objet de la convention des parties de ne plus se considérer comme apparentées dans la famille. De même, il fut considéré comme de bonnes mœurs d'accompagner le rejet par une donation : ce qui ne constitue pas une cause³ immorale, mais un ultime acte de bienveillance du rejetant. En revanche, la demande expresse de l'enfant de lui accorder une donation pour sortir définitivement de la famille constitue une convention immorale. La justification revenait à la raison selon laquelle, on ne peut forcer un individu à s'entendre avec sa famille : si les discordes persistent, au contraire le maintien de telle situation à l'éternité sans qu'une solution juridique définitive intervienne pourrait entraîner des issues dramatiques et troublerait la paix familiale et sociale ; ci-après les usages multiples du rejet d'enfant dans l'ancienne législation.

SECTION B. Les multiples usages traditionnels du rejet d'enfant

525. La connaissance du rejet, au-delà des règles de forme qui s'imposent à peine de nullité de l'acte, passe nécessairement par une étude de ses caractères particuliers, et par une approche distinctive des autres objets corrélatifs à son propre objet : c'est la connaissance en faisant une comparaison interne à l'ordre juridique concerné (malgache). Le rejet d'enfant eut été une institution juridique multifonctionnelle ou à multiples usages d'où son caractère atypique et spécial. Connaître le rejet d'enfant consiste alors à connaître ses fonctions découlant de ses sources, motifs du rejet à savoir : l'exercice de l'autorité parentale, la révocation de l'adoption, le désaveu de paternité, de l'abandon d'enfant et enfin des règles

¹ Cass. Civ., 1^{re}, 17 février 2021, n° 19-22.234 : « la partie qui a effectué une prestation au titre d'un contrat annulé en raison de l'illicéité de son objet peut... demander la restitution en valeur des prestations exécutées ».

² MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2021.p. 277.

³ Art. 91 (LTGO) : « La cause est le but juridique immédiat et direct poursuivi par les parties qui s'obligent ».

régissant le droit des successions et de libéralités. Nous avons vu plus haut les personnes titulaires du droit de rejet, la personne du rejeté dans l'ancienne législation peut concerner « tout enfant de tout âge » : une institution multifonctionnelle ou plurifonctionnelle qui servait à tout défaire dans un lien de filiation légitime, naturelle ou adoptive. La justice¹ reconnaissait d'ailleurs que « la coutume ne fixe pas limitativement les cas de rejet... et que le rejet n'a pas à être motivé » au-delà des conditions d'enregistrement requises. À ce stade de la vie juridique du rejet, c'est-à-dire avant la promulgation de la loi n° 63-022, les recherches que nous avons effectuées nous permettent de faire une analyse fonctionnelle et d'apporter nos points de vue sur l'évolution historique et pragmatique de cette institution, reposant sur des faits réels vérifiés et vérifiables conformément aux exigences scientifiques. Les paragraphes suivants traitent les causes et multiples usages du rejet qui répondent aux besoins techniques de sécurité juridique dans le cercle familial en cas de conflit entre ses membres.

I. Le rejet d'enfant découlant de l'exercice de la puissance « parentale »

526. L'enfant légitime, naturel ou adoptif pouvait être rejeté, soit parce qu'il désobéissait leur père ou mère, soit son comportement était devenu intolérable pour eux et déshonorait la famille. Nous sommes réellement dans le sens originel du rejet qui servait de sanction civile en cas de débauche, de condamnation entachant l'honneur de la famille, s'il manque de respect ou fait preuve d'ingratitude envers ses parents, s'il désobéit à leurs ordres ou exerce des violences sur leurs personnes².

A. Le rejet et la puissance paternelle : comparaison historique du droit de correction

1) L'enfant sous la puissance paternelle du droit malgache

527. Comme dans toutes les organisations primitives de la famille ou presque, celle de la famille malgache à l'aube des législations dignes de ce nom, sembla ressembler à la *domus romaine* ou l'*oikos athénien*, ou encore chez les Arabes, « la famille patriarcale »³. Le souverain malgache instituait le père « chef et son représentant », assisté de la mère dans la famille : « de la majesté et de la toute-puissance du Roi, maître souverain sur terre et au ciel (sic) ; autorité qu'il a conférée aux pères et mères de familles, maîtres absolus, eux aussi, dans

¹ TPI de Tananarive, chambre du droit local, juridiction d'appel, « jugement » n° 230 du 16 juin 1958.

² RAZAFINDRATSIMA Fara Aina, DURAND Bernard et RABEARIMANANA Lucile, *Entre droit français et coutumes malgaches* [microfiche], Thèse, Fondation Varenne diffusion LGDJ, 2011.p.189.

³ LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Editions Dalloz, 2010.p. 48.

la limite du seuil de leur porte »¹. Ainsi, tous les membres de la famille tombaient sous la puissance paternelle à quelques différences près : notamment sur la liberté de la femme mariée et de sa capacité juridique depuis un temps immémorial. Une différence non moins conséquente puisque quelques années plus tard, le trône du royaume Merina tomba entre les mains des Reines, laissant penser que la famille patriarcale put se métamorphoser en famille matriarcale. « La puissance paternelle appartenait au père. Si ce dernier était dans l'impossibilité de gouverner la famille, pour quelque cause et pour quelque temps que ce fût, le pouvoir suprême était exercé par le fils aîné (*Andriamatoa* ²dit l'auteur, ou dans le langage courant *Lahimatoa*), s'il était en âge de l'exercer, ou, à défaut, par la mère... Comme chez les Romains, la puissance paternelle chez les Malgaches était une institution civile, qui avait sa source dans l'organisation sociale et dans la constitution de la famille. Le père, à l'origine, avait un pouvoir absolu sur les personnes et sur les biens ancestraux... »³. Les parents doivent à leurs enfants de bons conseils⁴, si on les enfreint on risque la « mort » ou sinon la « perdition », mais pour que la gestion des affaires familiales (de l'administration de ce petit état de famille nombreuse selon M. Cahuzac) marchât, « il fallait un chef » ; ce rôle de chef est endossé par le père avant tout, puis relayé par la mère en son absence. Le souverain Nampoina était répugnant aux enfants désobéissants et paresseux, les règles qu'il instaura en premier pour la puissance paternelle furent la possibilité au père de vendre l'enfant en esclavage dont le prix serait à partager entre le père et le souverain⁵. Cette dévolution de la puissance paternelle eut bien été dite par le souverain qui s'associe au père pour les mesures de coercition dans l'administration de la famille contrairement à ce que pensaient certains auteurs à défaut de lecture de l'œuvre des manuscrits découverts plus tard. Les règles orales coutumières sur l'éducation de l'enfant furent retenues et codifiées par les législations écrites ultérieures et étaient applicables à Madagascar jusqu'à l'entrée en vigueur de l'autorité parentale. Mais la puissance paternelle ne semblait pas d'une rigueur, ou d'une démesure puisque la mère détenait déjà indépendamment ou avec l'aval de son mari le droit de

¹ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.pp. 299-300 : « De la puissance royale et de la puissance paternelle : « Ni amin'ni fihandrianan'ni mpandzaka mandzaka eran-tani eran-danitra si ni amin'ni rai aman-dreni numeni handzaka eran'ni varavarana ».

² Andriamatoa signifie Monsieur : qui vient des deux mots joints Andriana et Matoa, le second peut se traduire comme mur ; désigne donc la civilité de la personne masculine majeure.

³ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 45.

⁴ « *Tsipak'ombalahy ny ana-dray aman-dreny : mahavoa mahafaty ; tsy mahavoa mahafanina* »

⁵ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.pp. 304-305.

correction : s'il est un enfant dont la conduite est déréglée, et qu'il s'agit de le mettre à la raison en l'attachant, les père et mère ou les plus proches parents pourront le faire, mais devront en aviser l'autorité ou le rejeter (art. 155 et 233 du Code de 1881).

2) L'enfant sous la puissance paternelle du droit romain

528. L'organisation de la famille romaine régie par la « *patria potestas* » ne se fonde pas essentiellement sur la parenté créée par le lien de sang. La parenté ne pouvait naître que par l'effet des modes constitutif de la puissance paternelle : par l'effet du mariage, de l'adoption et de la légitimation. Le père trouvait sa puissance paternelle dans la famille des « *justae nuptiae* », c'est-à-dire la famille légitime, et à côté existait à l'époque chrétienne l'organisation de la famille, celle appelée « *concubinatus* », une union de fait qui, sans s'élever à la dignité du mariage, n'étant point un commerce illicite¹. La loi consacrait la situation des enfants nés du concubinage, « *liberi naturales* », ils étaient élevés sous la puissance paternelle comme les enfants issus du mariage. Une autre catégorie d'enfant naturel né en dehors du mariage et du concubinage existait sous le nom de *spurii* ou *vulgo concepti*. C'est la situation de ce que nous appelons de nos jours les enfants naturels, ces derniers suivent la condition de la mère et autrefois il était inconcevable de rechercher la paternité. À côté de ces enfants soumis au *pater familias* (qui a l'entière disposition des biens et de la personne physique de ses enfants)², existaient selon l'histoire du droit romain ceux qui eurent été adoptés, *alieni iuris*, entrés dans la famille, souvent un étranger. Tandis que l'adoption d'un *Sui juris*, qui « passait ainsi de la pleine capacité à l'incapacité, on employait le mot d'*adrogation* (L'adrogation atteint une *domus*³, et frappe d'incapacité une personne jusque-là libre) : « elle entraîne des effets propres, qui en font la gravité, les biens de l'adrogé sont acquis à l'adrogeant »⁴ ; (Gaius, 1, 99 ; Modestin, D., 1, 7, 1, 1 ; Aulu-Gelle, 5, 19)⁵.

529. En comparaison avec la puissance paternelle du droit oral malgache, une similitude est remarquable sur la possibilité de vendre un enfant désobéissant à l'esclavage tout comme les

¹ CHEVALIER Georges, *La recherche de la paternité naturelle en droit français (Etude sur la loi du 16 Novembre 1912)*, Faculté de droit, 1917.p. 10.

² JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.p. 11.

³ La *Domus* « signifie maison ou foyer. La *domus* se compose avant tout d'un *pater familias*, seule personne du groupe à être, au sens juridique, pleinement capable, *sui juris*... tous les autres membres de la *domus*, sont des *alieni iuris*, soumis au droit d'autrui, au pouvoir du *pater*... », In LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Editions Dalloz, 2010.p. 49.

⁴ GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2000.p. 76.

⁵ LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André.p. 177 et s.

effets de l'adrogation. En revanche, « si un père de famille avait vendu trois fois son fils, le fils serait libéré de la puissance paternelle. Cette vente se faisait par mancipation. Le père de famille qui voulait donner son enfant en adoption le mancipait donc trois fois de suite à un comparse, avec lequel il s'était entendu... ». Cette forme d'adoption ou d'adrogation par mancipation trois fois ne concerna que pour le fils : pour la fille, les petits-fils, une seule mancipation suffisait pour éteindre la puissance paternelle selon l'interprétation des XII Tables au II^e siècle de notre ère par les *Pontifes*, collèges de prêtres, seuls à connaître et interpréter la coutume et les lois¹. Ces règles des XII Tables (IV, 2, B) limitaient dans l'ancien droit romain le pouvoir du *pater familias* sur le droit de correction sur « ses enfants, mais [surtout] les vendre et les revendre, comme des biens ». Une amélioration significative par rapport au droit inhumain du père de tuer ses enfants² (*ius vitae necisque*), définitivement abrogé voire réprimé par la « déportation du père » du temps de règne de Constantin (312-337) le père qui maltraita son fils. Une autre forme de « rejet », nous confirmons, mais plutôt à l'endroit du titulaire de la puissance paternelle qui abusa de son droit même par la faute grave de son fils qui commet un acte d'adultère avec sa belle-mère (seconde épouse de son père)³. De la *patria potestas* excessive et rigoureuse « se substituent des sentiments d'affection, le souci de protéger les plus jeunes et d'aider les vieillards »⁴ : la tendance à la piété dans le cercle familial traça désormais le droit familial romain depuis l'époque impériale où le père devait respect, amour, bienveillance, éducation au-delà des devoirs et obligations alimentaires (réciprocité par les empereurs de la dynastie des Antonins). Et inversement, le « fils » et les autres membres de la famille lui devaient en retour les mêmes devoirs et obligations, Rome connut en effet « l'abdication *liberorum*, par laquelle le père pouvait de son vivant, expulser ses enfants de sa maison pourvu qu'il pût invoquer un motif sérieux »⁵. Le Code civil italien reprenait plus tard cette « *abdicatio* » du droit romain en donnant au père de

¹ *Ibid.* p. 178.

² CORDIER Pierre, Le père, l'enfant, les coups et la mort à Rome », in Les victimes, des oubliées de l'histoire ?, sous la direction de Benoît Garnot, Rennes, 2000, p. 251-257 : « le pater familias a un droit de correction très étendu, il pouvait même impunément mettre à mort un enfant récalcitrant », op. cit. in ANEX-CABANIS Danielle, Solidarités voulues, solidarités subies, in MENGÈS-LE PAPE Christine, *La loi de solidarité, vers une fraternisation selon la théologie et le droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.p. 125 et s.

³ LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André.p. 195 et s. : « L'adultère était prévu et sanctionné (D., 48, 9, 5), et Constantin assimila le meurtre du fils par le père comme un parricide (C., 9, 17, 1), p. 199. »

⁴ GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2000.p. 77.

⁵ JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.p. 18.

famille qui ne réussit pas à se faire obéir, à changer les comportements déviants de son enfant, d'éloigner ce dernier de la maison paternelle (donc « rejeter ») par de justes motifs (ancien art. 221) à condition de lui assurer des moyens de subsistance (ancien art. 222) et sans en abuser (p. ex. : violation et négligence de leurs devoirs envers l'enfant, mauvaise administration des biens de l'enfant) de leur droit de l'autorité paternelle (ancien art. 223).

530. L'influence du droit romain dans la codification allemande au début du 19^e siècle étala encore plus sur le continent européen le droit de correction du père, cependant elle apporta des adoucissements et des contrôles dans le pouvoir du père à interner son enfant. En effet, la loi civile allemande dans son anc. art. 1631 prévoit le droit d'éducation qu'il peut user envers l'enfant par « des moyens de discipline convenables » sous contrôle et l'autorisation du tribunal des tutelles : l'État confirma ainsi son autorité dans la famille et prima déjà sur la puissance paternelle. C'est le tribunal des tutelles qui décida si le pupille doit être placé « en vue de son éducation, dans une famille convenable, dans une maison d'éducation ou dans une maison de correction... » (anc. art. 1838)¹ : le pouvoir absolu et arbitraire du *pater familias* disparut en même temps, l'État le subrogea pour la protection de l'enfant et de ses intérêts. L'histoire de la puissance paternelle en droit romain nous permet d'en déduire que les droits accordés au père de famille eurent été exorbitants, une organisation familiale pyramidale commandée par le père. Le droit classifia les rôles et les places de chacun dans la famille : de la distribution des tâches, du respect d'une hiérarchie basée plutôt sur la masculinité que par l'âge, de la construction du patrimoine familial, de l'héritage et de sa liquidation. Des similitudes ressortirent dans le cadre de la construction primitive du droit de la famille.

3) L'enfant sous la puissance paternelle du droit français

531. Avant l'ère moderne du droit en France, les coutumes territoriales connaissaient la puissance paternelle, parfois partagée avec la mère, avec le droit de correction à l'encontre des enfants indisciplinés ou désobéissants. « C'est ainsi que les coutumes de Limoges, d'Auvergne et les fors de Béarn, lui reconnaissent expressément le droit d'exclure le fils rebelle de la famille, de le chasser de sa table, de sa maison et de lui refuser de quoi vivre »² : une manifestation diachronique du rejet d'enfant malgache même si nous connaissons déjà que certaines coutumes locales limitaient les effets de la puissance paternelle par l'accueil des

¹ Code civil allemand, traduction Meulenaere, p. 412 et s. Le nouveau Code civil allemand eut été promulgué le 18 août 1896 et entra en vigueur au 1^{er} janvier 1900.

² JAMIN René, p. 57.

actions des enfants contre les actes abusifs de leurs parents¹. Montaigne² protesta la sévérité du droit de correction au début de l'époque moderne en dénonçant l'utilisation de la violence et la force de l'arbitraire du père qui pouvait fouetter son enfant, et de le faire incarcérer de son propre gré parfois même sans avoir consulté l'avis de la famille. Les prérogatives du père se résumaient en deux parties, celle qui se portait sur la personne de l'enfant et celle qui portait sur leur patrimoine. La puissance paternelle s'exerçait au nom du père, « se réduisait, quant à la personne, à un droit de correction et, quant aux biens à l'administration et à l'usufruit des biens acquis par les descendants »³. Compte tenu des abus des parents usant de la puissance paternelle sur leurs enfants que surgissaient la protection de l'enfant et des déchéances des pouvoirs des parents, effectivement par la loi du 24 juillet 1889⁴ et celle du 19 avril 1898⁵ et redéfinissent les prérogatives de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant, ce qui nous intéresse particulièrement concerne le droit de correction prévu par l'ancien art. 375⁶ du CCF. La loi du 25 juin 1904 a créé en France le service public

¹ P. ex., Coutume normande au XIIIe, Coutume de Bergerac au XIVe siècle : « l'enfant peut recourir à la justice seulement dans les cas graves... » ; plus tard dans l'arrêt du parlement de Bretagne du 26 avril 1559... la fille accusa le père de maltraitance... ; le parlement de Languedoc en 1675 autorise les enfants à quitter le domicile paternel... ; Bretonnier sur Henrys, éd. 1771, p. 721, in *Ibid*.

² Montaigne, Essais, liv. 1, ch. 26, De l'institution des enfants : « ... *Au demeurant, cette institution se doit conduire par une sévère douceur, non comme il se faict. ... Otez-moy la violence et la force : il n'est rien à mon advis qui abastardise et estourdisse si fort une nature bien née. Si vous avez envie qu'il craigne la honte et le chastement, ne l'y endurez pas* », in LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Editions Dalloz, 2010.p. 203.

³ DELFOSSE Marie-Laure, *Le lien parental* [microfiche], Thèse, LGDJ Université Panthéon-Assas, 2003.p. 17.

⁴ Titre I de la loi énumère les cas où la déchéance de la puissance paternelle peut être prononcée (p. ex., quand l'enfant a été envoyé en correction par l'ancien art. 66 du CPF et lorsque les parents montrent des conduites indignes : ivrognerie habituelle, mauvais traitements et comportements scandaleux compromettant la santé, l'éducation et la moralité de leurs enfants), tandis que le Titre II consacre la protection des mineurs placés, avec le consentement des parents ou par suite d'abandon d'enfants.

⁵ Relative aux incarcérations des enfants de moins de 15 ans, et du durcissement de la peine maximale de deux ans auparavant à 15 ans, punissant la privation d'aliments et assimilant les sévices habituellement pratiqués avec l'intention de donner la mort à l'endroit de l'enfant. Votée par la Chambre des députés le 31 mars 1898 et par le Sénat le 5 avril 1898.

⁶ Anc. Art. 375 : « Le père, qui aura des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant, aura les moyens de corrections suivants : Anc. Art. 376 : « si l'enfant est âgé de moins de 16 ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois, et à cet effet, le Président du Tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation ». Ce fût la reprise du mode fonctionnel des lettres de cachet par le Code civil où l'autorité du père, juge domestique, suffisait à faire incarcérer son

départemental d'assistance aux enfants : l'enfant reçut des soins physiques, de l'éducation morale et des instructions civiques et professionnelles ; il est envoyé à la campagne et mis en apprentissage à l'âge de treize ans¹. En revanche, si le père était déchu de la puissance paternelle pour des raisons suffisamment importantes, « il gardait son droit à la succession et son droit à l'honneur et au respect de son enfant, mais perd sauf décision contraire du tribunal le droit qui dérive de l'obligation alimentaire de l'enfant »² d'après le décret-loi du 30 octobre 1935 sur le contrôle judiciaire de la puissance paternelle. La puissance paternelle dans l'exercice des droits et devoirs incombant aux parents envers ses enfants se manifestait en droit des enfants à l'éducation et aux aliments et des droits des parents « des moyens dont le père dispose pour faire respecter son autorité »³. La « *patria potestas* » du droit romain est un héritage reçu par le droit français qui accordait au père un pouvoir illimité, ce qui caractérise d'ailleurs son appellation. Le droit de correction n'est pas l'ensemble de moyens que les parents emploient pour châtier leurs enfants, mais le droit de les faire incarcérer selon M. Capitant⁴. Le droit de correction s'exerçait de deux manières, soit par voie d'autorité (anc. art. 376 CCF) soit par voie de réquisition (anc. art. 377, 380⁵, 381⁶, 382¹) quand la loi impose

enfant, sauf que ce pouvoir du père a été restreint par rapport à l'âge de l'enfant et le Président du Tribunal qui ne détenait que le moyen de légaliser l'arrestation devrait selon DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, tome IV*, [s. n.], 1866. *Droit de correction*, p. 237, refuser l'ordre d'arrestation s'il s'agissait d'un enfant en bas âge. Conforme aux dispositions de l'ancien art. 377 : « Depuis l'âge de 16 ans commencés, jusqu'à la majorité et l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention de son enfant pendant six mois au plus ; il s'adressera au Président du Tribunal qui, après en avoir conféré avec le Procureur de la République, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera... », que le droit de correction du père ne devrait être absolu et arbitraire.

¹ ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929.p. 18.

² JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français*, 3e éd., Sirey, 1937. Paris, pp. 26-27.

³ JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.p. 2, voir aussi, LASCOMBE Charles, *Le droit de correction paternelle, le Code civil et les décrets lois de 1935* [microfiche], Lyon, 1936.

⁴ CAPITANT Henri, I, p. 460, in PASCANU Philippe, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Thèse, Faculté de droit Paris, 1937.p. 98.

⁵ Anc. art. 380 : « Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de 16 ans, de se conformer à l'art. 377 »

⁶ Anc. art. 381 : « La mère survivante et non remariée ne pourra faire détenir un enfant, qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, et par voie de réquisition, conformément à l'article 377 ». La mère pouvait donc faire détenir l'enfant, mais le cas était exceptionnel, car cela implique une triple condition : qu'elle ne pouvait pas le faire seule, mais seulement en cas de décès du père et au cas où elle ne serait remariée.

Le seul cas où la femme remariée pouvait user du droit de correction fut celui dont elle est la tutrice des enfants, et le conseil de famille l'autorise avec son nouveau mari conformément à l'ancien art. 468 : « Le tuteur qui aura

au père (ou à la mère) d'apporter les raisons. Dans ce dernier cas, la requête du père était adressée au Président du tribunal, mais il était obligé de la motiver, ce qui permettait au juge d'exercer un contrôle d'abus ou de défaillance de la part des parents. Enfin, si auparavant, le père ne pouvait abréger la durée de détention de l'enfant, il disposa plus tard d'un droit de « grâce » que nous pouvons considérer comme un « pardon » prévu par l'ancien article 379².

532. La législation française était applicable dans le canton de Genève jusqu'en 1891, un peu plus tard, le Code civil suisse prévoyait dans son art. 302 que « les père et mère ont le droit de correction envers leurs enfants lorsqu'ils leur refusent l'obéissance » et « si l'enfant qui par méchanceté oppose à ses père et mère une résistance opiniâtre ou qui est moralement abandonné pourra être placé temporairement avec le consentement de l'autorité tutélaire, dans une maison de correction (art. 309). Ce droit est étendu³ « aux pères de famille envers les membres mineurs ou interdits, dont la dépendance de la parenté ou de la tutelle... Lorsqu'un autre membre de la famille ne respecte pas l'ordre intérieur, le père de famille ne pourra appliquer que les mesures autorisées par les conventions (art. 357) » : une manifestation des droits et devoirs des aînés masculins.

533. Depuis ce décret-loi du 30 octobre 1935⁴, la notion de l'intérêt de l'enfant commençait à colorer l'esprit des autorités publiques : l'assistance éducative se substitue aux notions de châtiment et d'incarcération⁵. Mais si la protection de l'intérêt de l'enfant n'avait pas été organisée avant cette époque dans le Code civil, la jurisprudence a suppléé à cette lacune en admettant de véritables déchéances de la puissance paternelle en application de l'art. 66 du CPF et de la loi du 12 avril 1906 en acquittant l'enfant mineur moins de 16 ans (la majorité pénale étant de 16 ans) et de confier la garde ou son éducation à un établissement de

des sujets de mécontentement graves sur la conduite du mineur pourra porter ses plaintes à un conseil de famille, et s'il y est autorisé par ce conseil, provoquer la réclusion du mineur, conformément à ce qui est déterminé au titre de la puissance paternelle ».

¹ Anc. art. 382 : « lorsque l'enfant a des biens personnels, sa détention ne peut, même au-dessous de 16 ans, n'avoir lieu que par voie de réquisition »

² Anc. art. 379 : « Le père est toujours maître d'abréger la durée de détention par lui ordonnée ou requise. Si après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée... ».

³ JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.pp. 208-211.

⁴ JORF, n° 256 du 31 octobre 1935 relatif à la protection de l'enfance, pp. 11465-11467.

⁵ HUET-WEILLER Danièle, *De la puissance paternelle à la responsabilité parentale*, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.pp. 405-413.

correction privant pendant cette période le père de sa puissance paternelle¹. Et par les articles 7 et 29 du CPF, si les parents se retrouvaient condamnés à une peine indigne et infamante, la condamnation entraînait l'interdiction légale d'exercer la puissance paternelle pendant la durée de la peine, ils étaient tout simplement déchus de leur puissance paternelle s'ils livraient leurs enfants à des professions mal considérées². La mère de l'enfant ou les ascendants pouvaient également faire la demande devant les tribunaux d'enlever le droit de garde de l'enfant d'un père indigne. Nous pouvons dire que l'évolution du droit français proposait à chaque problème et à chaque conflit familial des réponses assez équilibrées, un contre-pouvoir était nécessaire pour contrer l'abus des pouvoirs. Si l'égalité des sexes et les intérêts de l'enfant reflétaient les intérêts de la famille, les réformes de la loi du 4 juin 1970 instituant l'autorité parentale entament des changements radicaux : « ... aussi longtemps que le droit devra, s'attendre aux attaques de l'injustice... il ne sera à l'abri de la lutte »³.

B. Les motifs du rejet dans l'exercice de la puissance paternelle

534. Si les causes traditionnelles du rejet ne sont pas limitatives, « le droit pour le père et la mère de rejeter leur enfant peut s'exercer dans tous les cas de débauche et de prodigalité, de désobéissance à leurs ordres, de manque de respect, d'ingratitude et, à plus forte raison, d'accusation mensongère portée à leur encontre, de violences exercées à leurs personnes, d'actes ou de condamnations entachant l'honneur de la famille, etc. »⁴. De nos mobilités scientifiques de recherches de terrain que nous avons effectuées, les motifs du rejet ne furent pas obligatoirement précisés dans les registres. Cependant, lorsqu'ils étaient relatés, la mésentente dans les liens enfants-parents est évoquée chaque fois par l'ignorance, l'abandon, la désobéissance, le manque d'amour et d'affection, le manquement aux devoirs d'assistance, de secours et de respect et les atteintes à l'honneur familial, ou toutes les autres causes dont la multifonctionnalité du rejet et « que la loi coutumière et écrite ne fixe pas d'une façon minutieuse et limitative les causes qui peuvent donner ouverture à rejet. »⁵.

¹ PASCANU Philippe, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Thèse, Faculté de droit Paris, 1937.p. 99.

² Loi du 7 décembre 1874 permettant aux Tribunaux de prononcer la déchéance de la puissance paternelle contre les parents. Complétés par l'exercice par les tribunaux des contrôles de la puissance paternelle par les lois du 24 juillet 1889 et 15 novembre 1921

³ JHERING Rudolf Von, JOUANJAN Olivier et DE MEULENAERE Octave, *La lutte pour le droit*, Dalloz, 2006.

⁴ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 41.

⁵ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 253.

1) La désobéissance

535. D'une part, la direction de la famille a été confiée aux pères, tout en rappelant qu'ils étaient les représentants du royaume dans le cercle familial, et qu'ils ne devaient pas décevoir en accomplissant ce rôle. Parmi les causes sinon la première du rejet d'enfant est la désobéissance en famille : elle se manifesta par le refus des tâches que le père de famille ordonna aux enfants de faire pour aider, participer, soutenir la famille tout entière, généralement des tâches ménagères pour les filles et les travaux de champs aux garçons. Ce rôle du père de famille n'eut pas été dénué de buts politique et stratégique : en effet, considérant les pères de famille comme auxiliaires du royaume, ils étaient censés recevoir des recommandations et des ordres de leur supérieur hiérarchique non seulement politique, mais aussi spirituel et militaire. D'ailleurs, dans les rangs, dit-on, « la discipline faisant la force principale des armées, il importe que les ordres soient à exécuter sans hésitation ni murmure » : pour imposer l'ordre public, la paix sociale, le souverain non moins chef des « armées » retrouva à l'instar de la constitution de la discipline militaire romaine et de son éducation militaire, une manière de faire régner l'ordre et la discipline que ses prédécesseurs n'eurent pas conservée. Et la soif de conquêtes et d'extension de son pouvoir sur l'ensemble de l'île nécessita tout d'abord un ordre social local solide, capable de générer une armée forte et disciplinée ne connaissant pas la désobéissance tout comme dans l'ancien Rome où « la guerre leur enseigna le prix de l'ordre, la paix, celui de la liberté, et la jeunesse romaine, élevée à l'école sévère de l'obéissance, commencée dès la maison paternelle sous la *patria potestas*, se rendit digne et capable de commander à son tour »¹.

536. Nous pouvons ranger parmi la désobéissance², le fait de ne pas écouter les conseils des parents ou de tenir des propos ou des témoignages calomnieux envers eux ou la famille. De telles accusations eurent été suffisamment graves pour les victimes ou sa famille, non

¹ VON JHERING Rudolf, *L'esprit du droit romain, Dans les diverses phases de son développement, Traduction Meulenaere Octave, Tome I, 3^e édition*, Forni editore Bologna, 1888.p. 264.

² Actes n° 171 et 172 du 14 mai 1925 à Tananarive-Ville, père et mère rejettent dans deux actes séparés leur fils légitime fraîchement majeur et étudiant en médecine pour : « mauvaise conduite, n'écoute pas les bons conseils des parents, ne respecte pas les parents et porte atteinte à l'honneur familial : cependant si sa conduite change, je pourrais y réfléchir » ; actes n° 229 et 230 du 22 décembre 1928 à Tananarive-Ville, père et mère rejettent pareillement leur fils légitime de 27 ans : « ... parce qu'il n'est pas de bonne conduite et de bonnes mœurs, n'écoute pas les bons conseils des parents, désobéissant, comportement honteux pour toute la famille ». Cas unique : le rejeté présent, accepte et fait noter sa réponse ; « J'accepte qu'on me rejette, et à partir de ce jour je ne franchirai plus la porte de leur maison et ne ferai plus partie de leur famille ».

seulement dans ses conséquences pénales, mais du préjudice qu'elles pouvaient produire à l'égard d'elles. Le mensonge était un des manquements graves aux obligations familiales surtout quand il est porté à l'encontre de ses parents, de ses ascendants, de ses aînés et de sa famille. Peu importe la finalité du mensonge, ou de l'accusation, il suffit qu'il soit avéré dans le but de nuire à ses parents : il ne s'agit pas ici de la divulgation du secret familial, mais d'accusation ou de mensonge pouvant mettre en jeu non seulement la responsabilité civile, mais aussi la responsabilité pénale de ses parents (p. ex., accuser ses propres parents d'avoir volé des biens à d'autres personnes et de rendre publics des propos accusatoires et mensongers pour profiter de la situation à son avantage ou par vengeance).

537. D'autre part, la bénédiction des parents pour un enfant en âge de se marier était une règle inflexible. Les sages Malgaches en prévoyaient à travers des proverbes et des adages des sentiments de contestation allant jusqu'à la désapprobation d'un comportement par l'existence d'un « *tsiny* » ou « *ozona* » (mauvais destin ou mauvais sort « souhaité ») : « *ny ana-dray aman-dreny toy ny tsipak'ombalahy, mahavoa mahafaty, tsy mahavoa mahafanina* »¹, peut-on le traduire en français que les conseils des parents ne peuvent être contredits dans tous les cas, au risque de sa vie en recevant « le coup de pied d'un « taureau » ou au mieux d'être étourdis. Le futur ou la future mariée devait obtenir le consentement des parents, mineur ou majeur (il était de coutume qu'un adolescent pubère pouvait se marier avec l'accord de ses parents). En ce sens, le souverain proclama que : « le mariage avec le consentement des parents est une bonne chose, car se marier sans consentement, c'est comme avoir un maître et ne pas lui demander la permission. Toutefois, si les deux fiancés s'entêtent à se marier, ils n'en seront pas moins mariés, mais ils pourront être rejetés par leurs parents ». En cas de décès des parents, la bénédiction est donnée par les aïeuls² ou les aînés de la famille. Plus tard, l'art. 11 des Instructions aux Gouverneurs de 1889³ réaffirme la condition du consentement des parents au mariage : nous pensons qu'il faut relativiser l'effet de cette instruction sauf pour les

¹ RAZAFINDRAMASINA, « Ny fanajàna teo amin'ny Ntaolo, fanajàna tamin'ny Mpanjaka sy ny Andriana, Fanajàna teo amin'ny ankohonana sy ny ankizy », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*, 1 janvier 1920.p. 8.

² À l'instar du droit français concernant les mineurs, Article 150 si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent ; s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, ou s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement.

³ « Les gouverneurs ne peuvent procéder à l'inscription d'un mariage qu'à la condition que les deux époux, leurs père et mère respectifs ou leurs remplaçants (c'est-à-dire des ascendants ou des collatéraux) soient présents ».

enfants mineurs, car elle rentre en partie en contradiction aux règles précédentes. Cette contradiction du droit coutumier et du droit écrit ancien nous semble tournait en faveur du droit coutumier, c'est-à-dire de la règle orale observée depuis des décennies, car d'une part si la présence des parents est clairement conditionnée par la règle écrite pour l'autorisation d'enregistrement du mariage, par le fait de suppléer leur présence à d'autres membres de la famille ou en cas de dissentiment entre les parents, et donc de l'accord verbal ou de non-opposition de ces derniers et du fokonolona, valide le mariage à l'exclusion des mariages prohibés. D'autre part, l'émancipation du futur époux qui ne réside plus chez ses parents et assume en toute indépendance sa vie quotidienne et sa vie civile lui permet de passer outre le consentement des parents. D'ailleurs, nonobstant le rôle de chef de famille du père, de l'obéissance quasiment observée des enfants à l'égard de leurs parents, le mariage forcé ou les fiançailles consenties par les parents pour le compte des enfants restent sans effet¹. Il en découle de ces dernières dispositions que les parents se trouvant devant le refus de leur enfant ne pouvaient pas faire usage de leur puissance paternelle pour écarter l'accord de volonté de leur enfant. Par conséquent, les parents ne pouvaient pas rejeter leur enfant, du moins ce dernier disposait d'un droit à opposition (faite aussi par l'enfant mineur, à l'âge pubère qui dispose de capacité de discernement) au rejet devant les membres de la famille et du fokonolona, et devant l'officier de l'état civil chargé de l'enregistrement. C'était une grande innovation dans le droit de rejet où les premiers abus d'autorité sur le mariage forcé étaient dénoncés par la loi. Si les parents insistaient à faire le rejet, ils risqueraient de payer très cher devant la justice royale contre leur entêtement et leur abus. Inversement, la sanction sévère du rejet d'enfant pèse sur celui qui voudrait passer outre l'avis parental défavorable² au mariage. Sur la désobéissance des enfants en matière de mariage : si la volonté de ces derniers ne reçoit pas l'acquiescement exprès des parents, le rejet pourra être autorisé par le tribunal en cas d'opposition : inversement, si la volonté des parents consiste à faire marier les enfants contre leur gré, le rejet faisant l'objet d'une opposition des enfants ne pourra être autorisé.

¹ En ce sens, une limitation utile et nécessaire a été prévue par l'art. 51 du code de 1881 : « Les fiançailles consenties par des parents pour le compte de leurs enfants mineurs, autrefois très en usage, ne peuvent produire aucun effet contre le gré des enfants ».

² Acte de rejet n° 21 du 11 septembre 1928 à Majunga-Ville, le père rejette sa fille adoptive âgée de 14 ans et relate l'entêtement de cette dernière à suivre un homme et malgré le fait qu'il était allé la chercher suite à la rupture de cette relation, sa fille adoptive mineure a fugué de nouveau pour un autre homme sans rien dire ; actes n° 94 et n° 95 du 04/05/1923 à Tananarive-Ville, fille légitime de 20 ans, rejetée respectivement par son père et par sa mère, la rejetée présente accepte les rejets.

2) La fainéantise

538. Autrefois, le souverain avait fait son ennemi, la misère et la disette, et de ce fait détestait les paresseux¹ et les enfants désobéissants : il donna le pouvoir au père et à la famille, de sanctionner sévèrement de telles attitudes indignes et opprobres. La procrastination répétée pourrait caractériser la désobéissance et la paresse : le refus à un appel ou à une tâche ne constitue pas en lui-même un manquement au devoir de respect, mais c'est la répétition d'une réponse à remettre au lendemain ce qui peut se faire le jour même. Ce fait social assez courant pouvait faire l'objet d'une sanction juridique en droit malgache : ce qui confirme l'atypisme du rejet par sa nature de sanction civile de caractère pénal. L'enfant de mauvaise conduite pouvait être rejeté par ses parents ou sa famille : celui qui s'adonne à de l'ivresse publique, à la consommation de chanvre (opium disait-on), à ne rien faire de sa journée sans chercher même à aider leurs père et mère dans leur tâche quotidienne. Pour rappel, d'un côté le peuple malgache connaissait la famine or les terres sont cultivables et à perte de vue, les ressources n'attendaient qu'à être exploitées, et de l'autre côté la technique de fermentation pour la production d'alcool était déjà maîtrisée, la consommation de tabac à chiquer était autorisée pour les adultes, la connaissance de la drogue commençait à faire des ravages. Chaque fois que le souverain venait en aide aux familles ou constatait cette fainéantise des jeunes garçons en âge de travailler, il proposa une solution, la même, l'« Angady » (brèche) pour travailler la terre. La brèche, seul outil de travail est produit, distribué gratuitement aux hommes en âge de travailler pour vaincre la faim et assumer la subsistance de leur famille. Le souverain donna au Fokonolona des pouvoirs judiciaires : que la discipline dans son royaume ne peut être bravée, il promut des sanctions sévères aux jeunes² délinquants, fainéants et inactifs. Même si l'on peut penser qu'« ... un pouvoir irresponsable est tyrannique, décadent,

¹ Proclama pendant son intronisation : « ... aucun de mes actes ne sera entaché de partialité, ni inspiré par la passion. Je ferai périr, sans hésitation quiconque fera souffrir mon peuple, fût-il mon plus proche parent, fut-il mon propre enfant », in JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 151.

² « Eo am-bavahady no ihantonan'ny tandrok'omby, ka asain'Andrianampoinimerina hazavaina amin'ny zatovo, fa mahita faisana amin'ny fokonolona, izay tsy miray hina amin'ny fandriam-pahalemana. Mahita faisana eo amin'ny fokonolona, izay mangalatra eo amin'ny tany ama-monina. Mahita faisana amin'ny fokonolona, izay tsy miray hina hira hiasa amin'ny be sy ny maro. Mahery ny ombalahy, fa ahanton'ny fokonolona eo ambony vavahady ny tandrony. Koa amin'izany, matin'ny dinam-pokonolona, izay mikambana amin'ny ratsy, ka manao volon-gita mifandray tendro, akondro mifanafin-dravina, kitapo miara-peno... », in RABENJAMINA (ANDROVAKELY), « Ny Ntaolo malagasy sy ny dinam-pokonolona », *Isan'Andro*, 1944.07.29. p.1.

un individu irresponsable est un facteur de troubles et un être humainement diminué »¹, tel est l'opinion des auteurs à propos de la responsabilité délictuelle et rajoutent que l'homme libre est celui qui a conscience de ses actes et en répond. La tergiversation fut l'un des ennemis de la royauté dans le redressement des affaires publiques, le peuple devait s'unir pour soulever les difficultés de la vie quotidienne, le plein-emploi était de rigueur tant dans son objectif que dans sa justification : personne en âge de travailler ne serait resté sans rien faire. L'autorité représentée dans la famille par le père et en son absence, la mère, les ascendants, ou les aînés, n'épargna aucun membre de la famille tombé dans la paresse ou l'inactivité, pire encore s'il osa élever sa voix devant cette autorité « suprême ». Ce qui nous semble justement contraire des points de vue de certains auteurs européens faisant une « image stéréotypée du malgache affublé de trois défauts majeurs : paresse, ivrognerie, mensonge... des populations arriérées et mal administrées »², car la discipline eut été sévère : travail ou rejet et mancipation.

3) Le manque d'affection

539. Il n'y a pas d'autres domaines du droit qui intéresse l'amour et l'affection que le droit de la famille : « la famille est pour tous un lien privilégié d'épanouissement des sentiments et des émotions... elle est le cœur de la vie privée »³. L'affection⁴ que le droit français a longtemps ignorée, tout comme l'amour appartient au sentiment découlant de la perception et de la considération d'une personne envers une autre personne ou une chose, parfois appelée aussi passion, ils s'élèvent dans l'esprit. Le droit a du mal à appréhender l'affection ou l'amour, pour ne pas dire qu'il les ignore, « ... la conception abstraite et désincarnée de l'être humain par le juriste y domine. Les affectivités de l'homme n'ont rien à faire avec les lois »⁵. En effet si l'amour est concrétisé par le droit dans les rapports conjugaux (dans le mariage, le concubinage ou toute autre forme de vie partagée entre deux personnes qui s'aiment et qui s'engagent), l'affection se manifeste dans le droit surtout dans les décisions de justice au-delà

¹ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.23.

² PFEIFFER Ida et ESOAVELOMANDROSO Faranirina, *Voyage à Madagascar*, Karthala, 1981.p. XXIII.

³ COURBE Patrick et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, Sirey, 2017. Introduction.

⁴ RIGAUX François, in préface POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain, *L'affection et le droit*, Préf. F. Rigaux, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.p. 11. : « ... l'expression du concept juridique d'affection ne se limite pas à son dévoilement progressif hors des zones d'ombre où il était tenu enfermé, la notion revendique une existence propre au point de mériter le **respect** et parfois même la consécration du droit positif... la relation affective appelle une consolidation que l'ordonnancement juridique paraît seul en mesure de lui procurer ».

⁵ SAVATIER René, *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 1963.p. 20.

de quelques règles infimes prévues par les lois civiles. Si l'amour est la base du groupe conjugal et de la famille, « les rapports de famille et d'amour ont été considérés par le législateur moderne, comme peut être par celui de tous les temps, sous l'angle d'une mystique a priori, bien plutôt que sous celui de l'expérience juridique et sociale »¹. Nous pouvons associer l'affection dans cette mystique où nul ne peut déterminer exactement ni son contenu ni son sens au moins juridiquement. L'affection et l'amour horizontaux ou verticaux dans les rapports familiaux semblent indiquer une même chose abstraite et indéterminable, qui s'extériorisent par des actes, parfois même par des gestes ostentatoires, ou des mots doux antonymes du « violent ». Si aimer n'est pas une obligation juridique, « ne pas aimer » constitue un motif traditionnel² fréquent et valable du rejet d'enfant : cette longue liste rapportée ne constitue que quelques exemples constatés dans tous les services de l'état civil dans les grandes villes que dans les villes rurales. Il n'y avait de plus légale que l'obligation des enfants d'être affectueux envers ses parents, ses adoptants ou de ceux qui les ont pris en main. L'art. 233 du Code de 1881 que nous citons inlassablement est explicite en la matière et conditionne les actes juridiques et les actions en justice sur les rapports patrimoniaux dans la famille à travers l'affection, et le sentiment d'amour et d'affinité³.

540. Un deuxième exemple entremêle amour et affection, le mariage implique nécessairement l'existence d'un amour entre deux personnes et de leur volonté de s'unir pour la vie. Comme on dit en malgache « *Velona iray trano, maty iray fasana* » (littéralement, unis pour la vie, unis par la tombe pour la mort), ce proverbe présente l'idéal d'un amour sincère et fidèle, l'épanouissement des affectivités non seulement entre le couple, mais aussi envers les enfants qui naissent du mariage : la famille. Face à cet idéal familial, si l'homme ou la femme

¹ *Ibid.* p. 8.

² Acte n° 19 du 29 août 1914 à Tananarive-Ambohimanarina, une mère a rejeté son fils adopté dans l'acte n° 48 du 16 novembre 1905 en indiquant qu'il ne l'aime pas et a fait preuve de mépris et d'ignorance tant dans le bonheur que dans le malheur ; actes n° 20, 21 du 29 août 1914 à Tananarive-Ambohimanarina, un père adoptif de 68 ans a rejeté ses deux fils pour les mêmes motifs ; acte n° 260 du 5 décembre 1898 à Tananarive-Analamahitsy, deux mères adoptives ont rejeté conjointement leur fils adoptif en indiquant que ce dernier leur a dit clairement « qu'il ne les aime pas » ; acte n° 503 du 11 mars 1901 à Tananarive-Ambohimanarina, le père de 64 ans rejette son fils légitime pour le même motif ; acte n° 556 du 11 avril 1901, suscité ; acte n° 601 du 23 mai 1901 ; acte n° 51 du 18 février 1926 à Tananarive-Ville, le père rejette sa fille légitime de 18 ans : « ... parce qu'elle ne m'aime pas et ne me respecte pas » ; acte n° 61 du 17 juillet 1913 ; actes n° 227 du 27 mars 1902 et n° 347 du 2 mai 1902 à Fianarantsoa, pour le même motif.

³ JULIEN Gustave, *Recueil de lois malgaches. Code des 305 articles promulgué le 29 mars 1881*, Imprimerie officielle, 1900.

décide de rompre le mariage pour aller vivre un amour et donner une affection à quelqu'un d'autre, celui ou celle qu'est délaissé pourra éprouver un déshonneur, un sentiment opprobre. Les enfants seront privés de l'affection procurée par la présence de leurs géniteurs : « il est toujours difficile de bien élever des enfants quand vient à disparaître soit le père, soit la mère... Chez l'époux trahi, quelle leçon de respect l'enfant trouvera-t-il pour le père ou la mère fugitive ? »¹. Ce défaut d'affection d'un ou des parents au détriment des enfants délaissés ne justifie pas dans notre objet un motif de rejet d'enfant : comment espérer une affection des enfants que l'on a volontairement abandonnés. Mais inversement, la situation ne permet pas non plus aux enfants de manquer de respect aux parents défaillants. D'après la coutume malgache, la garde des enfants appartient aussi bien au père qu'à la mère : en général, les plus jeunes enfants restent avec la mère et les autres habitent tantôt avec le père, tantôt avec la mère². Par conséquent, il ne serait être admis que le rejet par le père a pour motif la préférence de l'enfant d'habiter avec la mère ou à la majorité il lui reproche un manque d'affection : de plus, la garde alternée ou le droit de visite existe en droit malgache. Cette interpénétration de l'amour, de l'affection et du droit est une source de rapport de causalité d'un phénomène social et d'un phénomène psychologique dus à des forces surnaturelles souvent hostiles³. Les sociologues et psychiatres ont affirmé par l'établissement des statistiques et enquêtes sociales les conséquences néfastes pour un enfant de la défaillance de la famille : « et personne n'a plus le droit d'ignorer que la très grande majorité d'enfants caractériels et traduits en justice est issue de parents ne leur ayant pas donné ou maintenu un foyer normal »⁴. Enfin, la justice⁵ reconnaît plus tard le manque d'affection comme un motif suffisamment grave en autorisant le rejet d'un enfant par le père adoptif de la fille de sa femme, suite au divorce aux torts exclusifs de cette dernière intervenue cinq ans plutôt. Le juge a accueilli les allégations du demandeur fondées sur la rupture du lien matrimonial entre le père adoptif et la mère biologique de la fille rejetée, au surplus cette dernière a coupé toutes relations avec son père adoptif depuis une douzaine d'années, ne se souciait pas de sa santé, et ne présentait même pas ses vœux lors des événements majeurs.

¹ SAVATIER René.p. 70-71.

² GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 34.

³ LÉVY-BRUHL Henri, *La preuve judiciaire, Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964.p. 58.

⁴ SAVATIER René.p. 71.

⁵ TPI de Tananarive, du 13 août 1982, jugement inédit n° 2615 autorisant le rejet conformément à la loi n° 63-022 sur le rejet.

4) La dilapidation des biens familiaux : l'enfant prodigue

541. L'art. 237 du Code de 1881 prévoit que l'enfant prodigue qui joue et parie, qui engage les biens de ses père et mère, est punissable d'un mois de prison, et l'art. 239 précise que si un enfant a été signalé au gouvernement comme dissipateur, et qu'il vende des biens appartenant à ses père et mère ou à des parents, qu'il emprunte de l'argent et donne des biens en garantie, votre argent sera dépensé en pure perte si vous achetez ces biens ou consentez des prêts. La restitution des biens outre une forte amende jusqu'à l'emprisonnement attend le receleur¹ s'il ne peut payer. Cette deuxième disposition semble être le seul cas où la lésion entraînerait la résolution du contrat de vente dans le droit traditionnel malgache dégageant ainsi la responsabilité des parents de tout acte d'aliénation ou de cession réalisé par un enfant mineur : et l'on sait que l'enfant majeur ne pourra pas vendre un bien qui ne lui appartient pas, de ce fait l'acte sera frappé de nullité. Mais il appartient aux parents de prouver l'incapacité de l'enfant prodigue pour annuler les effets de l'acte, de la propriété du bien vendu ou mis en garantie dans un prêt, du comportement dissipateur et incontrôlable de l'enfant, de sa désobéissance manifeste vis-à-vis d'eux. En matière de rejet², il suffit de déclarer les faits devant l'officier de l'état civil en présence de témoins de la communauté pour le justifier et rendre opposable à l'enfant prodigue et aux tiers. Quand un enfant même émancipé devenait au cours de sa vie dissipateur de ses propres biens, ou faible d'esprit et que sa ruine se profile inévitablement à cause d'un comportement anormal d'addiction à l'alcool, à l'« opium » ou au jeu d'argent : les parents ou la famille pouvaient alerter les autorités royales pour demander la déclaration de son incapacité et de lui soumettre sous-curatelle. Le principe de l'interdiction et du conseil judiciaire existait dans la coutume malgache, l'acte d'un incapable ou d'un prodigue contre lequel l'interdiction était déclarée, resta nul et de nul effet (art. 237 et 239 précités). « Le prodigue qui devient raisonnable (*sanos mores recipit*) cesse d'être en curatelle »³ en droit romain, le malgache parlait de « *Hala-mahatratra* », c'est-à-dire que les parents sont victimes de leur amour propre, il devait assumer les conséquences : c'était la

¹ A.G du 8 septembre 1909, l'art. 1^{er} fixe le prix du bœuf à 30 fr dans toute la colonie. Une amende de dix bœufs et de dix piastres. Il sera mis en prison en raison d'un sikajy par jour jusqu'à concurrence de l'amende non versée.

² Le registre n° 1329, 10^e feuillet du 07 Adizaoza 1881, seul acte mentionnant la dilapidation des biens des parents comme motifs du rejet : « « Je, Ra... 9 Voninahitra (honneurs) rejette Ra... pour ne plus être mon fils, car « depuis longtemps qu'il ne m'aime plus, moi son père, et qu'il dilapide mes biens ».

³ SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941. 4

limite causale du rejet d'enfant car les parents n'abandonnent jamais ses enfants même s'ils sont prodigues et ingrats. C'était par la récurrence des actes de dilapidation et par des mesures de correction et de sanction inefficaces que les parents optaient pour le rejet qui ne pouvait s'appliquer en tout état de cause à un enfant de moins de dix ans sur sa prodigalité (art. 156 du code de 1881 sur le discernement). À l'inverse, cette mesure manque de réciprocité, il arrive parfois qu'un enfant mineur hérite un bien d'un ou de ses parents décédés, mais qui par son incapacité civile à gérer son patrimoine se voit attribué un des parents ou un tuteur proche désigné par le conseil de famille sous le contrôle du juge et du subrogé tuteur. L'enfant devenu majeur découvre alors la mauvaise gestion de son patrimoine, d'autant plus que le recours en justice contre un parent ou un proche parent n'est pas des plus aisés, et même mal vu par l'entourage. Et il doit répondre aux obligations alimentaires envers ses parents ou ascendants qui l'abusaient, par le principe de réciprocité : la rupture du lien de filiation entre le tuteur et l'enfant devenu majeur pourra pallier cette injustice familiale. Cette solution se trouve légitime du fait de la sanction du rejet de l'enfant prodigue par les parents, alors que le cas inverse a été omis : il sera justifié que la dilapidation des biens de l'enfant par l'un ou les parents pendant la minorité de celui-ci puisse être une cause de rupture de lien de filiation.

II. La révocation de l'adoption traditionnelle

542. Par peur de ne pas avoir une postérité et de perdre leurs biens au profit du pouvoir royal, il était fréquent que les membres de la famille s'adoptent : p. ex., les grands-parents adoptent leurs propres petits-enfants même si leurs parents étaient encore vivants. Par la suite, si d'autres événements malheureux ou heureux venaient à justifier pour faire changer ce lien fictif, ils n'hésitaient pas à revenir sur l'adoption pour rejeter ses petits-enfants adoptés.

A. Rejet et adoption : deux institutions jumelles

543. « En droit malgache, l'adoption est une institution *sui generis* qui n'a pas, pensons-nous, d'équivalent dans aucune autre législation »¹, la coutume d'adopter des enfants dans la plupart des cas se fait pour avoir réellement un enfant. L'adoption pouvait être une reconnaissance d'un bienfait que l'on reçoit, mais aussi une grande marque d'amitié donnée par l'homme qui adopte l'enfant². La forme de l'adoption n'était que l'annonce oralement devant témoins et devant les autorités romaines sans forcément recourir à l'écriture, il fut un

¹ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 220.

² PFEIFFER Ida et ESOAVELOMANDROSO Faranirina, *Voyage à Madagascar*, Karthala, 1981.p. 114 : M. Lambert adopta le fils de 5 ans de Rakoto (fils de la Reine Ranaivalona) pour marquer affection et honneur à l'hôte européen venant traiter avec le royaume.

exemple de l'adoption faite par le Consul de Rome de son esclave qui l'eut sauvé la vie à la coulée de la galère : l'esclave sauveur retrouva sa liberté et promu être le successeur de son père adoptif en héritant déjà le nom de ce dernier. Comme à l'ancien Rome où le *pater familias romanus* craignait de mourir intestat, « Mourir intestat était considéré par les Romains comme un vrai malheur »¹, le Malgache (tous genres confondus) apercevait la stérilité et l'inexistence de descendants de très mauvais œil et avait recours à l'adoption pour le succéder, mais aussi pour lui prendre soin dans ses vieux jours.

544. L'ancienne règle d'adoption malgache n'était pas moins atypique que le rejet : à vrai dire, les conditions de fond de l'adoption n'existaient pas ou étaient réduites à la capacité juridique coïncidant avec l'âge² de discernement³ ou de la majorité au mariage : ainsi, un garçon pubère de 15 ans ou une fille pubère de 13 ans était capable d'adopter une personne de son choix, et même son père ou sa mère légitime. Une seule règle d'exception à la faculté d'adoption concernait les *Tompo-Menakely*⁴ (propriétaires féodaux) ; une restriction de fond à coloration politique puisqu'ils ne peuvent pas léguer non plus à l'enfant adoptif leur pouvoir et leur prérogative sous peine de perdre les terres que la royauté leur ait « cédées ».

545. La seule règle de forme impérative était de l'art. 236 du code de 1881 qui prévoyait en effet la présence obligatoire des membres de la famille des parties et du fokonolona surtout quand l'acte d'adoption ou de rejet d'enfant concerne des enfants en bas âge : mais en fait, elle complète les règles de forme de l'obligation d'enregistrement de tout acte civil ou privé (art. 46 des Sakaizambohitra). Dans certains cas d'adoption entre membres de famille légitime, il est étonnant de constater que les personnes mineures qui adoptent leur père ou mère ne tiennent pas de leur capacité juridique (au sens de la majorité du droit moderne), mais du consentement même de leurs parents qui les représentent dans l'acte d'adoption et qui ne

¹ SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse, Bordeaux, 1941.p. 12.

² « Qui peut adopter ? Qui peut être adopté ? — La faculté d'adoption s'exerce dans la législation malgache sans aucune restriction ni condition. Toute personne ayant atteint l'âge de raison, peut adopter et être adoptée ; si elle n'atteint pas cet âge, le consentement des parents peut y suppléer. L'obligation du consentement du parent est douteuse lorsqu'il s'agit de consentir à l'adoption de leur enfant », in GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 37.

³ « D'après la coutume, dès que l'enfant est pubère ou qu'il a l'âge de raison, il est capable de tous les actes de la vie civile et les contrats régulièrement passés par lui doivent être regardés comme valables » in CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 132.

⁴ Propriétaires féodaux selon l'art. 123 du code de 1881 : « ... ne peuvent adopter des personnes étrangères à leur famille ou à leur caste, sans autorisation du Gouvernement, ni leur léguer leur fief ».

sont autres que les adoptés eux-mêmes. Nous pouvons dire alors qu'il n'y a pas vraiment un accord de volontés des parties dans ce genre d'adoption puisqu'elles émanent de la même partie, en même temps comme représentants de l'adoptant et adoptés qui valident l'acte. Mais quand nous regardons les intérêts en jeu, qu'ils sont en numéraires, en biens mobiliers ou en immobiliers : il était tout à fait logique que l'enfant mineur adopte ses parents ou ses frères et sœurs pour une question de prudence et de sagesse, ainsi les biens resteront dans la famille, quitte à se rejeter plus tard en cas de survenance d'enfant¹. P. ex., si l'enfant mineur avait hérité d'un ascendant quelconque, et s'il appartenait à la caste « *Hany maty momba* » (c'est-à-dire que si les personnes de cette caste [abolie par l'administration coloniale], décèdent sans progéniture et sans postérité) : leurs biens reviennent à l'état royal ; les parents, autres ascendants et collatéraux étaient exclus de la succession, leurs biens seraient appréhendés à l'opposé de ceux de la caste « *Tsy hany maty momba* ».

546. Quelques cas d'adoption légalement enregistrée² ont attiré notre attention : en effet, il a été clairement mentionné que l'adopté ne pourra jamais être rejeté « *zaza tsy azo ariana* » : une confirmation explicite de l'irrévocabilité de l'adoption traditionnelle malgache. La subtilité des effets de l'adoption et des règlementations en matière de succession ne laissa pas le peuple sans réagir pour en profiter de l'assurance et de la sécurité de leurs biens personnels. M. Gamon définit l'adoption malgache de l'époque comme un acte par lequel une personne fait naître, du moins au point de vue des droits successoraux, entre elle et une autre personne, des liens de filiation sinon semblables, du moins se rapprochant des liens de la filiation légitime et fait la remarque en disant que son caractère tout particulier rend la définition de l'adoption difficile³. Cette assertion correspond à la réalité puisqu'il n'y a pas d'autres explications à part le renforcement des liens familiaux et les effets de l'adoption attribuant à l'adopté un droit de succession à l'égal des enfants légitimes. Or si les enfants sont légitimes, leur adoption par leurs parents légitimes semble bien être un acte superflu dans une adoption entre père ou mère et fils ou fille, il en fut de même entre deux enfants adoptifs qui s'adoptent et qui se rejettent ultérieurement⁴. Il fut rare de trouver une famille qui ne comptait pas

¹ Registre n° 1345, 4^e feuillet du 16 Adimizana 1884, suscité.

² Registre n° 1345, 12^e feuillet du 22 Adimizana 1884 ; registre n° 1367, 6^e feuillet du 15 Asorotany 1887.

³ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 36 et s.

⁴ Actes de rejet n° 112 et 113 du 17 juillet 1920 à Tananarive-Ville, où la sœur de 22 ans et son frère de 23 ans qui se sont adoptés antérieurement se rejettent en leur présence sans aucun motif spécifié.

d'enfant adopté, un ascendant ou descendant, peu importe son rang dans la lignée ou dans la parenté, il pouvait faire l'objet d'une adoption ou avait fait une adoption d'autre enfant.

547. Les règles coutumières malgaches reconnaissent le droit pour un homme de prendre pour épouse la femme veuve de son frère décédé : « le lévirat »¹, les enfants de ce dernier se trouvaient alors adoptés par leur oncle et beau-père en même temps. Ce qui ressemble étonnement au droit musulman en général qui ne connaît pas l'adoption : « en Algérie, il arrive souvent qu'un homme, à la mort de son frère, épouse sa belle-sœur et adopte ses neveux, lesquels auront les mêmes droits que s'ils étaient ses propres enfants »². Et pour une cause quelconque, si le nouveau couple se sépare, alors, le père adoptif rejette leurs neveux et nièces adoptifs : un abus manifeste du droit de rejet tout comme la révocation de l'« adoption » algérienne qui s'apparente plutôt à la reconnaissance de parenté indirecte et de ce fait toujours révocable à tout moment par l'accord mutuel de volonté ou par voie judiciaire. Cependant, nous pouvons affirmer que le nombre élevé des cas d'adoption n'entraîne pas forcément un nombre croissant des cas de rejet : p. ex., sur l'année 1924 à Tananarive-Ville, nous avons relevé 190 adoptions pour deux cas de rejet ; 1909 dans l'arrondissement de Tananarive-Analamahitsy, 117 adoptions pour 1 seul cas de rejet et pour l'année 1926, 15 adoptions pour 6 cas de rejet ; à Fianarantsoa-Ville et de ses trois arrondissements, nous avons enregistré 430 adoptions (record sur toutes les régions de Madagascar) en 1902 pour 5 cas de rejet (13 enfants rejetés), de plus aucun rejet n'a été enregistré dans la même localité de 1906 à 1915, et 1917 à 1921. Certes, ces deux institutions jumelles adoption-rejet sont également irrévocables, mais l'une et l'autre eurent été conçues pour vivre ensemble : l'amour et l'intérêt portés sur la famille remportent sur la sanction.

¹ Existe aussi sur le droit de la famille dans le Judaïsme, permettant à la femme veuve de prendre pour époux le frère de son mari décédé : « L'adoption est admise lorsqu'il s'agit de fournir de gîte et le couvert à un orphelin, mais surtout l'éducation à donner qui est soulignée. Il ne s'agit pas d'une adoption plénière avec « les droits d'un nouvel état civil ». Le Traité de la Michna appelée encore *Thora Che Beal Pé* ou enseignement oral d'où l'ensemble eut été recueilli par Moïse au Mont Sinaï qui touche « le droit de la famille concerne essentiellement les femmes, le Traité des Femmes : les divorces, les mariages, les contrats de mariage, le lévirat » : ACKERMANN Liliane, *Quelques données sur le droit de la famille dans le Judaïsme*, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.p. 23.

² MILLIOT, Introduction à l'étude du droit musulman, p. 396, in LINANT DE BELLEFONDS Y., *Traité de droit musulman comparé : Filiation, Incapacités, Libéralités entre vifs*, Mouton & Co, The Hage, and Maison des sciences de l'homme, 1973.p. 62.

B. Le rejet comme moyen de révoquer l'adoption

548. L'adoption coutumière, même si elle est connue par toutes les coutumes pratiquées à Madagascar, connaît des différences : p. ex., celle des Betsileo¹ où l'adoption est interdite aux personnes qui ont déjà des enfants et que le rejet est un fait extrêmement rare. L'adoption est une institution très intéressée ayant pour finalité la réciprocité des droits et des devoirs entre les générations. Le premier jugement sur le rejet que nous avons relevé touche notamment l'adoption où les parties s'opposent sur une pétition d'hérédité, la fille du défunt déclara qu'elle est la seule héritière, alors que ses adversaires, sœur et nièce du défunt, déclaraient être adoptées. Ces dernières confirment qu'elles et la fille du défunt avaient été rejetées par le *de cuius* devant le représentant de la royauté et du *fokonolona* et que les droits y afférents ont été acquittés : le défunt a été déclaré mort sans laisser d'héritiers². L'adoption que connaissait Madagascar avant la loi n° 63.022 n'avait qu'une seule forme qui engendre la création d'un lien de parenté entre l'adoptant et l'adopté, mais aucun lien de parenté n'existait entre l'adopté et les descendants de l'adoptant³, même si l'on peut toujours imaginer l'interdiction à mariage qui existe par l'effet de l'adoption. En revanche, l'adoption selon cette décision de justice confère à l'adopté les mêmes droits de succession que les enfants légitimes de l'adoptant : des décisions qui reprennent en entier les dispositions des règles coutumières et du droit traditionnel écrit. Au-delà de cette différence mineure de coutumes, l'ancienne adoption comblait dans certains cas l'envie de descendance, dans d'autres par contre c'est une forme de richesse : plus une personne adopte d'enfants, plus ses arrières seront assurées. D'ailleurs, nous avons découvert au cours de notre recherche qu'une femme riche et influente avait adopté dix-sept enfants, mais par la suite avait rejeté ces mêmes enfants⁴. La raison pourrait être expliquée par un choix, côté sentimental, qu'elle a effectué entre ses enfants, lequel avait réellement plus d'attention et plus d'affinité envers elle et côté intérêt matériel, les adoptions favorisaient certaines situations des uns et des autres, parfois même l'adoption fut une reconnaissance des bienfaits reçus de l'adoptant de la part de l'adopté.

549. Paradoxalement, la plupart des cas ont pour motif le rejet des enfants adoptés, de même la plupart des motifs non renseignés dans l'acte constituent cette révocation

¹ COMMISSION DE RÉDACTION DU CODE CIVIL, « Rapport de synthèse, présenté par la Commission Provinciale de Constatation des Coutumes de Fianarantsoa », Ministère de la Justice, 1961.p. 7.

² N° 105, Antananarivo, 22 Asombola 1861, FF32, 134-R, in RAKOTO Ignace, *Recueil des jugements et arrêts rendus par les tribunaux à Madagascar, 1841-1896*, l'Harmattan Jurid'ika, 2009.pp. 159-160.

³ C.T du 14 avril 1898.

⁴ Acte n° 7 du 24 février 1910 à Tananarive-Ville, suscité.

d'adoption : p. ex., sur Tananarive et de ses arrondissements de 1946 à 1962, nous avons relevé 170 cas de rejet enregistrés pour 82 enfants légitimes ou naturels et 88 enfants adoptifs. En effet, les adoptions faites par les aïeux et aïeuls¹ de leurs petits enfants étaient fréquents (*Maneti-zaza* : les petits enfants deviennent leurs enfants et par conséquent héritent au même titre et au même rang que leurs propres enfants ; si les grands-parents n'ont qu'un enfant légitime et le petit-fils adopté, aux décès des grands-parents les parts d'héritage se divisent en deux et non pour le fils seulement) et inversement. Il en était de même des petits enfants adoptifs, compte tenu des effets restrictifs de l'adoption sur les liens et les biens familiaux, n'hériteront pas les parents de leur adoptant ni venir en représentation de celui-ci, les grands-parents adoptaient de nouveau les enfants adoptifs de leur propre enfant pour qu'ils rentrent définitivement dans la famille et héritent ses grands-parents adoptifs en cas de disparition de leur parent adoptif. Il faut remarquer cependant que l'ancienne adoption malgache n'avait pas pour effet de rompre définitivement les liens de famille de l'adopté à sa famille naturelle, ainsi il reste débiteur de toutes les obligations envers elle et appartient toujours à cette famille naturelle. C'est sûrement pour cette raison que l'adopté est exclu de la succession des biens « *Zazalava* »² (biens des parents transmis par contrat) de l'adoptant et des biens « *Ko-dRazana* », inaliénables par la volonté du testateur et doivent rester dans la famille d'origine.

1) Le rejet par la survenance d'un enfant biologique du rejetant

550. Il était de coutume que les personnes ayant adopté un ou plusieurs enfants révoquent les adoptions faites antérieures à la naissance de leurs propres enfants³. Le rejet d'enfant fut compréhensible par les enfants adoptés et des familles respectives d'où l'inexistence d'opposition de la part de ces enfants adoptifs. En effet, si l'adoption est un contrat synallagmatique requérant l'accord de volonté de l'adoptant et de l'adopté ou de ses représentants, nous pouvons en déduire dans ce cas que le rejet n'est autre qu'une convention négative puisque le rejeté sans faire opposition au rejet l'accepte solennellement devant l'officier de l'état civil. Ce motif du rejet fut la première cause de rejet que nous avons constaté de nos recherches de terrain, les registres officiels que nous avons consultés le

¹ Actes de rejet n° 380 et 381 du 27 juin 1958 à Tananarive-Ville, le grand-père de 63 ans et sa femme de 61 ans rejettent leur petit-fils de 20 ans qu'ils avaient adopté par acte n° 33 du 20 octobre 1940 à Ambohimananarina.

² AUJAS L., « De l'institution du *Zazalava* en droit malgache », *Bulletin de l'Académie malgache*, V, 1907.

³ Acte n° 62 du 3 mai 1912 suscité, le frère aîné rejette son frère cadet, car il a eu un enfant ; acte n° 112 du 19 juin 1924 à Tananarive-Ville, la fille rejette sa mère légitime adoptée par elle vingt-deux ans plutôt en déclarant « qu'à l'époque je n'avais pas encore d'enfant », la mère présente, accepte.

démontrent clairement : « ... car, Dieu a écouté ma prière et m'a donné des progénitures ou des successeurs ». Le rejet de l'enfant antérieurement adopté constituait un mobile d'intérêt que les parties acceptaient sans aucune autre clause expresse lors de la cérémonie d'adoption, une compréhension naturelle de part et d'autre de l'intérêt de chacun remettant les effets futurs de l'adoption sous la condition de survenance d'enfant. Mais faut-il souligner que la survenance d'enfant biologique ultérieure à l'adoption n'emportait pas de plein droit le rejet d'enfants adoptés, mais une cause valable de sa révocation.

2) Le rejet d'enfant adoptif pour des motifs graves

551. Nombreux sont les cas où l'adoptant rejette les enfants adoptés pour des motifs bien précis de manquement aux devoirs de respect et d'honneur, de manquement au devoir de reconnaissance et du manque d'affection. P. ex., le père adoptif se plaignait devant l'officier de l'état civil en présence de deux témoins que son fils adoptif ayant atteint l'âge de majorité, émancipé et indépendant grâce à lui et des donations qu'il a faites, l'a complètement nié et n'est plus revenu le voir dans la joie comme dans sa maladie¹. L'officier de l'état civil a enregistré l'acte de rejet en l'absence du rejeté (beaucoup de cas de rejet le mentionnent, la confirmation des faits par les témoins du dédain du rejeté suffit)². Les motifs du rejet ne sont pas obligatoirement transcrits dans les registres, « la plainte suffisait », mais nombreux sont les actes qui détaillent les causes du rejet. L'ingratitude, le mépris et la désobéissance³ étaient les motifs graves souvent évoqués dans les actes de rejets. Enfin, une cause de rejet dépourvue de motif grave consiste à accompagner l'adopté devenu majeur d'une sorte de compensation ou de donation, l'acceptation de cette donation concluait l'acte de rejet⁴.

¹ Acte de rejet n° 13 du 4 octobre 1938 à Tamatave-Anivorano ; pour les mêmes motifs de manquement aux obligations familiales de secours, d'assistance et d'aliments, Acte de rejet n° 23 du 19 octobre 1928 à Majunga-Ville ; acte n° 13 du 17 avril 1929 à Majunga-Ville pour les mêmes motifs associés au mépris des actes suscités.

² Acte n° 392 du 25 novembre 1953 à Tananarive-Ville ; n° 115 du 28 mai 1954 ; n° 161 du 26 juillet 1954 ; n° 232 du 22 septembre 1954 ; n° 331 du 29 septembre 1955 ; n° 583 du 13 novembre 1956 ; etc.

³ Acte n° 13 du 4 octobre 1938 à Tamatave-Anivorano, le rejeté était un enfant majeur de 24 ans, adopté quinze ans plus tôt le 25 Janvier 1923 : « puisqu'il devient grand et majeur, et même si j'ai vieilli à le nourrir, à l'éduquer et à l'entretenir, il s'est enfui de chez moi sans me prévenir, sans mon autorisation et n'a jamais donné de ses nouvelles jusqu'à ce jour, et à partir d'aujourd'hui je ne le considère plus comme mon fils et il n'héritera plus de mes biens ».

⁴ Acte de rejet n° 13 du 17 avril 1929 à Majunga-Ville, accompagné de compensation de 30 francs ; acte n° 1 du 12 janvier 1916 à Tamatave-Anivorano, le rejeté atteint l'âge de majorité et recevait 30 francs au moment de l'enregistrement ; acte n° 49 du 28 octobre 1904 à Tananarive-Analamahitsy, rejetée devenue majeure.

C. L'adoption comme moyen de révoquer le rejet

552. La qualité d'adoptant n'exige aucune condition particulière, outre la capacité juridique, c'est-à-dire, avoir la majorité et l'esprit sain. Nous avons vu dans nos recherches de terrain les cas d'adoption entre époux, entre parents et enfants légitimes, entre collatéraux, et même une adoption d'un membre du gouvernement par un simple citoyen. Autant dire que tout était possible dans l'adoption antérieure à 1963 sous réserve de conditions de forme imposées pour la validité de l'acte. La révocation du rejet était pratiquée d'une manière très simple en faisant une déclaration devant l'autorité locale : son enregistrement¹, le témoignage de la famille et du *fokonolona*, le paiement du « *Vola tsy vaky* »² (pièce de monnaie en argent de 5 francs), substituant les paiements du *Hasin'Andriana* et de l'*Orimbato*. Nous avons relevé des actes de révocation de rejet formulés, motivés et s'exprimant en actes d'adoption comme suit : « « Je Ra... réintègre Ra... de nouveau parmi mes enfants » (Izaho Ra... dia mampody an-dRa... ho zanako)³. La seule limite d'un acte d'adoption est celle précisée et reprise par l'art. 235 du Code de 1881 susmentionné : l'adoption faite « *An-dohariana* », c'est-à-dire dans la huitaine précédent le décès de l'adoptant, est déclarée nulle et de nul effet.

553. Il existait des adoptions faites dans un testament, parfois même une adoption faite expressément pour révoquer un acte de rejet antérieur. La finalité d'un tel acte est d'attribuer de nouveau la qualité d'héritier du rejeté ou sinon de lui donner une part précisément identifiée ou déterminée (legs) dont le motif étant le pardon familial. Au point de vue de la formation d'un acte d'adoption post mortem, il va sans dire que le contrat d'adoption est parfait dès l'acceptation du bien laissé par l'adoptant à l'adopté : le refus ou la renonciation à la succession de l'adoptant par l'adopté annule cette adoption et entérine définitivement le rejet antérieur. Le droit ancien malgache ne connaît, ni la reconnaissance d'enfant, ni la légitimation d'enfant naturel, il était formellement interdit pour la mère et pour l'enfant d'intenter une action en revendication de paternité, encore moins une action aux fins de subsides. L'adoption était le seul moyen pour le père de sauvegarder la paix familiale, puisque l'enfant lui-même, majeur ou mineur, ne pourra revendiquer aucun droit sur son père naturel. Si par la suite, l'enfant naturel adopté se comportait mal envers son père naturel adoptif, ce

¹ Conditions de forme imposées par les dispositions des Instructions aux Sakaizambohitra et de l'art. 53 du Code de 1881, avant cette époque les conditions requises pour la validité de l'acte étaient : « ... la présence de la famille et du *fokonolona* et le paiement du *vola tsy vaky* », C.T du 31 décembre 1898.

² C.T du 26 septembre 1898.

³ Registre n° 1321, 7 et 18^e feuillet du 9 Alahamady et du 25 Adalo 1878 ; registre n° 1368, 1^{er} feuillet du 17 Alahasaty 1887.

dernier détient toujours du droit de rejet pour révoquer l'adoption. À l'inverse, l'adoption traditionnelle assumait son rôle de légitimation adoptive, faute de pouvoir légitimer par le mariage, l'enfant naturel ou adultérin et même incestueux pouvait se faire adopter par le père : cette légitimation adoptive permettait de faire revenir l'enfant rejeté dans la famille.

III. Le désaveu de paternité

554. Pour A. Colin¹, le désaveu est le retrait de la reconnaissance anticipée des enfants légitimes qui a été donnée dans le mariage. Le père rejetait son enfant puisqu'il estime qu'il n'est pas le véritable père compte tenu de son état de santé ou de son indisponibilité pendant la période de conception : sur ce point, la mère devait représenter l'enfant mineur et doit être avertie de l'inscription du rejet et d'y assister. Il s'agit d'un acte de désaveu de paternité que le droit malgache ne connaissait pas jusqu'à la loi n° 63-022. En droit, il est aisé de justifier le désaveu par l'intérêt du mari et des enfants légitimes, comme de justifier ses limitations par des valeurs sociales telles que la sécurité des familles et la paix des ménages². Chez les Malgaches, « l'enfant, quelle que fût son origine, était presque toujours le bienvenu, et les cas de rejet pour ce motif étaient certainement rares »³. Dans un souci de méconnaissance de cette institution à la fois originale, impensable de nos jours : nous nous devons de vérifier ces allégations en allant sur le terrain pour ne pas rapporter les récits des uns et des autres sans être allés au bout de notre étude, et nous confirmons que le désaveu de paternité fut l'une des principales causes sinon abusives de rejet au 20^e siècle⁴ après la « révocation de l'adoption ».

A. L'inconduite de la femme

1) Approche malgache de la notion d'inconduite de la femme

¹ RTDCiv., 1902, 287 s. op.cit. in CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 410.

² *Ibid.* p. 410.

³ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 115.

⁴ Acte n° 34 du 20 décembre 1962 à Tamatave-Ville, fille rejetée âgée de 2ans, acte n° 14 du 28 juin 1962, fille rejetée 5 mois, acte n° 5 du 28 mars 1936, fille rejetée 6 mois ½ ; acte n° 23 du 5 juillet 1949 à Tananarive-Ambatomainty, fils rejeté 4 ans ; acte n° 34 du 11 août 1952 à Tananarive-Ambohimananarina, fille rejetée 5 ans, acte n° 38 du 22 octobre 1953, fils rejeté 1 an ; acte n° 684 du 9 décembre 1940 à Tananarive-Ville, fils rejeté 2 ans, acte n° 269 du 24 novembre 1942, fille rejetée 4 ans, acte n° 85 du 5 juin 1943, fils rejeté 2 mois, actes n° 22 et 23 du 7 février 1944, fils rejeté 9 ans, fille rejetée 4 ans ; acte n° 149 du 31 mai 1946, fille rejetée 3 ans, acte n° 339 du 10 juillet 1950, fils rejeté 4 ans ; acte n° 236 du 3 juillet 1951, fille rejetée 6 mois ; actes n° 152 et 153 du 8 avril 1952, filles rejetées 3 et 2 ans ; acte n° 123 du 30 mars 1953, fille rejetée 1 mois ; acte n° 95 du 27 avril 1954, fils rejeté 1 an ; acte n° 481 du 13 août 1957, fille rejetée 1 an ; acte n° 230 du 16 avril, fille rejetée 5 mois.

555. « Si la femme est enceinte au moment du divorce, le mari a le droit de déclarer que l'enfant conçu ne l'a pas été par lui. En l'absence de cette déclaration, l'enfant est tenu pour son enfant (*Zaza nahantona*). Cette déclaration doit être faite dans la forme où sont reçus les actes de l'état civil : la femme a le droit de faire opposition à la déclaration qui rejette l'enfant comme n'étant pas légitime »¹, ou « si l'enfant est né après le décès du mari, la famille décide, d'après la coutume s'il est ou non légitime »². Dans ce dernier cas, il faut se référer à la période de conception d'environ neuf mois et à la disponibilité du feu mari pendant la conception : si ces conditions sont réunies, l'enfant est supposé légitime, dans le cas contraire la famille pourrait rejeter l'enfant. Cette dernière situation nous démontre une des facultés pour la famille de rejeter un enfant sans préjudice du droit de la mère de faire opposition au rejet. Ces deux cas résultants de l'impossibilité médicale ou matérielle de cohabitation du couple correspondant à la période de conception de l'enfant furent des motifs graves pouvant justifier le rejet d'enfant par le mari³ ou par la famille. Mais il faut souligner que tant que le père de l'enfant ne rejette pas l'enfant dans le cas de naissance après le divorce, nous voyons mal comment la famille du père pourrait le faire à sa place.

556. Nous avons relevé une seule décision de la Cour⁴ d'appel de Madagascar statuant en troisième et dernier ressort en matière de rejet pour tout motif confondu. En l'espèce, l'arrêt infirme les deux jugements en première instance et en appel autorisant le rejet pour motif d'inconduite de la femme et déboutant cette dernière de toutes ces demandes, dont l'annulation de l'acte de rejet d'un enfant légitime de deux mois et ½, et de la demande de pension alimentaire⁵. La Cour a jugé que l'enfant, né le 23 novembre 1956 soit plus de 180

¹ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 34.

² *Ibid.*p. 35.

³ Acte n° 268 du 24 novembre 1942 à Tananarive-Ville, le rejetant âgé de 68 ans rejeta son fils légitime âgé de 9 ans en présence de la mère qui accepte ; acte n° 1 du 2 janvier 1945 à Tananarive-Ville, le père rejette son fils légitime de 2 ans en l'absence de la mère du rejeté ; acte n° 429 du 15 novembre 1951 à Tananarive-Ville, le père rejette son fils légitime de 1 mois : ce cas particulier constitue le plus jeune âge des enfants rejetés, et apparemment un désaveu de paternité ; acte n° 85 du 5 juin 1943 à Tananarive-Ville rejetant un enfant de 2 mois.

⁴ C.T du 16 avril 1959, arrêt inédit n° 188 a déclaré nul et de nul effet l'acte de rejet n° 13 du 4 janvier 1957 enregistré à Tananarive-Ville et ordonne l'inscription en marge de celui-ci.

⁵ Tribunal de droit local du 1^{er} degré de Tananarive, n° 508 du 23 novembre 1957 confirmé en appel par le TPI de Tananarive, chambre du droit local, « jugement suscité » n° 230 du 16 juin 1958 : « constatant que l'appelante a été sommée par acte extrajudiciaire de se présenter à l'enregistrement de l'acte de rejet, mais au lieu de faire opposition en étant sur place, elle se contenta de repartir et de ne revenir que dans l'après-midi... et déclare que « la coutume ne fixe pas limitativement les cas de rejet et que le rejet n'a pas à être motivé, enfin l'enfant est né

jours et moins de 300 jours après la séparation des époux en date du 3 mars 1956, a été conçu pendant la cohabitation des parents et bénéficie de la présomption légale d'enfant légitime. En revanche, si la femme¹ reconnaît la non-paternité du mari même au-delà du délai de prescription de l'action (6 mois, art. 15 de la loi n° 63-022), le désaveu peut être prononcé en cas de force majeure (maladie du mari). Enfin, sans aucune considération hiérarchique entre les époux, le fait par la femme d'élever la voix contre son mari d'une manière répétitive ou permanente est compris comme une forme d'inconduite de la femme dans le ménage : on parle d'une femme caractérielle, difficile à vivre « *Akohovavy maneno* » (la poule qui chante comme un coq, dit-on), l'attitude fut sévèrement réprimandée par le droit à la répudiation (abrogée) connue des législations musulmanes ou juives ; cause de divorce dépassant le stade d'incompatibilité d'humeur du fait de l'autoritarisme de la femme.

2) L'inconduite de la femme en droit français

557. Dans l'ancien droit français, l'inconduite de la femme, ses relations illicites pendant la conception avec d'autres hommes servaient de moyens au présumé père d'un enfant pour prouver le contraire et d'infirmer l'assertion par la femme ou l'enfant comme quoi il est le père de ce dernier, c'est l'*exceptio plurium*². Désormais, la présomption de paternité prévue par la loi implique également un désaveu sur simple constatation de date³ : le mari est seul juge et maître de la condition juridique de l'enfant, donc désaveu par simple dénégation hors mariage, il n'a pas à faire la preuve de sa non-paternité. Le juge pourra lui opposer une fin de non-recevoir si, le mari avait connu la grossesse de la femme avant le mariage, ou s'il s'est, après la naissance, comporté comme le père, ce qui s'entend d'un aveu exprès aussi bien que tacite⁴. Cette fin de non-recevoir était aussi accordée au père à contrario, c'est-à-dire pour inconduite notoire de la femme. La fin de non-recevoir a été édictée par la loi de 1912 pour protéger le prétendu père de tout chantage de la part de la femme demanderesse en procès, ayant une inconduite notoire ou un commerce illicite avec d'autres individus. L'inconduite notoire de la femme est comprise comme la prostitution, tandis que le commerce n'est pas la

le 23/10/1956 et que la femme avait quitté le domicile conjugal le 03/03/1956 soit 8 mois auparavant, constate l'inconduite de la femme ».

¹ TPI d'Antananarivo, jugement n°1666 du 8 juillet 1994 ; TPI de Tamatave, jugement n° 898 du 2 octobre 2013.

² CHEVALIER Georges, *La recherche de la paternité naturelle en droit français (Etude sur la loi du 16 Novembre 1912)*, Faculté de droit, 1917.p. 13.

³ Art. 311 du CCF : La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du 300^e au 180^e jour, inclusivement, avant la date de la naissance. Art. 3, 4, 5 de la loi n° 63-022 sur la filiation, en droit malgache.

⁴ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 401.

prostitution¹, c'est la possibilité d'une relation avec un individu par imprudence ou par générosité. Une distinction étonnante et presque inutile des termes employés : ce qui suppose un acte plus grave et plus indigne qu'un autre alors même que les bonnes mœurs désapprouvent les liaisons adultérines, la prostitution, la polygamie : la fidélité est une obligation juridique. Il appartient au père de prouver cette inconduite de la femme, absence de relations intimes avec la femme ou que cette dernière entretenait des relations avec d'autres hommes pendant la période légale de conception (du 300^e au 180^e jour avant la naissance de l'enfant), la poursuite de l'action en déclaration de paternité sera admise².

B. L'impossibilité de paternité du mari

1) En droit malgache

558. Comme en droit romain, la présomption de paternité découle du mariage des parents, « *pater is est quem nuptiae demonstrant* », l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari de la femme qui accouchait cet enfant. Avant la promulgation de la loi n° 63-022, le mari pouvait rejeter l'enfant devant l'officier de l'état civil en sommant la mère de l'enfant de s'y présenter pour l'enregistrement, le cas échéant, de faire opposition. En effet, pour des raisons matérielles ou médicales, cette présomption peut être écartée par le mari³. Une chose qui attire notre curiosité : c'est l'appellation en malgache indifféremment du désaveu de paternité, de l'abandon d'enfant et du rejet d'enfant après la promulgation de ladite loi. P. ex., en matière d'impossibilité de paternité et suite à l'aveu de la femme de son inconduite et de ses relations sexuelles avec un autre homme dont elle ignore le nom et l'adresse (donnant naissance à un enfant), pendant l'absence du mari pour des raisons professionnelles : le juge⁴ a ordonné la rectification de l'acte de naissance de l'enfant et la transcription du dispositif du jugement. Le jugement, en question, transcrit dans le registre⁵ de l'état civil énonce en malgache : « Didim-pitsarana milaza FANARIAN-JAZA », littéralement, jugement prononçant rejet d'enfant, ou désaveu de paternité. Mais le rejet comme désaveu de paternité⁶

¹ GUILLIER, Sénat, séance du 16 juin 1910, Journal officiel du 17 juin 1910, p. 1518.

² CHEVALIER Georges, *La recherche de la paternité naturelle en droit français (Etude sur la loi du 16 Novembre 1912)*, Faculté de droit, 1917. p. 85.

³ Acte n° 123 du 30 mars 1953 à Tananarive-Ville, le mari âgé de 60 ans et malade rejette sa fille d'un mois.

⁴ TPI de Tananarive, 28 avril 1975, n° 940.

⁵ Acte de l'état civil n° 001 du 7 mars 1997.

⁶ Acte n° 46 du 29 septembre 1954 à Tananarive-Ambohimanarina, le père rejette sa fille de 6 ans sans motif indiqué et en l'absence de la mère ; acte n° 183 du 29 juillet 1942 à Tananarive-Ville, le père rejette son fils légitime de 5 ans en l'absence de la mère du rejeté ; actes n° 472, 473 et 474 du 5 juillet 1940 à Tananarive-

d'un enfant légitime ou naturel (indifféremment dénommé «*zanaka nateraka*», enfant biologique) ou révocation¹ d'une reconnaissance de paternité antérieure comporta des abus au détriment des droits de la femme et de l'enfant, même si la mère peut s'opposer et affirme une paternité évidente. Or, si la rétractation de la reconnaissance est formellement prohibée par l'art. 19 de la loi n° 63-022, une exception est faite pour annulation de l'acte quand le père n'est pas en mesure physiquement de concevoir l'enfant pour des raisons d'éloignement² ou pour des raisons médicales et par conséquent de la stérilité de leur frère. Dans ce dernier cas, les frères et sœurs ont intenté une action en nullité des actes d'adoption faits par le défunt concernant trois enfants adoptifs alléguant qu'ils sont des enfants naturels du défunt reconnus et adoptés par leur géniteur. La justice³, après un jugement avant de dire droit demandant de faire la lumière sur la filiation des requis, a reconnu l'impossibilité de procréer de la personne décédée et annule également les actes d'adoption faits par lui pour vice de consentement des père et mère biologiques des adoptés en violation de l'art. 70 (abrogé) de la loi de 1963 sur l'adoption simple.

2) En droit français

559. La présomption de paternité est attribuée au père lié dans un mariage avec la mère de l'enfant pendant la même période de conception (art. 312 du CCF⁴). Suite aux différentes réformes, l'action en désaveu ou contestation par preuve contraire (art. 313, 332 al.2 du CCF), tend à faire tomber la présomption de paternité (art. 312) en prouvant que le mari n'est pas le père, hors d'état de procréer (faits biologiques), l'éloignement (faits matériels), l'impossibilité morale (faits psychologiques) ou l'inimitié profonde régnant entre les époux, les manœuvres dont la femme a usé pour dissimuler la grossesse ou l'accouchement, ou encore l'adultère établi à son encontre : les deux droits français et malgache adoptent la même solution.

Ville, le père rejette ses trois enfants légitimes, ses filles de 4 et 2 ans et son fils de 1 an sans indiquer les motifs et en l'absence de la mère des enfants; acte n° 62 du 20 octobre 1954 à Tananarive-Ambohimanarina, le père rejette sa fille légitime majeure de 24 ans en l'absence de la rejetée.

¹ Actes de rejet n° 411 et 412 du 3 juin 1940 à Tananarive-Ville, rejet par le père de ses deux enfants naturels reconnus par actes d'adoption n° 2 du 3 juillet 1933 et n° 52 du 27 février 1935 à Fort-Dauphin.

² TPI d'Antananarivo du 29 janvier 1999 n° 160 ; Cass. Civ. M. du 3 mars 2017 n° 139.

³ TPI d'Antananarivo du 24 juillet 1978 n° 1989.

⁴ CCF. Art. 312 : « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari », conditionné par la présomption de conception de l'enfant de l'Art. 311, al 1^{er} : « la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance ».

C. Résultat de la comparaison de ces deux institutions impactant la filiation

560. Le point commun indiscutable sur le désaveu de paternité et le rejet réside du fait de la filiation préétablie entre l'enfant et son père et du caractère multifonctionnel du rejet répondant à la fonction du désaveu de paternité. À notre humble avis, ce dernier caractère du rejet suffisait à englober les règles de toutes les situations dans les rapports familiaux entre parents et enfants. Mais au fil du temps, la construction du droit devrait laisser la place à la spécialisation, à la fragmentation et à la précision, passant du stade généraliste et naturel à la forme moderne et spéciale. À l'époque où la puissance paternelle connaissait sa force extrême, le rejet d'enfant pouvait constituer des abus de droit du fait de la forme arbitraire du pouvoir du père : juge familial et décision sans appel. La Cour d'appel de Tananarive par l'arrêt n° 107 du 31 juillet 1941, déclarait que les règles de l'action en désaveu de paternité n'existent pas : le législateur moderne dans la loi n° 63-022 par la rédaction du désaveu en faisait une priorité d'en régler son contenu et de restreindre le domaine du rejet. La distinction entre le désaveu et le rejet avait fait même l'objet d'un vote¹ par les membres de la Commission : et il en ressortait que la première différence concernait le titulaire du droit dont pour le désaveu il n'existe que le père alors que pour le rejet il appartient au père et à la mère ou à la famille, individuellement ou conjointement. Au-delà de la personne titulaire des droits : l'importance de la distinction est pertinente selon la finalité de chaque institution : le désaveu consiste à permettre au père de déclarer en justice l'inexactitude du lien de filiation entre lui et l'enfant, tandis que le rejet ne supprime pas le lien de filiation ; il ôte à l'enfant la qualité d'enfant à charge, et constitue la sanction suprême infligée à celui qui ne soumet pas aux devoirs s'imposant à un tel enfant². Enfin, l'enfant désavoué n'a jamais eu un lien familial avec les parents du père alors que les enfants du rejeté peuvent être recueillis par les grands-parents et ont droit au tombeau familial contrairement au rejeté.

IV. L'abandon d'enfant

561. Il est à remarquer d'emblée que l'abandon d'enfant ne fait pas partie de ces usages multiples du rejet d'enfant dans l'ancienne législation, car s'il réprime les fautes des parents, le rejet d'enfant sanctionne celles de l'enfant. C'est plutôt un réflexe de l'esprit et une confusion purement sémantique qui nous incitent à porter un regard sur l'abandon d'enfant.

¹ « 45 réponses affirment la différence entre le désaveu et le rejet, contre 23 voix qui n'en voyaient pas la différence », in RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », Ministère de la Justice, 1962.p. 113.

² *Ibid.*p. 113.

En vérité, l'abandon d'enfant est aux antipodes du rejet d'enfant, cependant l'appellation dans la langue juridique malgache en « *Fanariana zaza* », « *Fanarian-jaza* » ou « *Manary zaza* » nous démontre les problèmes liés à la traduction et à langue juridique¹ puisque les deux institutions avec le désaveu de paternité sont traduites en ces termes improprement par le droit positif sinon dans leur pratique courante. Cependant, certains critères du rejet d'enfant, en l'occurrence, sur les motifs avancés dans les actes de rejet, portent des similitudes sur les causes d'abandon d'enfant à différencier de l'abandon de famille.

A. L'abandon d'enfant et l'abandon de famille en droit malgache

1) L'abandon de famille

562. L'abandon de famille est une infraction pénalement répréhensible : l'art. 3 de la loi n° 60-025 du 4 mai 1960 portant répression de l'abandon de famille prévoit des peines de prison et d'amende à toute personne qui, au mépris d'une décision rendue contre elle, ou en méconnaissance d'une décision de justice l'ayant condamnée à verser une pension alimentaire à son conjoint, à ses ascendants ou à ses descendants, ou au mépris d'une décision de justice ayant entériné un accord des parties sur le montant et les modalités de paiement d'une pension, qui sera volontairement demeuré plus de deux mois sans acquitter le montant. Le législateur malgache s'aligne aux solutions du droit français dans les conditions de réalisation des infractions et dans les modalités de répression. Les faits constitutifs du délit en droit malgache excluent toutes causes exonératoires du chômage, de la paresse et de l'ivrognerie : la loi prévoit en cas de récidive la prononciation de la peine de prison. D'autres faits qualifiés d'abandon de famille concernent, l'abandon de foyer plus de deux mois sans motif légitime, l'abandon de femme enceinte pour la même durée, ou l'atteinte grave à la santé, la sécurité, la moralité d'un ou plusieurs enfants, commise par les père et mère (art. 1^{er}). La personne condamnée pénalement par l'abandon de famille pourrait se voir retirer l'autorité parentale : une réponse civile à la transgression du droit commun applicable aussi à l'abandon d'enfant.

2) L'abandon d'enfant

563. Comme en droit de l'Afrique noire, « la notion d'enfant abandonné était sinon inexistante »², au moins enrayée dans le système de la filiation linéaire¹. Il est de coutume à

¹ RAHARIJAONA Henri, « La langue juridique malgache », *BAM*, 1964. ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Table des infractions courantes de Madagascar*, Ministère de la Justice, 2022.p. 11.

² MOALTA Robenatte Ténadji, *L'autorité parentale : Etude comparative des problèmes de droit interne et international privé (France et Pays d'Afrique Noire : Côte d'Ivoire, Congo, Sénégal, Tchad, Zaïre)*, dirigée par F. Boulanger, Thèse, Paris VIII, 1991.p. 7.

Madagascar que la mère isolée (c'est-à-dire sans être mariée, ou enfant mère) dans l'incapacité seule d'élever un enfant confie ce dernier à ses propres parents, ou autres ascendants et dans la mesure du possible à l'ainé de la fratrie. Cette considération de la famille laissait impensable l'abandon d'enfant. De nos jours, les difficultés de la vie quotidienne, la peur de la jeune mère d'être rejetée par sa famille et pour toutes autres causes, ont fait évoluer dans le mauvais sens le nombre d'enfants abandonnés : le nombre de pupilles de l'État augmente après les procédures judiciaires de déclaration d'abandon et de la recherche infructueuse de la mère de l'enfant par les forces de l'ordre². L'abandon d'enfant suppose un acte volontaire, d'un des parents d'abandonner un ou plusieurs enfants, constituant une faute pénale (art. 348 à 351 du CPM), la sanction civile réprime cette faute par le retrait de l'autorité parentale pour incapacité, absence, éloignement ou toute autre cause (art. 22, al.2, loi n° 2007-023), pour délaissement d'enfant (al. 4) assimilé au délit d'abandon.

B. L'abandon d'enfant et l'abandon de famille en droit français

1) L'abandon de famille

564. L'abandon de famille, délit pénal prévu par l'art. 227-3 du CPF (anc. art. 357-2) n'est autre que l'abandon pécuniaire de la famille : l'infraction est constituée à la double condition. Primo, qu'une pension alimentaire ait été fixée par justice, l'élément matériel du délit est le droit au respect d'une décision de justice même si l'abandon de famille n'est pas conçu comme un instrument essentiellement destiné à imposer le respect d'obligations familiales³. Deuxio, que le débiteur condamné soit resté plus de deux mois sans payer les arrérages échus de cette pension : c'est l'élément intentionnel du délit que la loi présume son inexécution sauf fait justificatif. L'inexécution n'est répréhensible que si elle est volontaire comme la dissimulation ou le manquement à la notification de son changement d'adresse dans un délai d'un mois à partir de ce changement au créancier ou à l'organisme débiteur des prestations familiales⁴ (art. 227-4). De plus, en cas d'inexécution totale ou partielle de l'obligation

¹ MBAYE Keba et ANCEL Marc, *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, G.-P. Maisonneuve et Larose, 1968.p. 30.

² De nos recherches de terrain, Tribunal des enfants à Antananarivo, 1^{er} cabinet, Mme Le Juge nous a fait part de quelques 300 dossiers traités au cours de l'année 2018 concernant soit l'abandon d'enfant ou l'abandon de famille, mais aussi des affaires de violences intrafamiliales nécessitant placement et retrait de l'autorité parentale, contre 39 dossiers traités pour le seul mois de janvier 2019.

³ GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline, « La répression pénale de l'abandon d'enfant, AJ Famille, Dalloz », 2002, p. 244.2/5

⁴ Code de la Sécurité sociale, art. L. 582-1.

d'aliments, le débiteur devra rapporter la preuve d'une force majeure ou de son insolvabilité¹, il est exigé du paiement intégral de la pension et que le paiement partiel ou des fournitures en nature sont sans incidences². Un des cas où l'inexécution d'une obligation civile³ est sanctionnée comme délit pénal⁴, étendu déjà par la Cour de cassation⁵ aux gendres et belle fille pour défaut de paiement de la pension alimentaire due à ses beaux-parents. Les réformes sur l'abandon de famille ont enlevé ses traits caractéristiques d'abandon physique du foyer par le père ou la mère, sans motif grave, d'abandon de femme enceinte, d'ivrognerie habituelle, des mauvais traitements, d'inconduite notoire (anc. art. 357-1 du CPF) et opté pour le non-respect d'une décision de justice sur les pensions alimentaires.

2) L'abandon d'enfant

565. La déclaration judiciaire d'abandon d'enfant (anc. art. 1158 à 1164 du CPCF) laissait une large part d'appréciation du juge : les parents doivent être considérés comme s'en étant désintéressés lorsqu'ils n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs⁶. L'interprétation de l'art. 351 du CCF (ancien art. 350) découle de la loi de 6 juin 1984 sur les droits des familles en rapport avec le service de protection de l'enfant et des pupilles de l'état et des constructions prétoriennes. Désormais, l'art. 1202 du CPCF régit les demandes en retrait total ou partiel de l'autorité parentale et en déclaration judiciaire de délaissement d'enfant, la demande en déclaration d'abandon d'enfant n'existe plus. Le délaissement, sanctionnant les atteintes à la famille et aux mineurs, selon que la victime est une personne hors d'état de se protéger qui constitue une infraction générale (art. 223-3 du CPF) ou un mineur âgé de moins de quinze ans (art. 227-1), est une infraction matérialisée par le fait d'exposer, de faire exposer, de délaisser, de faire délaisser, en un lieu solitaire, un enfant ou un incapable, hors d'état de se protéger eux-mêmes à raison de leur état physique ou mental : un délaissement dans un lieu quelconque⁷. La protection de l'enfant consiste aussi en

¹ PELISSIER Jean, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Lyon, 1960, p. 345.

² RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Droit de la famille, 2001/2002*, Dalloz, 2001, p. 825, Cass. Crim., 31 mars 1926, DH 1926, 284 ; Cass. Crim., 7 janvier 1969, Gaz. Pal. 1969, 1, 121 ; Cass. Crim. 25 mars 1981, Bull. crim. n° 101.

³ Articles 373-2-2 à 373-2-5 du CCF.

⁴ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 566.

⁵ Cour de cassation, 4 juillet 1925, Dalloz hebdomadaire, 1925, p. 515.

⁶ CARBONNIER Jean, p. 523.

⁷ GOUTTENORE Adeline et GUÉRIN Marie-Cécile, « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger- Délaissement, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale | Dalloz », publié le 2022, p. 4-5/32.

respect de son intégrité par la sanction de la mise en péril de sa santé et de sa moralité et des infractions commises contre lui¹ (art. 221-4, 222-3-8, et s. 227-1-15 et s. du CPF).

566. Si telles sont les sanctions pénales de l'abandon d'enfant requalifié en délaissement, la sanction civile les assortit généralement par le retrait total ou partiel de l'autorité parentale prévue par les articles 378 et s. du CCF et de la déclaration judiciaire de délaissement parental (art. 381-1 et s. du CCF) permettant dans les cas extrêmes à la déclaration des pupilles de l'État (art. L. 224-1 à 11 du CASF). Par exemple : le désintérêt manifeste envers l'enfant depuis plus d'un an de la part des parents (art. 377, al. 3), justifierait une délégation totale ou partielle des droits aux profits des grands-parents². Le principal effet de la déclaration de délaissement (ou abandon d'enfant) par le tribunal est la délégation de l'autorité parentale à l'organisme ou à la personne qui l'a recueilli qu'il soit délaissé pendant sa minorité ou non déclaré par sa mère à sa naissance. D'ailleurs, le consentement à l'adoption du conseil de famille nécessite l'avis de la personne qui, en fait, prend soin de l'enfant au cas où les parents sont décédés ou encore perdu leurs droits d'autorité parentale (art. 348-2 du CCF). Ainsi, le désintérêt manifeste permet à la personne ayant recueilli l'enfant de triompher nonobstant le refus abusif des parents défaillants³ : la Cour de cassation a confirmé la décision du juge au fond sur le délaissement parental demandé par le Conseil départemental.

567. La comparaison du rejet et des sanctions civiles du délaissement, de l'abandon de famille ou d'enfant nous permet de les rapprocher dans la réponse civile à ces infractions pénales : si les infractions réprimées sont reprochées aux parents défaillants (condamnés pour ces infractions envers leurs enfants pourront être rejetés par leurs propres parents, grands-parents des enfants victimes) ; le rejet sanctionne les fautes des enfants à leurs manquements aux obligations de respect et d'honneur familiales, de secours et de soins envers ses parents.

3) Le rejet de maternité : l'accouchement sous X

568. L'accouchement sous X, appellation pratique de la faculté de la mère de garder le secret de sa maternité, institué par Henri II en 1556 est une tradition⁴ du droit français de la

¹ CHAVENT-LECLERE Anne-Sophie, « Intégrité de l'enfant, Dalloz action Droit de la famille, Chapitre 622 », publié le 2024 2023.p. 622-02.

² BOULANGER François, *Les rapports juridiques entre parents et enfants : perspectives comparatistes et internationales*, Economica, 1998.p. 186.

³ Cass. Civ. 1^{re}, du 30 novembre 2022, n° 20-22903 : AJ fam. 2023, p. 48, obs. B. Mallevaey et L. Gebler.

⁴ Projet de loi relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État. Rapport n° 72 (2001-2002), déposé le 21 novembre 2001, adopté à l'unanimité. Mentionnant la moyenne du nombre d'enfants nés sous X à 6000 par an si dans les soixante-dix années précédentes s'élevait à 10000 par an.

famille (confirmé par les lois du 28 janvier 1793 sur les maisons maternelles et du 2 septembre 1941 sur la protection de la naissance), si particulier qu'il est peut-être comparable au rejet du droit malgache par son atypisme et par certains de ses effets. Dorénavant, les dispositions de l'article 57 du CCF sur l'état civil, de l'art. 326 (anc. art. 341 et 341-1) sur le secret de la filiation et de l'identité et l'art. 81 du Code de la famille et de l'aide sociale sur le secret du lieu de naissance régissent l'accouchement anonyme. L'enfant « abandonné », relatif aux dossiers d'abandon selon la loi de 1978, avant la loi du 6 juin 1984¹ : termes² que les témoignages des enfants nés sous X et les mères ayant accouchés anonymement, emploient également pour désigner les faits en le remettant définitivement au service de l'aide sociale à l'enfance (ASE), n'est autre que l'enfant rejeté par la mère avec ou sans le père du droit malgache. L'innovation réelle de la loi du 8 janvier 1993³ a consisté à faire de l'accouchement sous X une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité,⁴ codifiée dans l'anc. art. 341-1 : « lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé » ou encore la possibilité de ne pas indiquer le nom des père et mère pour la déclaration aux services de l'état civil art. 57 du CCF⁵. Le droit au secret dans l'accouchement sous X est un exemple de la protection absolue du droit de la mère de ne pas vouloir divulguer son identité, même s'il se trouve en contradiction au « droit à la connaissance de son origine : un droit de l'Homme » fondé sur le « droit au respect de l'identité et l'indisponibilité de l'état des personnes »⁶. La volonté absolue de la mère

¹ Le terme « abandon » a officiellement été supprimé du Code de l'aide sociale afin de souligner le côté positif de la remise à l'aide sociale à l'enfance, DREIFUSS-NETTER Frédérique, L'accouchement sous X, in *Liber amicorum à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, PUS/LGDJ, 1994.p. 99.

² VERDIER Pierre et MARGIOTTA Nathalie, *Le droit à la connaissance de son origine : un droit de l'Homme, Pour en finir avec l'accouchement sous X et le secret de la filiation*, Éditions Jeunesse et droit, 1998.pp. 9-15-17-19-43-45-49-etc.

³ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales

⁴ TRILLAT B., « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », in *Liber amicorum à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, PUS/LGDJ, 1994.p.513 ; DREIFUSS-NETTER Frédérique, « L'accouchement sous X, dans Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller ; liber amicorum », PUS/LGDJ, 1993., in *Liber amicorum à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, PUS/LGDJ, 1994.p. 99.

⁵ Art. 57 : « Si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet ». Aussi, art. 47 de l'ancien Code de la famille et de l'aide sociale.

⁶ VERDIER Pierre et MARGIOTTA Nathalie, *Le droit à la connaissance de son origine : un droit de l'Homme, Pour en finir avec l'accouchement sous X et le secret de la filiation*, Éditions Jeunesse et droit, 1998.

prime à tout autre intérêt, par simple demande verbale : sans obligation de justifier les motifs : elle peut ainsi « nier », « rejeter » sa progéniture, qui par ce fait, est privée de son droit à la vérité : toute action en justice aboutit à une fin de non-recevoir. Or, la question se pose sur l'existence d'«un droit nouveau de la personnalité : le droit au respect du sentiment d'identité ; un système qui consacrerait sans limites l'accès de chacun à ses origines»¹, et de ce que pourrait faire un système qui reconnaîtrait le droit au respect du sentiment d'identité. Mais, la réponse ne saurait être accueillie favorablement sans condition de stabilité, d'immutabilité et de sécurité juridique entourant l'état des personnes et les actes de l'état civil, mentionnant l'identité unique d'une personne à la fois supposant le sentiment d'identité à travers le nom, les prénoms, le sexe, la filiation, la date et le lieu de naissance et le domicile.

a. Les conditions de l'accouchement sous X

569. Les dispositions sur la filiation des articles 341 et 341-1 ont été abrogées et réformées par l'ordonnance de 2005-759 du 4 juillet 2005. Désormais, l'art. 326 du CCF et l'art. L. 222-6 du CASF prévoient que lors de son accouchement, la mère est en droit de demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé. C'est un droit absolu² reconnu à la mère de garder son anonymat si elle en fait la demande, la loi française ne consacre pas le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines³, en conformité avec l'art. 7 de la Convention⁴ de New York relative aux droits de l'enfant : « ... dans la mesure du possible, le

¹ GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité*, L.G.D.J, 2000.p. 453.

² CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 418.

³ *Ibid.*p. 422.

⁴ Pour deux raisons : d'abord par les arrêts de la Cour de cassation jugeant que : « cette convention, qui ne crée des obligations qu'à la charge des États parties, n'étant pas directement applicable en droit interne » : Cass. Civ. I, 10 mars 1993, D.1993.361, note J. Massip ; M-C Rondeau-Rivier, « La convention des Nations unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : mis hors-jeu », D. 1993, Chron., p. 203 ; J. Massip, note au Defrénois 1993, 35585 ; J. Rubellin-Devichi, Chron. De droit de la famille, JCP, 1993, 3688 ; P. Lagarde, Rev. Crit. De droit int. Privé, 1993, p. 449 ; Cass. Civ. I, 2 juin 1993, D.S. 1993, I.R. 153 au regard de l'art. 8-1 (respect de la vie familiale) ; 15 juillet 1993, D.S. 93, I.R. 209 (à nouveau les art. 3, 9 et 12) : selon un critère de distinction des clauses qui édictent directement des dispositions précises et applicables (self-executing) et celles seulement des principes qui nécessitent des normes étatiques (à la charge des États).

Ensuite, par l'interprétation des termes « dans la mesure du possible » de l'art. 7 qui signifient un principe « non pas absolu, mais assorti d'une réserve », op. cit. E. Alfandari et P. Verdier, « *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la Convention de New York sur les droits de l'enfant* », Rapport de documentation française 1993, n° 145, in DREIFUSS-NETTER Frédérique, L'accouchement sous X, in *Liber amicorum à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, PUS/LGDJ, 1994.pp. 110-112.

droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux », et à l'art. 30 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993, « les autorités compétentes de l'État contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père ainsi que... dans la mesure permise par la loi de leur état ». La mère est informée de ses droits de garder son anonymat et des conséquences de sa décision si elle le souhaite au moment de l'accouchement de l'enfant dans un établissement, et de la possibilité de laisser des renseignements non identifiants pour l'intérêt médical et la santé de l'enfant. Aucune condition particulière ne s'impose à la mère de garder son anonymat pour accoucher sous X, elle a un choix de divulguer ou pas son identité, d'admettre ou pas à la maternité du nouveau-né. Bref, la volonté de la mère est la seule et unique condition de l'accouchement sous X : l'art. L. 222-6 al. 3 du CASF précise qu'aucune pièce d'identité n'est exigée d'elle et il n'est procédé à aucune enquête : la liberté de la mère est garantie par la loi, une volonté restrictive d'accès à la filiation d'origine. Il faut juste retenir le délai de réflexion de deux mois (par la loi de 1996) laissé à la mère et au père présumé de revenir sur leur décision avant que l'enfant soit proclamé en justice « pupille de l'État ». Mais ce délai de deux mois ne cause pas moins de problématique quand la mère ne laisse aucune information sur elle. Comment l'administration peut-elle vérifier que la mère qui accouchait sous anonymat récemment est bien la mère de l'enfant né sous X ? Et comment la mère peut-elle prouver, le cas échéant, qu'elle soit bien celle qui a accouché sous anonymat ? L'accouchement sous X faisait souvent l'objet des rappels de la CEDH envers l'État français de revoir cette disposition faisant obstacle au droit de l'enfant d'accéder à ses origines : un droit si naturel reconnu à l'enfant comme une aspiration légitime¹. Tout en réitérant l'attachement à ce droit traditionnel, les législateurs de 1993, 1996, 2002 et 2005 ont progressivement donné à la mère la faculté de lever à tout moment le secret de sa maternité : ce qui suppose qu'elle ne peut être contrainte de le faire. La volonté de la mère prime sur l'intérêt de son enfant, on ne peut la nier : et la mère peut la faire valoir même après sa mort (art. L. 147-6 al. 2 du CASF), sauf si de son vivant elle n'a pas exclu la levée posthume du secret qui par conséquent serait révélé à la demande de l'enfant.

¹ Selon le rapport de Mme Neiertz (Commission des Lois à l'A.N n° 3086), 400 000 personnes seraient en quête de leurs origines, somme des demandes formulées chaque année par milliers (plus de 13000 en 1999), in CORNU Gérard.p. 417. Voir aussi, le témoignage d'une femme née sous X qui essaya de comprendre son cas et finira par retrouver sa mère biologique des années plus tard et fut même adoptée par cette dernière et retrouve ainsi « tous les liens avec ma famille d'origine », in Propos recueillis par DUMONT Sarah, « J'ai retrouvé ma mère biologique », « À 43 ans, j'ai été adopté par la femme qui m'avait abandonnée », Femme actuelle, 2010, p. 10.

570. Ces effets hermétiques s'adoucissent au fil du temps, laissant ainsi quelques fenêtres à l'enfant de retrouver ses origines par l'art. 62 de l'ancien Code de la famille et de l'aide sociale permettant à la femme qui a accouché dans l'anonymat, de donner des renseignements ne portant atteinte au secret de son identité, de même qu'en indiquant la possibilité de lever ultérieurement¹ ce secret². L'affluence des demandes du droit d'accès aux origines a finalement fait l'objet de la promulgation de la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002³. Cette loi édicte dans son art. 2 réformant l'art. 222-6 que toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire, ce qui sous-entend la gravité de sa décision qui prive son enfant le droit de connaître ses origines. De plus, la femme est avertie de la possibilité de laisser son identité et celle du père présumé et même des informations sur leur santé, et de lever son droit au secret à tout moment et même après son décès. Les dispositions de la nouvelle loi relative à la bioéthique⁴ de 2021 modifiant ou complétant le Code civil et l'art. L. 2143-2 du Code de santé publique (accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur) entre autres, précisent que toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur définies à l'art. L. 2143-3. De plus, les donneurs de gamètes doivent consentir expressément et préalablement à la communication de ces données non identifiantes et de leur identité, et que l'art. L. 2143-5 réitère cette faculté de l'enfant en autorisant « la personne qui, à sa majorité, souhaite accéder aux données non identifiantes relatives au tiers donneur ou à l'identité du tiers donneur s'adresse à la commission mentionnée à l'art. L. 2143-6. La CEDH⁵ vient de confirmer la conformité de la loi nationale française à la Conv. EDH sur le droit au respect de la vie privée et familiale et l'anonymat des donneurs des gamètes : ces derniers doivent donner leur acceptation pour la divulgation de leurs données identifiantes ; ouvrant ainsi une possibilité

¹ Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996, dite loi Mattéi.

² RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Droit de la famille, 2001/2002*, Dalloz, 2001, p. 557.

³ En créant le Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP, art. L. 147-1 à 11 du CASF).

⁴ Ces dispositions de la loi bioéthique du 2 août 2021 entrées en vigueur depuis le 1er septembre 2022, la Commission d'accès des personnes nées d'une assistance médicale à la procréation aux données des tiers donneurs (CAPADD) a été créée par la suite.

⁵ CEDH, arrêt du 7 septembre 2023, affaire G-F et S. c. France : « ... le refus de divulguer aux requérants nés d'une AMP des données relatives aux donneurs de gamètes ne méconnaît pas l'article 8 de la Convention ».

d'accès à connaître ses origines, autrefois hermétiques et inaccessibles, mais distinct du droit de filiation¹ donc sans aucun effet sur l'état civil et la filiation (art. 147-7 du CASF).

b. Éléments comparatifs du droit à la connaissance de ses origines

571. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a conclu que le droit général de la personnalité incluait le droit de connaître son origine². Conformément à la Constitution fédérale³, l'affaire qui a été transmise par le tribunal de première instance de Hambourg⁴, concernait la contestation de sa paternité légitime par une jeune femme du fait de sa naissance dans le mariage alors qu'elle savait que le mari de sa mère n'était pas son vrai père et que le mari présumé père n'effectuait pas dans le délai légal de 2 ans (BGBI I, § 1594) la contestation de paternité. La demande de recherche et de déclaration de l'identité de son vrai père fut alors accordée, même si ses parents présumés légitimes ne se sont pas séparés et qu'ils étaient en accord pour la suppression de cette paternité légitime. La paix et l'harmonie familiale étaient préservées et le droit de connaître ses origines considéré comme droit général de la personnalité protégé par la Constitution n'est pas contraire à l'ordre public et prime même sur celui-ci dans la sécurité et la stabilité des actes de l'état civil.

572. En droit allemand, nous pouvons dire que le rejet d'une filiation présumée légitime est possible s'il ne remet pas en cause la paix et la vérité dans la famille. Si la tendance des droits en comparaison reconnaît le droit de connaître ses origines et que les lois françaises évoluent favorablement à cet effet, même si l'accouchement anonyme résiste toujours à toutes les contestations et revendications : toutes formes d'abandon d'enfants mineurs doivent cesser, car nous pensons qu'elles sont contraires aux intérêts et à la protection de l'enfant. Nous écartons l'idée « matérialiste » ramenant les intérêts de l'enfant⁵, aux seuls besoins d'avoir une famille de sécurité alimentaire et éducative, de stabilité et d'affection et ôtant toute son histoire. Cependant, nous concevons pour des motifs graves comme « le délaissement, ou la maltraitance [d'enfant], et de favoriser l'adoption au détriment de l'avortement, voire du

¹ DOUCHY-LOUDOT Mélina, *Droit civil Ire année : introduction, Personnes Famille*, Lefebvre Dalloz-Dalloz, 2023.p. 556.

² SOUS LA DIRECTION DE JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Centre National de la Recherche scientifique, 1991.pp. 37-38.

³ GG (Grundgesetz) arts. 1(1), 2(1).

⁴ DA, Vorm. (Der Amtsvormund) 1987, 545.

⁵ Op. cit. CHALON Simone, signée Jeanniard Nicole, *Enfance Majuscule*, novembre 1998, p. 26, in VERDIER Pierre et MARGIOTTA Nathalie, *Le droit à la connaissance de son origine : un droit de l'Homme, Pour en finir avec l'accouchement sous X et le secret de la filiation*, Éditions Jeunesse et droit, 1998.p. 63 et s.

mythique infanticide »¹, le maintien de l'anonymat même si ces motifs ne justifient pas pertinemment l'absence de filiation dans l'acte de l'état civil. Les choses semblent aller en s'améliorant, car la nouvelle loi sur la bioéthique a permis « pour la première fois en France, une personne née par PMA avec un tiers donneur a retrouvé son géniteur »². En conclusion, le rejet dans ses effets n'est pas aussi méconnu du droit français comme il y paraît : les causes et les contextes ne sont pas les mêmes entre ces deux institutions traditionnelles en comparaison, mais leurs effets produisent des conséquences sensiblement ressemblantes.

C. L'indigence

1) À Madagascar

573. Dès l'aube de la législation, l'assistance aux indigents faisait partie de ses aphorismes juridiques que prononça le souverain dans ses discours donnant l'instruction à la famille de porter aide et assistance aux indigents et au cas où la personne n'aurait plus de famille, il lui donna un « *Angady* »³. L'assistance à son prochain, aux membres de la famille ne fut pas un vain mot dans le droit traditionnel malgache : ces règles sociales sanctionnées par le droit sont malheureusement laissées pour compte par l'assistance publique et par la famille elle-même du fait de la similitude des situations personnelles particulièrement difficiles de chacun dans les milieux ruraux comme dans les milieux urbains. Ce sont les organisations et associations caritatives⁴ privées qui assument la responsabilité de la solidarité étatique, familiale et communautaire. L'indigence fut un motif de rejet d'enfant dans l'ancienne législation, non pas explicitement prévue par la loi, mais acceptée pratiquement par l'administration pour être inscrite dans le registre de l'état civil : en l'espèce la rejetante mère célibataire, sans profession, de vingt et un ans, motive son acte de rejet par son indigence⁵, par son incapacité d'élever l'enfant de six mois et de l'absence absolue de famille proche.

¹ DREIFUSS-NETTER Frédérique, « L'accouchement sous X, dans Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller ; liber amicorum », PUS/LGDJ, 1993.

² https://www.francetvinfo.fr/societe/pma/document-pour-la-premiere-fois-en-france-une-personne-nee-par-pma-avec-un-tiers-donneur-a-retrouve-son-geniteur_5844329.html : les termes PMA et AMP sont entendus au même sens : procréation médicalement assistée et assistance médicale à la procréation

³ Il cria à ses assistants du palais « *Angady* ! » pour qu'ils lui en apportassent à destination de la personne qui lui demanda de l'aide, en lui fournissant des semences et quelques vivres pour tenir jusqu'à la récolte, in JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.

⁴ P. ex., l'Association AKAMASOA du Père Pedro accueille depuis 1989 les sans-abris et les indigents de la capitale malgache.

⁵ Acte de rejet n° 5 du 28 mars 1936 à Tamatave-Ville.

2) L'indigence en France

574. En France, l'histoire de l'impôt coïncidant avec l'œuvre de charité qui découla de l'Ordonnance du 24 avril 1407 sur les amendes et les redevances perçues au profit de l'Hôpital Saint-Julien. Depuis Saint Louis, dès le XVI^e siècle, l'assistance publique aux indigents a été organisée par la charité officielle, la mission fut confiée aux Congrégations, Paroisses, etc., puis par les « bureaux des pauvres » sous Louis XIV en 1642¹. L'ordonnance de 1699 exprime l'intention de faire contribuer les recettes de tous les théâtres au soulagement des pauvres, la mesure ne fut pas de toute ouïe par les professionnels² du spectacle qui se demandaient si ce n'est de faire supprimer leur métier or « il fallait chercher des remèdes à la mendicité dont Paris était fatigué ». Cette forme d'assistance est toujours relayée de nos jours par « les restos du cœur » par la bienveillance des artistes et des bénévoles. L'assistance publique est assurée par les différentes caisses de l'État : simultanément avec la rédaction de cette thèse, l'Assemblée nationale française vient de voter une loi d'assistance aux personnes victimes de violences intrafamiliales en attribuant une aide d'urgence à l'installation dont le remboursement sera assumé par la personne auteure de la violence. Le devoir de charité est l'un des devoirs moraux qui manquent de sanction, autrement dit, que le droit ignore. Au-delà d'une sanction pénale que peut encourir la personne pouvant apporter une aide, elle n'est débitrice d'aucune obligation, même d'un devoir moral que la justice pourrait reconnaître puisque le principe étant l'inexistence d'intérêt et encore moins d'action de l'indigent pour demander de l'aide. Ce que la jurisprudence au contraire a reconnu, au nom de l'équité sur l'existence d'un devoir moral transformé en obligation naturelle entre collatéraux : preuve de l'extension des dispositions générales sur les rapports de famille ignorés d'effets par le droit positif. Le droit français élargit l'application d'un texte de portées générales régissant les rapports de famille en termes de réciprocité d'assistance, de secours et d'aliments.

D. L'incapacité d'élever un enfant ou l'absence prolongée

1) En droit malgache

575. La coutume malgache permet, dans le cas d'absence prolongée, aux enfants de demander l'envoi en possession provisoire des biens qui appartenaient à leur auteur du jour de son départ ou de ses dernières nouvelles³. Il en résulte de cette consécration de la coutume par

¹ ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929.p. 21 et s.

² PONTCHARTRAIN à de HARLAY, in DE GUILLIN René, *Du droit des pauvres sur les spectacles à Paris*, Thèse, Paris, 1900.p. 13.

³ C.T du 30 août 1906.

la justice qu'au-delà des sanctions pénales d'abandon d'enfant qu'encourt leur auteur, des mesures d'ordre civil peuvent suppléer et subvenir aux besoins des enfants jusqu'à la manifestation des parents défaillants. Cette prise de position de la justice n'est autre que le corolaire des règles coutumières transmises oralement et recueillies par les Codes écrits. L'indigence et l'incapacité d'élever un enfant se coïncident souvent dans l'abandon d'enfant : la fille mère sans prise en charge de l'État (pas d'allocation familiale pour les femmes isolées, ou encore une allocation sous-évaluée datant de la moitié du siècle dernier pour la fille-mère qui travaillait légalement et enregistrée à la Caisse nationale de prévoyance sociale) ou par peur de ses parents. Dans l'échange que nous accordait Madame la Juge des enfants du TPI d'Antananarivo pendant nos recherches de terrain, ce sujet a été évoqué et au cours duquel il nous a été relaté la recrudescence d'abandon d'enfant et que des nouveau-nés sont abandonnés¹ aux abords des Commissariats pour qu'ils soient pris en charge et secourus par les forces de l'ordre. Selon la procédure en matière d'abandon d'enfant, les forces de l'ordre territorialement compétentes en signalant le Procureur de la République, procèdent à la recherche des parents ou de la mère de l'enfant abandonné pendant un certain délai (3 mois) avant qu'un jugement puisse déclarer l'enfant abandonné comme « pupilles de l'État ». Faute de place², les problématiques découlant des enfants subissant de maltraitances et victimes d'abandon par leur mère et père irresponsables progressent et semblent toucher l'ensemble de l'île : l'éducation parentale et l'éducation sexuelle à l'école doivent être revues, non seulement par la sensibilisation, mais par la prise en charge effective de l'État. Si l'incapacité d'élever un enfant ne constituait pas une cause directe du rejet d'enfant, l'enfant délaissé pouvait très bien être adopté par les grands-parents ou les autres membres de la famille capables de nourrir et d'élever l'enfant, ce dernier deviendrait alors leur propre enfant. Cette forme de rejet d'enfant par l'incapacité de sa mère et de son père d'élever l'enfant constituait la forme discrète et informelle du rejet : et rien n'empêche au fil du temps que la mère ou le père incapables viennent par la suite adopter leur propre enfant si leur situation s'améliore.

¹ RAKOTOARIVELO Julian, « Nourrisson abandonné à Fenoarivo », sur *Midi Madagasikara* [en ligne], publié le 31 août 2021. Par exemple : un des deux gendarmes avisés par le fokonolona ayant trouvé un bébé abandonné dans un sac en plastique non loin du marché l'aurait pris en charge après leur intervention et de celle du médecin de l'Hôpital. Le bon samaritain s'est porté volontaire pour prendre en charge le bébé, faute de structure adaptée, et a posé sa candidature pour son adoption et attend la décision des autorités et du tribunal suivant la procédure d'adoption.

² RAKOTOARIVELO Julian, « Antsiranana », sur *Midi Madagasikara* [en ligne], publié le 2 septembre 2021.

2) En droit français

576. L'incapacité d'élever un enfant et l'absence prolongée peuvent être assimilées aux désintérêts des parents envers l'enfant. Le délaissement parental (art. 381-1) peut être déclaré par le juge, qui rendra l'enfant adoptable (art. 350) suite au retrait ou la déchéance de l'autorité parentale pour désintérêt des parents au risque d'en compromettre la santé ou la moralité de l'enfant. Le juge est souverain d'apprécier le délaissement parental et de déclarer la déchéance ou le retrait des responsabilités parentales¹ : cependant, le délai d'un an d'abandon ou de délaissement d'enfant était souvent sources de conflits entre les parents par le sang, la mère ou les grands-parents et la famille nourricière. Il arrive que pendant des années, le parent par le sang ne se manifeste pas laissant ainsi créer un lien d'affection et d'attachement entre l'enfant et sa famille d'adoption et qu'un jour il revient pour lui arracher de cette famille. Le désintérêt du parent par le sang doit être volontaire² et ne peut découler d'un empêchement : p. ex., le refus des adoptants de lui présenter l'enfant³ ou par des événements extérieurs, c'est-à-dire, pour maladie⁴ ou pour l'emploi⁵, ou enfin si un proche parent recueille l'enfant même si ce dernier est le requérant⁶ en adoption. De ce fait, le caractère volontaire⁷ de délaissement semble s'imposer bien que les textes ne s'y réfèrent pas, il est laissé donc à la construction prétorienne l'appréciation du caractère volontaire en dépit du délai d'un an d'absence ou de carence. Et il est possible de penser qu'en regardant cette exigence du caractère volontaire, la justice privilégie plutôt les intérêts des parents par le sang que ceux de l'enfant : des grands-parents ou d'autres membres de la famille⁸.

¹ BOULANGER François, *Les rapports juridiques entre parents et enfants : perspectives comparatistes et internationales*, Economica, 1998.p. 219 et s.

² BÉNABENT Alain, *Droit civil, La Famille*, Juris-Classer, 11^e édition, Litec, Groupe LexisNexis, 2003.p. 503.

³ Cass. Civ. 1^{re}, 29 juillet 1989 : JCP 1990, II, 21443, note Salvage-Gerest.

⁴ C.A de Paris, 6 janvier 1977 : JCP 1977, II, 18762.

⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 2 juillet 1974 : Bull. civ. I, n° 213, p. 184, in BÉNABENT Alain.p. 504.

⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 24 mars 1987 : D. 1987 D. 1988, 153, note Roujou de Boubée : JCP 1988, II, 21076, note Salvage-Gerest.

⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 23 octobre 1974 : D. 1974, 135, note Gaury ; JCP 1974, 17689, note De La Marinière ; Cass. Civ. 1^{re}, 3 octobre 1978 : Bull. civ. I, n° 285 et 286, p. 222 ; Cass. Civ. 1^{re}, 28 mai 1980 : Bull. civ. I, n° 158, p. 128 ; Cass. Civ. 1^{re}, 20 novembre 1985 : RTD. Civ. 1986, 731, obs., Rubellin-Devichi ; Cass. Civ. 1^{re}, 8 décembre 1998 : JCP 1999, IV, 1182, in BÉNABENT Alain.pp. 504-505.

⁸ BOULANGER François, *Les rapports juridiques entre parents et enfants : perspectives comparatistes et internationales*, Economica, 1998.pp. 180 à 182.

577. Une parenthèse nous permet d'évoquer le cas d'abandon volontaire d'enfant au profit d'une personne ou d'un couple qui en aspire à avoir de progéniture sans pouvoir en concevoir par leurs propres moyens. Il s'agit de la nullité absolue de la convention de gestion pour le compte d'autrui (art. 16-7 du CCF, supra **428**) ou de la « mère porteuse », même si des évolutions sont palpables sur la question. Le débat entre le droit de propriété et le droit de la personne sur son corps prend alors toute son ampleur : si le droit de propriété est assimilé à un droit absolu sur une chose, il n'est pas de celui de la personne sur son corps où l'État délimite les dispositions qu'une personne peut faire de son corps ou des produits vitaux de son corps, et par l'avènement d'une notion nouvelle en droit de « matériaux humains » (p. ex., les cheveux, le sang, le sperme, l'ovule, les moelles épinières, etc.). Dans le même principe en droit français qu'en droit malgache : nul ne peut vendre son corps, on n'admet pas le service de mise à disposition temporaire de son corps moyennant paiement pour un plaisir charnel par l'interdiction de la prostitution même si le don de matériaux humains, don d'organes et de sang deviennent de plus en plus sollicitée pour sauver des vies : finalement, les civilisations s'opposent, dans les deux ordres juridiques, à la recherche de profits au détriment des règles d'indisponibilité de la filiation, du corps et des matériaux humains.

SECTION C. Les effets du rejet d'enfant

I. La confirmation du rejet d'enfant comme sanction civile

578. En abordant les effets du rejet d'enfant dans son évolution historique, nous constatons qu'à partir de l'abolition de l'esclavage et de l'obligation d'enregistrement dans le registre officiel : le caractère de peine privée permettant au père de vendre son enfant a disparu, le rejet d'enfant endosse sa qualification de sanction civile affectant la filiation et le patrimoine.

A. Une rupture du lien de filiation

579. La filiation¹ est le lien que le droit crée pour unir l'enfant à ses père et mère. La filiation engendre la parenté qu'existe entre les membres d'une même famille, que le droit² règle par des obligations et des interdictions les relations : le lien de parenté définit la relation entre deux personnes appartenant à la même famille. Les termes lien de filiation et lien de parenté sont utilisés indifféremment puisque le lien de parenté que nous considérons dans notre objet d'étude concerne exclusivement le lien de parenté issu d'une filiation par le sang

¹ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p.495.

² Il faut entendre le droit par ses sources : coutume, loi, contrat, etc.

ou d'une adoption simple ou judiciaire : nous écartons donc le lien de parenté par alliance du moins au-delà de ce qui touche les personnes liées par le mariage ou par un pacte et qui ne sont pas liées directement à ces personnes. Le terme « lien » en français « ce qui sert à lier », qui à son tour dérive du mot latin « *ligamen* », signifie une création du droit pour enchaîner, nouer, rattacher quelqu'un à sa famille¹ et qui par ses effets crée des droits et devoirs entre les membres d'une même famille : « Ce qui sert à attacher des objets ou des parties ensemble »². Le sens du mot lien découle ici de la loi et non d'un contrat entre deux ou plusieurs personnes : alors que « la parenté est le rapport qui existe entre deux personnes dont l'un descend de l'autre, comme le fils et le père, le petit-fils et le grand-père, ou qui descendent d'un auteur commun, comme deux frères, deux cousins »³.

580. La rupture du lien de filiation, ou du lien de parenté est à comparer aux effets de l'adoption judiciaire ou plénière qui anéantit les effets de la filiation entre une génération d'ascendants et de descendant. C'est-à-dire, le rejetant ne considère plus le rejeté comme son enfant et inversement, mais à la différence de l'adoption définitive et de ses effets, la rupture du lien de parenté qu'est une sanction civile, n'efface pas la filiation, mais seulement les devoirs et obligations qui en découlent depuis l'obligation d'enregistrement des actes de l'état civil dans les registres. En effet, si seule la mémoire des anciens pouvait se souvenir des actes de rejet ou d'adoption auparavant, désormais c'est le formalisme de l'écriture, seul l'acte de rejet légalement enregistré est valable et détient de la force probante. Cependant, l'effacement de la filiation n'est pas autorisé ni imposé par la loi, et même la transcription de l'acte de rejet sur l'acte de naissance du rejeté ne l'est pas. Le rejet est donc une protection supplémentaire

¹ POPESCO Georges-Iorgu D., *Le droit de rétention en droit anglais (« Lien ») avec des aperçus comparatifs sur les mêmes institutions juridiques correspondantes en droit français, en droit allemand et en droit suisse*, Thèse, Faculté de droit, 1930.p. 13.

² Étymologie : lien vient du latin *ligamen*, de *ligare* -> lier, 1. Chose flexible et allongée servant à lier, à attacher quelque chose (bande, corde, courroie, etc.) 2. Figuré. Ce qui relie, unit ... – lien de cause à effet. -> Corrélation, liaison. 3. Ce qui unit des personnes. -> Liaison, relation. Lien de parenté, de famille, d'amitié ... -> contact. 4. Littér. Élément (affectif, intellectuel) qui attache quelqu'un à quelque chose. -> Affinité. 5. Ce qui retient, enchaîne. -> Servitude ... in LE ROBERT (dir.), *Le Robert illustré 2022*, Dictionnaires le Robert-Sejer, 2021.p. 1145, voir aussi « lier », « ... imposer une obligation juridique, morale à. », « ... unir juridiquement ... » HACHETTE (dir.), *Dictionnaire Hachette encyclopédique de poche*, Hachette éducation, 2021.p. 329.

³ PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation)*, Tome II, 2^e édition, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.p. 9.

de ces droits indépendamment de toute autre protection prévue par le droit commun à savoir les principes d'inviolabilité du corps humain et de son intégrité physique ou encore de l'indisponibilité de l'état des personnes et les sanctions pénales prévues contre toutes atteintes à la vie humaine et à l'intégrité physique des personnes. Chaque fois que le respect et l'honneur familial ont été souillés, dégradé par un des membres de la famille, ou encore à tout manquement d'une obligation née de la filiation, le rejet pourrait être infligé au transgresseur de l'ordre familial. Le rejeté répond alors au « non-respect » des règles de conduite que doit avoir un membre de la famille non seulement à l'égard de lui-même, mais envers ses père et mère, ses ascendants, ses descendants. En effet, on peut très bien concevoir qu'un père de famille qui maltraite sa femme et ses enfants puisse être rejeté par ses propres père et mère. Enfin, les jugements rendus en matière de filiation sont, de droit, opposables même aux personnes qui n'y ont pas été parties¹ : il suffit de produire le jugement autorisant la déclaration de rejet à l'officier de l'état civil pour faire valoir les droits qui en découlent.

B. Le rejet d'enfant est irrévocable

581. Les effets du rejet depuis le droit coutumier jusqu'à nos jours sont irrévocables, ce qui montre leur gravité tant sur le droit de la personne que sur le droit patrimonial du rejeté. Le souverain prévenait sur les effets du rejet que : « ... la colère ne doit pas être prise comme conseillère, elle nous inspirerait trop mal. Le cœur humain ressemble à l'eau chauffée jusqu'à ébullition : il suffit que l'ardeur du feu tombe pour que cette eau reprenne sa tranquillité... il convient donc toujours d'attendre avant de prendre une décision irrévocable »². En analysant la fonction du rejet et de ses effets, nous avons constaté qu'une solution à cette rigidité des effets du rejet peut être trouvée si les volontés des parties consentent à la réconciliation : « *Tsisy izay tsy miady fa izay to fo no mpamosavy* »³. Cette idée philosophique et non moins sociologique atténue les effets du droit de rejet où l'irrévocabilité est battue par la conciliation et le pardon, une solution juridique possible du fait que les lois coutumières ou le droit positif n'interdisent pas l'adoption d'une personne antérieurement rejetée : par la réintégration dans leurs droits les enfants rejetés⁴, et de se conformer à la procédure d'adoption publique et le paiement des taxes et droits y afférents.

¹ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 355.

² JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 312.

³ Littéralement : « personne n'est à l'abri d'une dispute, mais celle rancunière est une sorcière ».

⁴ « *Ni fampudiana ni zanaka nariana* » : « Pour réintégrer les enfants légitimes dans leurs droits d'héritiers après qu'ils avaient été rejetés par leurs parents, ceux-ci devaient verser à la Couronne le *hasina vula tsi vaki* ... », in JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome II, E. Guilmoto, 1909.p. 225.

C. Le caractère diptyque des effets du rejet d'enfant

582. Le régime juridique du rejet d'enfant nous confirme l'obligation de respect aux parents, aux aînés, au groupe social : une obligation légale sanctionnée par la protection du droit des personnes (sur le lien de filiation ou de parenté, sur la solidarité familiale à travers le régime du nom de famille), et sur les rapports patrimoniaux, du droit successoral, et de l'obligation alimentaire¹ (solidarité d'entraide). Il prévient toute atteinte à la personne des parents, ascendants, adoptants, ou tuteurs et éventuellement à l'aîné de la famille ou de son représentant. Cette protection vise une personne physique pour chaque membre de la personne « morale » de la famille, donc individuellement et collectivement. Toute atteinte au droit des personnes se trouve répréhensible, si elle est de nature morale, elle peut impacter le patrimoine de la victime par ricochet et devient un préjudice pécuniaire. Le rejet protège deux objets, ses effets en affectent également deux : le droit de la personne et de son patrimoine.

1) Sur le droit des personnes

583. L'individualisation des personnes physiques est formée par l'ensemble des éléments de droit privé qui caractérisent la personne dans son existence juridique et dans sa situation familiale² incluant d'ailleurs le nom, prénom (le discriminant individuel³), âge, sexe, la filiation et la civilité : tandis que le fondement de l'état des personnes est caractérisé par son indivisibilité et de son indisponibilité. D'abord, parce qu'une personne ne peut avoir deux états différents (par sa filiation, par son sexe⁴ ou par son nom), puis, il lui est interdit de disposer de sa personnalité : considéré d'ordre public l'état des personnes ne peut faire l'objet

¹ BÉNABENT Alain, *Droit civil, La Famille*, Juris-Classeur, 11^e édition, Litec, Groupe LexisNexis, 2003.p 540

² GARÉ Thierry, *L'essentiel sur les personnes*, L'Hermès, 1995.p. 47.

³ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004. Tome 1, n° 58.

⁴ Une réserve est faite en ce sens au niveau du droit français et du droit communautaire européen qui depuis quelques décennies connaissent une évolution sur la reconnaissance du changement de sexe malgré la réticence de la justice sur la rectification du sexe dans l'acte de l'état civil : la jurisprudence française l'admettait en effet sous la seule condition qu'« il se produit des modifications « spontanées » de son anatomie et que la chirurgie ne fait que les parachever » sans violation du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, en revanche si la chirurgie découle de la « volonté » seule de l'intéressé, le changement de sexe et par conséquent la rectification de l'état civil était refusée (Civ, 1^{re}, 3 et 31 mars 1987, D. 1987, p. 445, note Jourdain ; JCP 1988, 21000, note Agostini). Avant de revenir sur cette distinction en affirmant que le changement de sexe n'entraîne pas la perte des caractères génétiques de son sexe d'origine (Civ. 1^{re}, 21 mai 1990, JCP 1990, 21588, rapport Massip, conclusions Flipo ; D. 1991, 169, rapport Massip), la CEDH, 25 mars 1992, B. c/France a condamné en ce sens la position de la juridiction française.in GARÉ Thierry. pp. 49-50.

d'une convention contraire qui sera frappée de nullité absolue. L'établissement de la personne découle de sa naissance, de sa viabilité et de son appartenance à une famille, à une société, dire à l'enfant qui est son père, qui est sa mère, c'est le rôle de la filiation¹. L'individualisation de l'enfant au sein de la famille s'accompagne de l'attribution du nom et de son domicile : « ... la plupart des auteurs en arrivent à englober dans l'état des personnes, du point de vue civil, à la fois le statut familial impliquant des rapports interpersonnels et le statut individuel de la personne en tant que telle, incluant, le sexe, l'âge, le nom et même la capacité qui lui sont propres, par opposition aux droits de la personnalité qui sont communs à toutes les personnes physiques² »³. La personne du droit, personne physique est la personne humaine telle que le droit l'institue pour lui permettre d'être un sujet de droit depuis sa naissance (vivante et viable, sa personnalité juridique remonte à sa conception) jusqu'à sa mort, capable d'agir en justice, titulaire d'un patrimoine et devant répondre de ses obligations. Le rejet d'enfant n'impacte pas l'état des personnes : le rejet n'efface pas la filiation d'une personne, mais neutralise le lien de filiation entre le rejetant et le rejeté, plus précisément entre le titulaire du droit de rejet dont le(s) père et/ou la mère, et l'enfant ; le lien familial de rattachement est rompu et non anéanti. Le rejetant et le rejeté ne devront plus répondre aux obligations réciproques nées de la filiation : en revanche, les obligations envers les autres membres de la famille subsistent des deux côtés, sauf rejet exprès des descendants du rejeté.

2) Sur le droit patrimonial

584. La doctrine a construit la définition du patrimoine, reprise dans certaine législation comme l'ensemble des biens d'une personne : « les éléments du patrimoine constituent donc dans les objets des droits civils, considérés en leur qualité de biens ; et comme ces objets ne revêtent cette qualité qu'à raison des droits auxquels ils sont soumis envers une personne, on peut aussi, en substituant en quelque sorte la cause à l'effet, définir le patrimoine comme l'ensemble des droits civils d'une personne sur des objets constituant des biens »⁴, l'extrapatrimonialité est tout ce qui est en dehors du patrimoine. Les obligations de

¹ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017, p. 42.

² TOPOR Lucienne, État et capacité des personnes, *Répertoire droit civil*. Dalloz, 1990, n° 6-28.

³ MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard CORNU. Textes réunis et publiés par BEAUCHARD Jean et COUV RAT Pierre*, PUF, 1994, p. 317 et s.

⁴ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome II, § 162.

respect et d'honneur entre les parents et les enfants et certains membres de la famille entraînent des effets de solidarité par le nom de la famille et à l'appartenance à ce nom, mais elles se manifestent également par la solidarité patrimoniale. En effet, le lien de filiation entre ascendants et descendants, entre parents, crée à l'endroit de chacun de ses membres une solidarité patrimoniale qui se manifeste par un droit successoral et par l'obligation alimentaire. « Le patrimoine désigne l'ensemble des biens et des obligations d'une personne, formant une universalité de droit... une unité juridique »¹, le droit patrimonial est ainsi celui qui donne des prérogatives à son titulaire de jouir, d'user, et de disposer de ses biens (*usus, fructus, abusus*) mais aussi de répondre à ses obligations, ses dettes. L'enfant est au cœur de la transmission du patrimoine de son parent² dans une succession *ab intestat* ou dans les libéralités. En droit malgache, contrairement en droit français, que nous répétons derechef, les successibles n'aspirent pas à une réserve héréditaire puisqu'ils peuvent être déshérités par les parents par l'effet d'un testament ou d'une donation. De ce fait, les enfants ont plus de rôles et de devoirs envers ses parents, si ces derniers deviennent vulnérables, pour assurer et gérer le patrimoine familial. Et c'est le manquement à ces rôles et devoirs envers ces parents, en leur absence ou pas, envers les autres ascendants et les aînés ainsi qu'aux enfants mineurs de la famille que la sanction de rejet pourrait leur être infligée. Le rejet fonctionne à ce titre comme la sanction de l'ingratitude à la donation et de l'indignité successorale parmi ses multiples usages dans l'ancienne législation, et peut exclure l'enfant du patrimoine de leur parent.

a. Le rejeté exclu du patrimoine du rejetant

585. Comme dans l'antiquité du droit grec, à travers l'institution de l'*apokeryxis*, l'enfant chassé de la maison paternelle dont les effets directs donnaient « au père de famille toute liberté pour disposer de ses biens par testament : elle emporte même exhérédation de plein droit »³ ; cependant, comme ayant un droit absolu sur son patrimoine, le père pouvait, soit accorder une part à l'abdiqué ou le rejeté, soit le faire réintégrer dans la famille par le pardon. « Donner la vie, c'est transmettre : de l'affection, de l'attention, des règles, des principes et des biens. L'enfant est en droit de réclamer tout cela à son parent... Ce droit de l'enfant se

¹ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 321.

² LEPROVAUX Jérôme, Naitre et hériter : Les dimensions pédocentriques de l'héritage, in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 584.

³ JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.p. 21-22.

traduit par un pouvoir puissant sur la destinée du patrimoine de son parent quand vient la question de sa transmission »¹, nous acquiesçons en grande partie l'idée dans le droit français, surement à moitié moindre sur le droit malgache. En droit malgache, l'enfant n'a absolument rien à réclamer sur la transmission du patrimoine du parent décédé en présence d'une volonté clairement exprimée de ce dernier. C'est d'ailleurs dans cette optique que plusieurs auteurs pensaient que le rejet n'était autre que l'exhérédation pure et simple, si en théorie l'idée n'est pas totalement fausse, en pratique la vérité est tout autre. En effet, un testament peut contenir les motifs de l'exhérédation non seulement par la volonté libre de disposer de ses biens, mais par suite d'un rejet². Après avoir donné la vie, de l'affection, assuré leurs devoirs et obligations, les parents attendent une réciprocité de la part de l'enfant devenu majeur et indépendant, notamment dans la gestion de leur patrimoine quand ils deviennent à leur tour vulnérables. P. ex., le fait de traîner les parents devant la justice ou même de les considérer comme vulnérables alors qu'ils ne le sont pas, est un motif grave de manquement de respect à leur égard, nous faisons allusion à une affaire qui concernait une milliardaire française que sa propre fille considérait comme vulnérable et demandait sa mise sous-tutelle alors qu'elle était malgré son âge avancé en pleine capacité intellectuelle et physique. En droit malgache, cette action n'est accueillie qu'à titre exceptionnel³ et le cas est impensable puisqu'il peut aboutir à un rejet, à la demande de l'intéressée ou des autres membres de la famille, par conséquent prive la « fautive » du patrimoine du ou des rejetant(s). Autre exemple, « si un individu a commis l'une des fautes « graves » suivantes : sorcellerie, assassinat sans motif légal... il est exclu du tombeau familial et ne peut prétendre à aucun de ses biens. Il perd aussi tous ses droits successoraux »⁴ dans la coutume Betsileo et des tribus du sud de l'île où le respect des coutumes des uns et des autres est la simple règle. Les effets du rejet sur le patrimoine du rejetant ne sont pas considérables puisqu'il est d'ailleurs libre de disposer de ses biens à l'opposé du patrimoine du rejeté et potentiellement de ses enfants. Le malgache peut d'ailleurs établir son testament et partager ses biens de son vivant sans d'autres limites que sa volonté, la prééminence de la volonté aux règles de succession par le sang et par la parenté.

¹ LEPROVAUX Jérôme, Naitre et hériter : Les dimensions pédocentriques de l'héritage, in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR.p. 587.

² Registre n° 1338, 5^e feuillet du 2 Asombola 1882, Ra... rappelle avoir rejeté sa fille et ses deux petits-fils et confirme qu'ils n'hériteront pas de ses biens dans les champs ou dans le village dans son testament.

³ C.T du 11 avril 1903 ; C.T du 16 juin 1904.

⁴ COMMISSION DE RÉDACTION DU CODE CIVIL, « Rapport de synthèse, présenté par la Commission Provinciale de Constatation des Coutumes de Fianarantsoa », Ministère de la Justice, 1961.p. 14.

Prééminence, car si le défunt n'a pas fait de testament de son vivant ou n'a pas partagé ses biens, la volonté et la liberté ont laissé leur place à la fraternité et à l'égalité dans sa succession, «un testament tacite», sauf que le rejeté est exclu de ce partage égalitaire et fraternel du patrimoine du défunt puisqu'il est considéré comme étranger au droit de succession du rejetant. Nous confirmons dans ce sens la continuité à titre posthume du respect de la volonté du défunt par les effets du rejet : cependant, rien n'empêche juridiquement qu'à la disparition du rejetant, les autres héritiers par une obligation morale et naturelle décident à leur tour de céder dans leurs parts respectives une quote-part pour le rejeté dans le besoin. Mais l'hypothèse reste une considération morale ou affective entre le rejeté et ses collatéraux et concernant les enfants du rejeté qui sont également exclus de la succession.

b. Exclusion de la dévolution successorale par représentation

586. « La représentation est le mécanisme qui transforme l'usage d'un pouvoir en l'exercice par représentant interposé d'un droit subjectif »¹, telle est la définition de la représentation sur les relations des notions de pouvoir et de représentation. C'est l'un des effets les plus marquants au point de vue patrimonial du rejet d'enfant, puisque les enfants du rejeté ne sont pas admis à le représenter pour la succession du rejetant. Le rejet anéantit les effets des droits successoraux du rejeté, contrairement à l'exhérédation où les enfants de l'exhérédeé viennent par représentation à la succession de l'exhérédateur. Cependant, si le rejet enlève la capacité d'héritier au rejeté, rien n'empêche le rejetant de lui réserver une part à sa succession, d'ailleurs il est de coutume que le partage d'un héritage se fasse généralement à l'amiable² : c'est seulement après des contestations qu'il est porté devant le tribunal. Cette règle de conduite dérive du respect que l'on doit au défunt et selon le principe du *Masi-mandidy*. Selon ce principe, une personne qui est exclue de la succession légale, p. ex., l'adoptant ne succède pas à l'adopté dans certains cas, peut dans l'acte d'adoption assorti d'une donation, prévoir le retour des biens en cas de décès de l'adopté sans postérité. L'irrévocabilité de la donation est écartée en dehors des effets de l'ingratitude à la donation. Inversement, si l'adopté détient la capacité d'héritier, l'adoptant peut l'exhérer sous réserve de l'art. 233 du Code de 1881.

c. Les effets rétroactifs du rejet

587. La jurisprudence a dénié au rejet tout effet rétroactif³, or si le rejet annihile tous les effets de droits et d'obligations entre le rejeté et le rejetant pour l'avenir, la justice avait

¹ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.n° 250 et s., p. 162 et s.

² C.T du 29 septembre 1898.

³ BILBAO René, *Le droit malgache de la nationalité*, CUJAS, 1965.p. 121.

accordé une pension alimentaire à la mère depuis la naissance de l'enfant jusqu'au jour de l'enregistrement de l'acte de rejet, et a condamné au père rejetant au remboursement des frais d'accouchement également¹. En réalité, il ne s'agit pas d'un effet rétroactif du rejet d'enfant, mais d'une condamnation au paiement de dettes réclamées par la mère et dont le père doit répondre des obligations alimentaires, d'entretien, de soins et de secours imposés à tous les parents. Autre effet du rejet qui divise la doctrine sur l'art. 233 du Code de 1881 : le droit successoral est anéanti pour l'avenir. Or, si le rejet est prononcé par la famille, après la mort du père ou de la mère, le rejeté est tenu de rendre tous les biens de l'hérédité qui seraient déjà entre ses mains : pour les tiers, le rejeté est censé avoir été héritier jusqu'au jour de l'acte de rejet², « le rejet n'a donc pas d'effet rétroactif »³. Ladite loi ne prévoit pas que le rejeté est considéré comme n'ayant jamais été héritier, permettant la révocation par testament des donations faites au rejeté antérieurement à l'acte de rejet. Cependant, des clauses testamentaires⁴ prévoient le rejet par le défunt, exécuté par la famille pour manquement au devoir de reconnaissance, pour violation de la volonté du défunt : un effet rétroactif de rendre ou de ne pas prétendre aux biens du défunt qui ne s'applique pas de plein droit.

II. Les limites du rejet d'enfant

A. L'engagement militaire

588. L'engagement militaire est une des rares limites du droit de rejet dans sa forme originale. Un privilège, un honneur accordé aux militaires engagés dans la « pacification », dans la conquête du territoire de la grande île, mais ce privilège ne permettait pas non plus de manquer de respect aux parents, à la famille et à la communauté. Comme ce qui se passait à Rome pendant la bataille avec les Gaulois où Titus Manlius Torquatus n'hésita pas à ordonner la mise à mort de son fils qui avait attaqué l'ennemi malgré la défense de son père⁵ au III^e siècle. L'accomplissement du devoir militaire fut dans le temps d'une sagesse et d'un courage

¹ C.T du 16 mai 1946 n° 76, in THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache : les lois et coutumes Hovas, Fascicule I ; Le statut personnel, les personnes et la famille*, R. de Comarmond, Jouve & Cie, 1951.p. 187.

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 257.

³ THÉBAULT Eugène-Pierre.p. 187.

⁴ Testament secret des époux et conditions de rejet par la famille avec effets rétroactifs, Acte n° 130 du 16 décembre 1913 à Tananarive-Ville : « Quiconque ne saurait d'accord avec ce testament sera exclu, et quiconque pourra être rejeté par les époux » ; Il en est de même pour l'acte n° 19 du 17/01/1929.

⁵ SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.25

plus que respectable : tout manquement aux devoirs militaires, à ses règles rigides, aux devoirs de respect à ses supérieurs, « *dux* », était impardonnable. L'histoire se répéta quelques siècles plus tard à des milliers de kilomètres, et sembla suivre le même chemin que les grands pouvoirs du continent européen. Les lois sur la nationalité confirmaient ce privilège des engagés militaires et limitaient la déposition de leur nationalité même s'ils acquièrent une autre nationalité : de nos jours, l'engagement militaire n'exonère plus le rejet.

B. Autres justifications exclusives

1) Non-validité du rejet d'enfant fait « An-dohariana »

589. Des limites eurent été édictées dès la consécration juridique du rejet d'enfant : « les adoptions ou rejets faits dans la quinzaine ayant précédé la mort des adoptants ou rejetants seront nuls pour avoir été faits an-dohariana, même en cas de versement du *Hasina vula tsi vaki*. Mon but en réglant ainsi les choses est d'éviter les manœuvres de la dernière heure entreprises, pour influencer des malades n'ayant plus l'entière possession de leurs facultés »¹. La législation orale interdisait le rejet ou l'adoption quinze jours avant le décès du rejetant ou de l'adoptant : elle limite le pouvoir de rejeter comme celle de la donation et du testament par un délai dit « *An-dohariana* », qui annule l'acte par une présomption légale qualifiant celui qui le fait d'être à l'agonie ou au « bord du précipice » et qui pourrait être altéré mentalement. Cette vieille règle coutumière a été consacrée par les différents Codes et notamment par l'art. 235 du Code de 1881 qui déclare nul tout rejet d'enfant et toute adoption intervenus dans les huit jours qui précèdent la mort du rejetant, ce qui réduit d'une semaine ce délai.

2) Interdiction de rejeter les enfants aimants et affectueux ou orphelins

590. Il en est de la portée de l'art. 233 du même Code qui retient la limitation du droit de rejet à l'encontre des enfants qui se montrent aimants et affectueux. De même, « les orphelins de père et mère ne peuvent être rejetés et, conséquemment, déshérités par leurs ascendants, grands-pères et grands-mères. Ceux-ci doivent donc, quand ils procèdent au partage de leur avoir, à moins de graves sujets de mécontentements contre eux, les comprendre parmi les héritiers »². Autrement dit, sans motifs graves constatés et reconnus par les membres de la famille et du *fokonolona*, le rejet et l'exhérédation des enfants aimants, affectueux ou orphelins par la famille et par les ascendants sont nuls. Une autre disposition de l'ancien droit écrit interdisait aussi le pouvoir de rejeter des esclaves affranchis suite à l'adoption de leur

¹ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909, pp. 312-313.

² *Ibid.* p. 306.

maitre ou des enfants de leur maitre, même si le texte fut abrogé sinon caduc du fait de l'abolition de l'esclavage, il est important de le signaler. L'art. 47 dudit Code défend en effet à l'esclave de rejeter la personne qu'il eut adoptée et inversement par les effets de l'adoption. Des cas existaient où une fois la procédure d'adoption faite par l'esclave devint définitive, il rejeta peu de temps après l'enfant adopté : ce fut l'un des cas d'abus du rejet découlant d'une manœuvre maligne, non pas le fait de sortir d'un statut inhumain, mais de la tromperie et de ses effets. L'esclave, devenu riche par son travail, pouvait, par affinité avec leur maitre et la famille de celui-ci, adopter un ou des membres de la famille de son maitre et retrouve sa liberté, de ce fait il assura la transmission de ses biens en les partageant de manière équitable entre ses propres descendants devenus libres également et de ses « enfants adoptifs ».

3) Le cas inédit de rejet d'une personne décédée

591. Nous avons constaté pendant nos recherches de terrain un cas unique et inédit, un rejet d'une personne décédée¹ : on se demande bien quelle est la finalité de ce rejet, même si le motif reste valable du fait que le défunt manquait de son vivant à ses obligations envers le rejetant, si ce n'est que d'éviter les héritiers du défunt de venir par représentation à la dévolution successorale du rejetant. Nous estimons en présence d'un pouvoir exorbitant, d'un abus de droit, alors que, d'une part tout enfant a les mêmes droits et obligations, d'autre part, le rejeté n'est plus apte à se défendre ni à s'y opposer : le rejet d'enfant dans ce cas eut été complètement dénaturé, détourné de tout son fondement. Mais, les conditions de forme du rejet prévues par la circulaire du 5 juin 1897 ne trouvaient pas encore ses effets escomptés, c'est-à-dire un acte de rejet pour un rejetant et un rejeté, d'autant plus que le rejeté n'étant pas présent à l'enregistrement du rejet. Par déduction, même si les motifs de rejet ne sont pas mentionnés dans l'acte de rejet, les témoins présents, membres de la famille et du *fokonolona* auraient témoigné de l'existence d'un motif grave pris en compte par l'officier de l'état civil.

III. La portée du rejet d'enfant

A. Limitation de la portée du rejet

1) La portée du rejet selon la doctrine

592. Le rejet d'enfant malgache est défini, selon la coutume et la législation écrite, comme l'acte par lequel le père et la mère, conjointement ou individuellement, excluent leur enfant de leur famille et suppriment tout lien de filiation entre eux². En allant chercher profondément

¹ Acte n° 15 du 4 septembre 1902 à Tananarive-Analamahitsy, le rejet comporte aussi cinq autres personnes.

² GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 39-40.

l'origine, le fondement et les effets, nous pouvons dire que cette définition manque de précision, surtout dans ses effets ou le rejet au sens de cette définition nous semble impliquer la suppression de tout lien de filiation entre le rejeté et la famille du rejetant. Or les effets du rejet ne touchaient et ne supprimaient que le lien de filiation entre le rejetant et le rejeté, seulement pour l'avenir. Si l'assertion est juste puisqu'il s'agit en effet du lien de filiation, ce dernier n'était rompu que pour l'avenir et le rejet tout comme la plupart des sanctions, n'avait pas d'effet rétroactif et n'effaçait guère la filiation légitime ou naturelle établie dans le passé. Au vu des définitions faites par la doctrine du rejet d'enfant, il consiste à « exclusion de la famille du rejetant »¹ le rejeté, c'est l'un de ses effets directs : l'enfant majeur rejeté devait parfois émigrer vers d'autres villages ou communautés proches ou lointains pour trouver quant à lui et ses proches, la paix. Au point de vue sociologique et psychologique, les regards et les commérages des membres de la communauté deviennent insupportables. Dans ce cas, il était concevable que les effets du rejet atteignent les descendants du rejeté et de ce fait excluent tout lien de famille entre le rejetant et les descendants du rejeté. Cependant, dans la coutume malgache où le pardon ainsi que la considération de l'autonomie de la volonté était sans limites, il se peut que les enfants du rejeté par l'adoption coutumière restent bien dans la famille du rejetant. D'après M. Gamon : « les enfants du rejeté sont exclus de la famille du rejetant ; ils ne viennent pas à sa succession »² sauf dans le cas où le rejet n'aurait été fait que par l'un des parents, dans ce cas, les liens de famille entre les autres membres restent intacts. Ces affirmations sur les effets du rejet nous semblent également excessives, certes si les enfants ne peuvent pas venir en représentation de leur père ou mère rejetés pour succéder à leurs grands-parents décédés : nous avons constaté au cours de nos investigations que le rejetant formule dans l'acte de rejet : « *Izaho ... Dia manary an-dRa... tsy ho isan'ny zanako intsony* » (supra. 364), c'est-à-dire que le rejetant écarte le rejeté et considère qu'à partir de ce moment untel ne sera plus son enfant, mais non « ne fait plus partie de ma famille ». Une nuance notoire qui pourrait vraisemblablement influencer la portée du rejet puisque le rejetant ne mentionne pas expressément que le rejeté et ses descendants ne font plus partie de sa

¹ Voir entre autres : CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900. ; JULIEN Gustave. ; GAMON Amédée. ; BERTHIER Hugues, *Droit civil malgache*, [s. n.], 1930. ; THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache : les lois et coutumes Hovas, Fascicule I ; Le statut personnel, les personnes et la famille*, R. de Comarmond, Jouve & Cie, 1951. ; BAPTISTE Paulin, *Le rejet d'enfant à Madagascar* [microfiche], Paris, 1955. ; RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », Ministère de la Justice, 1962.

² GAMON Amédée.p. 41.

famille, mais précise bien par contre la suppression pour le futur du lien qui existe entre le rejetant et le rejeté.

2) La délimitation de la portée du rejet par la loi

593. D'une part, considérant la capacité juridique de la femme malgache et de son droit de consentir ou pas au rejet d'enfant atténuent la portée excessive du rejet d'atteindre les descendants du rejeté. En effet, les liens de famille résistent entre la mère et le rejeté, entre la mère et les descendants de ce dernier et enfin entre le rejeté et ses frères et sœurs et de leurs descendants. Le fait par le père d'exclure l'enfant du cercle familial ne concerne que lui seul et le rejeté : il est tout à fait réaliste que l'enfant rejeté sorte de cette promiscuité familiale puisque c'est le père, chef de famille qui lui ordonne de quitter la maison familiale : l'idée avancée par la doctrine trouve exactement son sens dans le fait matériel de quitter la maison. Mais l'exclusion familiale en parlant de ses effets étendus par ricochet nous semble douteuse et constitue forcément la forme et la force exorbitante du droit de rejet. D'autre part, une atténuation des effets du rejet entre le rejetant et les descendants du rejeté a été le corollaire des conditions¹ de forme du rejet où un acte de rejet ne peut comprendre qu'un rejet à la fois et un seul rejetant. Pour rejeter un ou les enfants du rejeté, il fallait alors un ou d'autres actes de rejet indépendant de l'acte de rejet initial. Cet effet non finalisé de la réforme sur l'enregistrement qui touche la limitation de la portée du rejet coïncidait avec l'esprit même des règles coutumières en matière du rejet où l'adage le confirme «*Ny heloky ny rainy tsy heloky ny zanany*» (le tort ou péché du père n'est pas celui de ses enfants). Cette distinction dans la coutume malgache parle d'elle-même où l'on ne peut confondre et apporter des préjugés à l'ensemble des membres d'une famille, cependant la place occupée par l'enfant rejeté restera vacante et non remplaçable, même par représentation de ses descendants innocents. En parlant de la puissance paternelle du droit malgache, M. Cahuzac cite le rejet comme un pouvoir redoutable : celui de rejeter l'enfant de la famille, qui produit presque tous les effets d'un désaveu ; l'enfant perd tous les droits auxquels il pouvait prétendre en sa qualité d'enfant légitime. Néanmoins, la parenté continue à subsister². D'après les rédactions des actes de rejet que nous avons vus, nous pouvons affirmer que le but du rejet n'était pas l'exclusion de la famille du rejeté par le rejetant, mais l'exclusion de la maison familiale de celui-ci : l'un des effets du rejet étant de rompre cette parenté, ce lien de droit qui existe entre le rejetant et le rejeté strictement entre eux (sauf l'interdiction à mariage).

¹ Éditées par la circulaire du 5 juin 1897, arrêtés du 10 décembre 1904 et du 13 juin 1910.

² CAHUZAC Albert, p. 115.

B. Conséquences de cette limitation

1) Maintien du lien de famille entre ses membres non concernés par le rejet

594. De notre humble avis, l'effet implicite du rejet applicable aux descendants du rejeté nous semble s'agir que de l'effet sociologique du rejet et non de son effet juridique. À partir du moment où seul un des parents rejette isolément un enfant sans l'acte positif de son conjoint, c'est-à-dire l'expression volontaire de rejeter le même enfant : il ne pourrait y avoir d'effets du rejet entre le rejeté et l'un des parents qui ne l'a pas rejeté. Il en est de même des liens de famille entre les collatéraux du rejeté et lui-même. Mais compte tenu de la multitude des causes et fonctions du rejet, il se peut aussi que l'enfant soit rejeté en étant mineur, car il n'est pas l'œuvre de son père, le rejet d'enfant par le père pourrait atteindre effectivement les descendants du rejeté, car ce dernier ne vient pas de lui, mais d'une liaison adultérine ou d'un enfant adopté postmariage. L'extension des effets du rejet au rejeté et de ses descendants trouve ici sa raison d'être juridiquement, car il n'existe pas ou plus de lien entre le rejetant et l'ensemble de la famille de celui-ci. Toutefois, le lien de famille qui unit la mère et l'enfant rejeté par le présumé père rejetant subsiste au rejet puisqu'il découle de la maternité, il en est de même de ses collatéraux qui sont des demi-frères ou demi-sœurs.

2) Droit à la succession

595. Un des effets du rejet est la perte de la qualité d'héritier du rejeté : le non-respect d'un droit extrapatrimonial d'un ascendant entraînera l'exclusion du rejeté d'un droit patrimonial. Un des débats cruciaux de la doctrine concerne le pouvoir de venir en représentation des descendants du rejeté à la disparition de celui qui a rejeté leurs père ou mère. Si on considère la finalité du rejet comme l'exclusion du rejeté de la famille du rejetant, il va sans dire que ni le rejeté ni ses descendants ne sont plus membres de la famille du rejetant et sont donc exclus de sa succession. La place du rejeté a été anéantie, ses descendants ne pourraient donc pas venir recueillir une part qui n'existe pas dans la succession du rejetant : c'est le rang auquel doit découler la représentation qui disparaissait. La place du rejeté dans l'hérédité sera anéantie par l'effet du rejet, le rejeté a perdu tous ses droits, mais épargné de tous les devoirs qui incombent à tous les enfants envers ses parents, à savoir, la suppression de l'obligation alimentaire, d'entretien et de soin, du devoir d'assistance et de respect¹. Si au cours de l'acte de rejet, qui à l'époque du droit oral, le rejetant rejette l'enfant et ses descendants devant le

¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, Président de la commission de rédaction du Code civil, 1964.p. 74.

fokonolona en payant tous les droits y correspondant, alors l'exclusion de toute la famille du rejeté à celle du rejetant est effective. Cependant, nous pouvons, dans l'hypothèse de la disparition de tous les enfants qui doivent venir, au même rang que le rejeté, succéder au rejetant que les descendants sans avoir été expressément rejetés par d'autres actes de rejet par le rejetant peuvent venir à la succession : ils viennent ainsi hériter du rejetant par leur propre rang dans la succession et non en représentation du rejeté. Par l'effet de la rupture du lien de filiation pour l'avenir, l'exhérédation du rejeté devient légale, mais nous verrons que cette exhérédation peut être atténuée par la volonté du rejetant. Il arrive même que le rejet fût accompagné par une donation ultime au profit du rejeté. C'est une différence notoire entre l'exhérédation et le rejet où la première écarte tout droit à la succession tandis que ce dernier affecte la qualité d'héritier dans une succession *ab intestat* mais que le rejeté pourrait bien être inclus par le rejetant dans son testament.

3) Droit au tombeau familial

596. Si l'exclusion du tombeau familial de l'enfant rejeté et de la veuve remariée¹ est dépourvue de discussion, il se trouve d'après la coutume que les petits-enfants qui n'ont pas coupé leur lien envers le rejetant, d'ailleurs succéderont au rejetant quand ils seront appelés dans leur rang, garderont le droit d'accès au tombeau familial. Le droit d'accès au tombeau familial² était toujours considéré d'ordre public depuis les lois coutumières, ce qui détermine selon la coutume des règles strictes de son inaliénabilité, de tout ce qui peut entraîner le respect de son identification, de sa construction, ou encore des heures d'ouverture et de fermeture. L'art. 128 du Code de 1881 rappelle les lois coutumières observées depuis des décennies voire des siècles en interdisant formellement la vente du tombeau surtout s'il y a un défunt à l'intérieur, un bien familial considéré comme une chose sacrée frappée d'inaliénabilité³. Sauf au cas où aucune personne n'eut été inhumée dans le tombeau et par la seule personne qui les a construits, autorise la vente des « *Tamboho* »⁴. Il en découle du caractère d'ordre public des règles qui régissent le tombeau et le droit à la sépulture malgaches que tout manquement de respect à l'encontre de ces règles constitue en lui-même

¹ CAHUZAC Albert.p. 36-41.

² C.T du 29 décembre 1949, Annales de la Justice de Tananarive, Affaire Indigène, 1949, n° 177.

³ C.T du 22 novembre 1900 ; cependant la jurisprudence changeait de position dans le cas où tous les ayants droit consentent à la vente des *Tamboho* par voie d'adjudication et sans opposition : C.T du 20 août 1908.

⁴ Clôtures construites avec de la boue, des pailles, de la bouse de zébus, parfois même avec des œufs, du sucre, etc., à l'intérieur desquelles est construit le tombeau.

un motif grave justifiant le rejet. Tous les membres de la famille (élargie) peuvent être inhumés dans le tombeau familial appelé « *Fasan-drazana* » tant qu'il y restera de la place (*Farafara* ou lit) même les personnes assez lointaines du cercle familial de la coutume « *Loloha* » par la reconnaissance d'affection, de « commisération »¹ ou d'un service rendu. Cependant, il est de droit de celui qui fait construire un tombeau qu'il soit réservé à lui, sa femme et de ses héritiers, la volonté d'une personne prime souvent en droit malgache au-delà de tout autres règles générales, pourvu qu'elle ne soit pas dans une démarche maligne ou frauduleuse évitant sciemment l'application des règles de droit positif. De ce fait, rien n'interdit ou n'exclut formellement aux enfants du rejeté d'accéder au tombeau familial sauf si d'autres membres de la famille s'y opposent ou le rejetant lui-même qui exprime sa volonté d'interdire tous les descendants du rejeté dans le tombeau familial qu'il a construit. Il est des règles spéciales dans le droit au tombeau familial, puisque le gendre par exemple n'a pas le droit d'être inhumé dans le tombeau familial de sa femme à moins qu'il ait été adopté par les parents de sa femme ou de sa femme elle-même ou que la famille de cette dernière ne s'y oppose pas² alors que la bru (mère des petits enfants) peut l'être. En tout état de cause, une femme peut toujours être enterrée dans son tombeau familial et le fait d'être mariée ne constitue pas une condition d'exclusion à ce droit. L'exclusion du tombeau familial est le châtement le plus terrible que l'on pût infliger à un Malgache, il n'a plus le droit d'être inhumé dans le tombeau familial³. La menace de cette peine suffisait pour retenir l'enfant récalcitrant dans le devoir⁴ : « *Very faty* », la dépouille mortelle d'un membre de la famille qui ne rentrerait pas dans le tombeau qui lui est destiné, est considérée comme perdue, et selon la croyance ancienne errait éternellement. Et cette peine afflictive et infamante aux yeux de la famille et de la communauté ne peut concerner que celui qui a fauté, celui qui a manqué de respect aux siens, celui qui n'avait jamais reconnu ses torts ni demandé pardon : ainsi le rejet ne peut s'étendre aux descendants ni aux autres parents proches du rejeté.

¹ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 54.

² C.T du 16 juillet 1908.

³ C.T du 29 décembre 1949, n° 177.

⁴ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 38.

CHAPITRE II. Le rejet depuis la loi n° 63-022

597. Désormais, pour limiter les abus du droit de rejet (art. 79) notamment à la protection de l'intérêt de l'enfant mineur¹, toutes les règles visant à réprimander les comportements déviants et les inconduites de l'enfant mineur ne peuvent plus être appliquées à leurs égards, les parents assument seule la responsabilité des faits et des actes de leur progéniture. De même, leurs éducations et tout particulièrement les mesures de coercition et de correction ont laissé place à la discussion, à l'écoute et aux mesures adaptées : l'État subroge les parents à travers les mesures éducatives. Les recherches que nous avons effectuées ont permis de trouver exactement huit décisions de justice, depuis l'avènement de la nouvelle loi jusqu'à nos jours, que d'autres n'aient pas découvertes, avançant l'idée de disparition ou de risque de tomber en désuétude² de l'institution, nous confirmons de notre part que si les décisions n'abondent pas, la requête aux fins d'autorisation d'enregistrement du rejet est effective.

SECTION A. Le maintien du rejet (d'enfant) par législateur malgache

598. D'après la présentation de M. le Président de la Commission de rédaction du Code civil, le rejet malgache avait fait l'objet d'étude approfondie par M. Baptiste³ et M. Thébault⁴, il énuméra généralement les causes⁵ du rejet au nombre de quatre : 1) des causes d'ordre religieux : mauvais sort, naissance de l'enfant un jour néfaste, malformation physique ; 2) des fautes d'une gravité exceptionnelle commises par le rejeté portant atteinte à l'ordre public et au respect de la personne humaine : crimes ou délits graves, actes de sorcellerie⁶, inceste (la gravité d'un fait varie d'un groupe à l'autre) ; 3) des manquements graves aux obligations nées du lien de filiation légitime, naturelle ou adoptive ; enfin 4) le désaveu de paternité. Conscients des intérêts du droit de rejet, nous avons réalisé des recherches de terrain maintes fois pour apprécier, recenser dans le temps et dans l'espace, pour rapporter la réalité des faits.

¹ Consolidée par la loi n° 2007- 023 sur les droits et la protection de l'enfant.

² RAKOTO ARIVONY RAINIANJA et RAHARIJAONA Henri, « Le rejet d'enfant : une coutume en voie de disparition », Mémoire, Faculté de droit, Antananarivo, 1989.

³ BAPTISTE Paulin, *Le rejet d'enfant à Madagascar* [microfiche], Paris, 1955.

⁴ THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache : les lois et coutumes Hovas, Fascicule I ; Le statut personnel, les personnes et la famille*, R. de Comarmond, Jouve & Cie, 1951.

⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, Président de la commission de rédaction du Code civil, 1964.p. 74.

⁶ RAHARIJAONA Henri, « Les actes de sorcellerie et le droit malgache », *BAM*, 1965.pp. 9-15.

I. Les raisons du maintien dans la codification du droit civil

599. La commission de rédaction et le législateur malgache semblaient primer la protection de l'enfant dans le préambule de la nouvelle loi sur le rejet de 1963, et l'importance absolue de repenser le droit de la famille autour de l'intérêt de l'enfant : la nouvelle loi sur le rejet se trouve en conformité avec la Déclaration de Genève de 1924 de la Société de Nations et plus tard avec la Convention internationale des droits de l'enfant¹. D'une part, nous savons qu'une Convention ou un traité international signé par un pays et conforme à sa Constitution devient une source fondamentale de droit pour ce pays et se trouve hiérarchiquement supérieur aux lois et règlements classiques². Cependant, son applicabilité sur le droit national et dans les juridictions nationales n'est pas toujours systématique : p. ex., la Cour de cassation française en date du 10 mars 1993 dans l'arrêt dit « arrêt Lejeune » jugeait qu'aucune disposition de ladite Convention ne peut avoir d'effet direct avant de changer de position et de confirmer son application directe dans un autre arrêt du 14 juin 2005. En Europe, depuis la ratification par tous les pays membres de l'Union européenne de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, elle sert de « règle interprétative dans toutes les affaires concernant les enfants »³ : s'il en est de même pour les pays africains, les décisions de la Cour africaine laissent à désirer. D'autre part, la volonté des particuliers ne peut aller à l'encontre de l'esprit de la loi mettant en avant la primauté de l'intérêt de l'enfant, et a changé radicalement la finalité de l'institution. Un mouvement mondial aboutissant à un changement des intérêts protégés, hier les pères et la famille légitime, aujourd'hui ceux des enfants et des femmes et la liberté d'avoir une vie de famille en dehors du cadre du mariage. Une lutte pour le droit que M. Jhering a démontré à travers ses ouvrages où les institutions se transforment non seulement de la volonté du politique, mais surtout en phase avec la réalité sociale.

II. Exclusion de tous les abus

600. Les derniers actes de rejet avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi concernent, entre autres, la révocation d'adoption⁴ et le désaveu de paternité¹, composants des usages du

¹ Convention signée et adoptée à New York le 20 novembre 1989.

² Selon l'art. 55 de la Constitution française et l'art. 137, al. 4 de la IV^e Constitution malgache.

³ BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ Lextenso éditions, 2010, p. 106.

⁴ Acte n° 37 du 16 décembre 1963 à Antananarivo IV ; actes n° 8 et 9 du 23 février 1962 ; actes n° 5 et 6 du 2 février 1962.

rejet d'enfant, mais constituaient des abus, nous confirmons. La loi de 1963 détermine en effet les nouvelles notions juridiques du désaveu de paternité et de l'adoption, ce qui avait pour conséquence de retoucher l'institution voisine, « le rejet d'enfant » pour rendre cohérents le droit des personnes et le droit de la famille en particulier. Le concept du rejet d'enfant devait alors être pris dans ses rapports avec les notions voisines pour former un ensemble cohérent que l'on désigne sous le terme de système, de théorie ou encore d'institution juridique². Les résultats de nos recherches de terrain nous démontrent certains abus dans sa pratique à travers le désaveu de paternité, l'adoption et le rejet testamentaire : abus constatés non par la nature d'usages multiples du rejet, mais dans sa forme unilatérale et non contradictoire. Le désaveu consiste à faire sortir un enfant présumé légitime, né dans le mariage : le père présumé de l'enfant agit en désaveu de paternité pour démontrer avec des preuves irréfragables qu'il ne peut être le père de l'enfant (au moment de sa conception), par une impossibilité matérielle ou médicale et de ce fait dénonce l'inconduite de la femme³ et exclut de sa paternité et de tous les droits qui lui sont rattachés à l'enfant : « la création d'une action en désaveu de paternité peut déjà ôter au rejet l'une de ses causes les mieux fondées »⁴. La loi n° 63-022 ultérieurement promulguée comportait de nouvelles règles instituées du désaveu de paternité et déleste de ce fait les causes d'exercice du rejet d'enfant. L'abus de droit pour désavouer la paternité ou la maternité n'était autre que le comportement des parents de ne pas assumer leur rôle et de se mettre en contradiction avec les dispositions légales puisqu'on n'a pas le droit de renoncer aux prérogatives que la loi nous reconnaît⁵. C'est ainsi que la Commission de rédaction a formulé dans son rapport un vœu quant à la distinction du désaveu de paternité et de son inscription au Code civil, et du rejet d'enfant seulement à la majorité du rejeté ayant la

¹ Acte n° 22 du 16 mars 1962 à Antananarivo III, le père rejette son fils de 9 ans en présence de la mère ; acte n° 2 du 13 janvier 1962 à Antananarivo VI, le père rejette sa fille de 11 ans.

² ROUBIER Paul et DEROUSSIN David, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2005. 2^e éd. (1951), p. 17.

³ À titre d'information, puisque le droit malgache ne reconnaît pas la procréation médicalement assistée ni la gestation pour autrui : une solution a été donnée par le tribunal français en matière de preuve sur l'inconduite de la femme ; le mari qui a intenté une action en désaveu de paternité de l'enfant issu d'une insémination artificielle (qu'il a lui-même consentie) de sa femme avec le sperme d'un tiers s'est vu rejeté sa demande puisqu'il n'a pas pu rapporter la preuve de l'infidélité de la femme au moment de la conception de l'enfant. TGI Bobigny, 18 janvier 1990, 1990.332 note critique C. Saujot.

⁴ RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », Ministère de la Justice, 1962. N° 46.

⁵ Cour Cassation, 31 juillet 1909. D. 1910. 1. 29.

faculté de faire opposition devant le tribunal¹. Les effets sont respectivement : s'il s'agit d'un désavoué, l'enfant à aucun moment n'a jamais été considéré comme celui de qui le désavoue, tandis que pour le rejet, le rejetant ne nie pas l'origine du rejeté, mais lui enlève tous les droits pour l'avenir à son égard ; il s'agit de désigner la personne titulaire du droit que ça soit le rejetant, ou celui qui désavoue. Aussi, l'adoption a fait l'objet de nouvelles dispositions de la même loi n° 63-022 : des réformes ont été apportées, la forme unique de l'adoption traditionnelle a été abandonnée au profit de l'adoption simple et judiciaire : désormais, la révocation de l'adoption ne se fait plus par les moyens du rejet. Le droit positif a écarté la faculté de rejeter un enfant dans un testament, puisque le rejetant présente en personne une requête au président du tribunal de sa résidence (art. 85). Si un héritier transgresse la volonté du défunt, l'action appartiendra aux ascendants ou la famille pour rejeter et porter l'affaire devant le tribunal compétent, il s'agira plutôt d'une déchéance de la qualité d'héritier² si l'action intentée porte autant sur la volonté et la mémoire du défunt que sur les intérêts des descendants : porter atteinte au nom, à l'image, à l'entreprise familiale, à la mémoire.

III. Nouvelle définition du rejet

601. La loi de 1963 parle « du rejet » pour la nouvelle appellation de l'institution, elle le définit dans son art. 79, al. 1 : « le rejet est une sanction infligée à un enfant majeur par son père, sa mère, un ascendant ou la personne qui l'a adopté ». Le raccourci du nom de l'institution, effectué par le législateur n'a pas changé le côté empirique de son appellation « rejet d'enfant » puisque les registres de l'état civil où il est transcrit mentionnent en effet « *Fanarian-jaza* », de même qu'en marge de l'acte de rejet. Le rejet d'enfant est ainsi toujours inscrit dans le même registre que l'adoption depuis les Instructions aux Sakaizambohitra, l'acte de rejet³. De l'art. 37-1°-2°, il doit indiquer nom, prénoms, date et lieu de naissance, filiation, profession et résidence habituelle du rejetant et du rejeté, cependant les dispositions de l'art. 37, 3° et 4° sont devenues obsolètes, car la présence du rejeté n'est plus obligatoire ni des témoins, seule l'ordonnance du juge autorisant l'inscription du rejet dans les registres est demandée à cette fin devant l'officier de l'état civil. Nous nous demandons si cette appellation a été choisie par le législateur pour ne pas heurter les esprits ou pour la rendre techniquement

¹ COMMISSION DE RÉDACTION DU CODE CIVIL, « Rapport de synthèse, présenté par la Commission Provinciale de Constatation des Coutumes de Fianarantsoa », Ministère de la Justice, 1961.p. 5.

² C.S. de Madagascar du 5 mai 2000, n° 159/98-CO, Encourue « à la disparition des témoins au partage effectué par les ancêtres (art. 223 du Code de 1881) : partage, preuves : Miandry teza ho lavo ».

³ De la loi n° 61-025 du 9 octobre 1961, relative aux actes de l'état civil.

et juridiquement concevable. Or nous pensons que le terme « rejet » ne va pas de soi-même, il implique un complément : objet, verbe, ou autres adjectifs qualificatifs. Il en est dans le langage courant que dans le langage juridique : p. ex., nous pouvons évoquer la nullité qui doit être combinée avec un objet, d'un contrat, d'un acte juridique quelconque, nullité de droit, nullité relative, etc. Le législateur n'a pas créé un néologisme du mot enfant puisqu'il s'entend dans le sens de la lignée et non dans le sens courant désignant un mineur. Compte tenu de l'empirisme de l'institution, « le rejet d'enfant majeur » selon les termes de la loi ne fait que créer l'ambiguïté dans l'esprit et la perception réfractaire des victimes à y recourir, le législateur assimile le rejet et l'abandon¹ par le mot « *Fanariana* » : un écheveau persistant.

SECTION B. La nature juridique du rejet

602. Les réformes sur le droit au rejet nous incitent à redéfinir sa nature juridique d'où l'intérêt de précisions sur sa qualification de droit subjectif ou de droit objectif même si la distinction n'attire plus forcément les analyses juridiques. L'intérêt de la société prime à l'intérêt individuel, le droit objectif rattache ses règles aux droits subjectifs pour protéger les intérêts individuels. De la philosophie de la morale de Kant (celui qui étudiait profondément la morale et le problème moral, de l'existence d'un but à l'activité humaine, d'un *intérêt* propre à l'homme de s'améliorer : *se régler dans une conduite universelle*) à la définition que donnent les auteurs par la suite du droit subjectif : le concept varie rarement. Son caractère statique et immuable est à l'origine de sa définition : « le droit subjectif, le sujet du droit, bien loin d'être simplement des procédés techniques, c'est-à-dire employés pour la traduction juridique du réel, sont des réalités profondes correspondant à la personne humaine. Dans le droit subjectif, il y a une volonté humaine émanant d'un être conscient et libre d'agir, de la personne humaine »². La personne humaine capable jouit des attributions que le droit lui confère par la loi et que la nature subjective du droit suppose un sentiment qui atteint notre conscience à l'aide de nos facultés affectives³. La controverse oppose l'anéantissement du sentiment dans le droit (inutilité du droit subjectif selon M. Josserand⁴ et M. Ripert¹) et le

¹ Art. 348 à 351 Abandon – délaissement d'un enfant incapable de se protéger, termes traduits en malgache : « *Fanariana na fandaozana zaza tsy afaka miaro tena* », in MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Table des infractions courantes de Madagascar*, Ministère de la Justice, 2022. N° 1.

² DE LA GRESSAYE Brethe, Introduction générale à l'étude du droit, 1948, p. 347. , in ROBIN Maurice, *Droit subjectif et pouvoir fonctionnel*, Thèse, Paris, 1953.p. 111.

³ MARASCO Georges, *Expression et concrétisation du droit*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 31-32.

⁴ JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006.

droit construit uniquement selon son objet à l'existence indiscutable des sujets de droit. Le droit subjectif nous procure la considération du titulaire du droit objectif et de sa portée qui vise essentiellement les personnes débitrices et créancières du droit au respect et à l'honneur.

I. Le rejet : un droit subjectif

603. Si auparavant le droit au rejet était qualifié de pouvoir exorbitant accordé aux parents ou ascendants par leur pouvoir arbitraire et d'un simple enregistrement devant l'officier de l'état civil, une procédure purement administrative indépendamment de tout jugement de fait par les autorités royales ou coloniales : dorénavant la procédure judiciaire a été mise en place pour justifier tous les motifs du rejet et le droit accordé par l'ordre juridique à son titulaire. Il trouve sa qualification exacte dans la science juridique de l'acception du droit subjectif que Kelsen Hans entend au sens technique, par l'effet d'une autorisation (*Berechtigung*) de l'ordre juridique². Un droit subjectif relatif à la personne, sujet de droit : « prérogatives individuelles que les personnes ont vocation à puiser dans le corps de règles qui constitue le droit objectif »³ ; se définit comme la prérogative juridique reconnue à son bénéficiaire dans son intérêt propre⁴, un pouvoir garanti par l'État⁵, et « par principe un pouvoir libre »⁶ de protéger juridiquement. Le droit dans son sens le plus large, disait M. Beudant⁷ est la science de la liberté : elle limite le pouvoir du titulaire du droit objectif. Enfin, nous estimons nécessaire de citer la définition que donne M. Dabin du droit subjectif, « le droit subjectif est essentiellement appartenance-maitrise, l'appartenance causant et déterminant la maitrise »⁸ :

¹ RIPERT Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1948. (1936), n°122, ou encore « Abus en relativité des droits à propos de l'ouvrage de M. Josserand : de l'esprit des droits et de leur relativité (1927) », *Rev. Crit. De Législation et de Jurisprudence*, 1929, p. 33 et s.

² Kelsen Hans, *Reine Rechtslehre* 1, p. 48 ; trad. Fr., p. 110., op.cit., in BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, Bruylant LGDJ, 1998.p. 239 : « Parmi les conditions d'une sanction, il peut y avoir une manifestation de volonté, plainte ou action en justice, émanant de l'individu lésé dans ses intérêts par le comportement illicite d'un autre individu. Le droit met alors l'individu lésé en mesure de défendre ses intérêts dans le cadre d'une procédure judiciaire en créant en sa faveur le droit subjectif de déclencher une telle procédure ».

³ AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2020.p. 2.

⁴ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.p. 21.

⁵ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 315.

⁶ ROBIN Maurice, *Droit subjectif et pouvoir fonctionnel*, Thèse, Paris, 1953.p. 220.

⁷ BEUDANT Charles, *Le droit individuel et l'État*, Rousseau Édition, 1891.p.5

⁸ DABIN Jean, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.p. 80.

supposant de droits objectifs portés sur un bien ou une valeur, attribués à une personne, que nous concevons, car l'appartenance implique les notions de « titulaire », de la « propriété » d'une chose, d'un droit, qui conditionnent la maîtrise du droit conféré.

604. La liberté d'action du titulaire du droit de rejet fait ressortir le rejet de son ancien contexte d'exercice de l'autorité parentale et de sa fonction prophylactique et dissuasive où il appartenait à son titulaire de s'en prévaloir au cas le plus compliqué et dans la préservation de la délinquance et de la désobéissance. Le basculement ou la limitation des intérêts à protéger a changé la finalité, les caractéristiques, et le mécanisme du rejet d'enfant alors même que l'institution ainsi que son fondement n'ont pas bougé. En effet, le droit objectif a limité les prérogatives attribuées aux sujets titulaires du droit de rejet entraînant un changement de classification juridique : que la classification catégorielle que nous nous efforcerons de déterminer serve à mieux comprendre l'institution en mouvement. Le droit de rejet peut s'identifier comme un pouvoir de sanctionner, un pouvoir de prévenir, un pouvoir d'agir contre tout comportement déviant, toutes fautes graves commises envers son titulaire et sa famille : droit attribué et garanti par le droit positif. En effet, M. Saleilles a fait de la notion de pouvoir « la caractéristique du droit subjectif »¹, alors que M. Gaillard fondait sa thèse sur l'autonomie de la notion juridique de pouvoir, en l'écartant de la notion de droit subjectif, du fait de l'intérêt qu'apportera le contrôle du juge sur les prérogatives finalisées attribuées à son titulaire. Il insiste sur la distinction en persistant sur la différence entre la capacité d'agir caractérisant le droit subjectif et le pouvoir, aptitude à agir dans un intérêt distinct du sien et le droit de prendre ainsi une décision contraignante pour autrui². À quelle catégorie juridique appartient le rejet attribué à certaines personnes par le droit positif, et pour quelle finalité ?

A. Droit personnel

605. Le droit de rejet est un droit rattaché à la personne du rejetant : le père et/ou la mère, l'ascendant, mais aussi l'adoptant (Art. 79 de la Loi de 1963). C'est un droit personnel, « celui que l'on a contre une personne déterminée et qui permet d'exiger d'elle, soit l'accomplissement d'un fait, soit l'abstention d'un fait »³ en contrepartie des devoirs reconnus aux parents, tuteurs, adoptants, ascendants, ou tout autre titulaire de l'autorité parentale jusqu'à ce que les enfants arrivent à voler de leurs propres ailes. Par ailleurs, le droit subjectif

¹ SALEILLES Raymond, *De la personnalité juridique : histoire et théories : Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Éditions la Mémoire du Droit, 2003.pp 546-547.

² GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.p. 48.

³ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 47.

permet de protéger le patrimoine et les droits de la personnalité, droits inhérents à la personne humaine¹, droits extrapatrimoniaux qui ne concernent pas le corps de la personne qu'est réglé par les droits relatifs au corps humain (dignité de la personne humaine, protection du corps humain et l'intégrité de l'espèce humaine) des personnes mentionnées. Le droit de rejet est réservé aux personnes ayant exercé l'autorité parentale et limitée à la famille proche.

1) La restriction apportée par la loi quant aux titulaires du droit de rejet

606. La protection des droits du patrimoine et de la personnalité engendre bien des droits subjectifs², la question est maintenant de savoir à qui revient ce droit subjectif qui protège le patrimoine et la personnalité. L'action en demande de rejet revient-elle principalement à la victime d'une atteinte sur sa personne et de ses biens ou est-ce qu'elle pourrait très bien être transmissible ou appartenir encore à tous les membres de la famille de la victime ? En effet, si nous revenons sur l'une des composantes de la protection des droits de la personnalité : p. ex., le droit au respect à l'intimité de la vie privée ne concerne pas seulement la vie privée d'une personne, mais pourrait très bien inclure tous les membres de la famille dans leur intimité. Dès lors, comme la diffamation portée sur la mémoire d'un défunt, il serait envisageable pareillement que l'action soit transmissible aux héritiers, la condition nécessaire et substantielle étant au moins le dommage moral et pécuniaire que subissent les membres de la famille simultanément avec la mémoire du défunt. L'art. 79, al. 1 de la loi désigne expressément les personnes ayant le pouvoir et la capacité de demander l'autorisation du rejet d'un enfant majeur : à savoir le père et/ou la mère, un ascendant ou la personne³ qui l'a adopté, et l'art. 82 de la même loi rajoute que l'ascendant ne peut rejeter que si l'enfant est orphelin de père et mère. À l'état latent, la loi ne fait pas de différence s'il s'agit de père ou de mère, légitime ou naturel, dès lors que leur filiation est établie ou présumée établie par la coutume (art. 4 de la loi n° 63-022) : nous pourrions énumérer les grands-parents, l'oncle ou la tante ayant assuré l'exercice de l'autorité parentale, et dans les cas où les aînés de la fratrie, en fonction de leur âge, assumant le rôle des parents en cas de défaillance ou de prédécès de ces derniers et au cas où ils seront hors d'état de manifester leur volonté⁴. Si l'art. 79, al. 2 précise

¹ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p.197.

² BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 49.

³ TPI de Tananarive du 13 août 1984 n° 2615.

⁴ Art. 18 de ladite loi sur un enfant reconnu par les proches parents : « Pendant la minorité de l'enfant et si le père est décédé ou hors d'état de manifester sa volonté, la reconnaissance peut être faite par l'ascendant qui,

l'effet du rejet comme la rupture du lien de filiation ou de parenté qui rattachait le rejeté au rejetant, sous-entend la filiation de sang ou adoptive, nous nous demandons si le lien de filiation fraternelle du pacte de sang pourrait donner droit aux parents de ses liens d'un contrat coutumier de rejeter celui qui est considéré comme son enfant du fait des obligations découlant de cette parenté artificielle. La coutume, source de droit, impose à cet effet toutes les conséquences juridiques du pacte de sang.

2) La résistance du rejet par la communauté

a. Un droit coutumier « *contra legem* »

607. La communauté ou le « *Fokonolona* » disposent-ils de la personnalité morale pour exercer un tel droit ? En d'autres termes, est-ce qu'ils sont considérés comme des sujets de droit par le droit positif, ou reconnus comme tels par la jurisprudence ? La capacité est l'aptitude à exercer un droit subjectif, le pouvoir, l'aptitude à exercer un pouvoir, une des thèses avancées¹ pour faire la distinction entre droits subjectifs et des pouvoirs. L'existence d'un intérêt collectif ne constitue pas un cas d'exception dans un territoire donné dans la grande ile, la communauté ou le « *Fokonolona* » s'organise pour se protéger des intrus et des personnes malveillantes (p. ex., charte type du *faneke-pokonolona*, dans l'ancien royaume, supra. **496**). Si la coutume reste toujours une source équivalente à la loi, rien n'obstrue en effet, l'application par le *Fokonolona* du « *Dina* » ou le pacte villageois d'exclure un homme de leur communauté sauf si la coutume de rejet communautaire ou « l'exclusion du groupe n'est pas usitée »². Nous reprenons l'exemple de la même tribu Betsileo, il existe des groupements d'individus ou de famille (Caste : *Leva, voahita, hozadrano*) qui s'organisent pour régler les litiges et les entraides entre les membres du groupement. Le chef du groupement est choisi en fonction de leur âge (souvent le plus âgé) et de l'importance de leurs activités, il prononce au nom de la coutume des peines contre les membres défaillants du groupement, et après consultation des autres « *Ray aman-dreny* » (parents et aînés), il peut décider de rejeter un individu hors du groupement qui ne s'occupe plus de lui. D'où la résurgence des problèmes d'application du droit positif sur toute l'étendue du territoire malgache : comment interdire la pratique du rejet communautaire si l'expression collective

selon la loi ou les usages, exerçait ou exerce l'autorité sur le père, sous réserve de l'accord préalable de quatre membres de la famille désignés selon les coutumes ».

¹ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.n° 21 et s. p. 22 et s.

² COMMISSION DE RÉDACTION DU CODE CIVIL, « Rapport de synthèse, présenté par la Commission Provinciale de Constatation des Coutumes de Fianarantsoa », Ministère de la Justice, 1961.p. 3 et s.

correspond à l'intérêt général, à cet intérêt collectif digne d'être protégé ; la responsabilisation du « *Fokonolona* » nous renvoie en celle de la famille, prise dans l'intérêt du couple et des enfants. Si la loi a limitativement énuméré les titulaires du rejet en excluant implicitement la communauté ou le « *Fokonolona* » : dans la pratique coutumière, le rejet communautaire existe toujours sans que la loi puisse intervenir directement. Dans une convention « *Dina* », si la personne sanctionnée ne peut éteindre sa condamnation par le paiement du « *Ala loza* » ou autres amendes, elle est exclue naturellement du village, confirmant ainsi la pratique d'une coutume « *contra legem* ». Dans ce cas, nous pensons que sans plainte expresse du rejeté devant le tribunal, la coutume prendra le dessus sur la loi, à l'inverse si la justice répond favorablement à la doléance du rejeté, la réaction de la population pourrait engendrer aux cas extrêmes à la vindicte populaire. En effet, le « *Dinam-pokonolona* » ayant des pouvoirs judiciaires pouvait demander à celui qui trouble l'ordre public de quitter le village, ou un mépris du *Fokonolona* (ce qui l'obligera à s'exiler de sa propre initiative). Le rejet par la communauté était une peine que chaque membre d'une communauté locale craignait le plus¹, une véritable catastrophe, un malheur qui touche non seulement le coupable, mais aussi toute sa famille. Toutes les civilisations semblaient connaître le bannissement, l'ostracisation, l'exclusion, la déportation, bref le rejet peut très bien être une variante : à l'égal d'eux avec des nuances de titulaires du droit et de sa portée : p. ex., l'expulsion d'un émeutier et de sa famille² en France de son logement par le préfet créant des indignations de certains notamment par son caractère de « châtiment collectif » non conforme à l'individualisation des peines.

b. Le rejet autrement par la loi marocaine

608. En application de l'art. 6 bis de la loi marocaine n° 35-95 de 1996, les autorités marocaines refusent de reconnaître les enfants marocains qui ne portent pas des prénoms musulmans marocains, les enfants ayant des noms ou prénoms étrangers par le fait du lieu de naissance ou de l'acquisition d'une autre nationalité que marocaine se trouvent ainsi exclus, déshérités, rejetés par l'État marocain, mais aussi par sa propre famille et par sa communauté d'origine. La communauté religieuse peut également exclure une personne ne portant pas de prénom musulman si elle veut faire un pèlerinage à La Mecque et par les autorités

¹ « Zava-dehibe mahatsiravina izany hoe : Very eo amin'ny fokonolona, arian'ny fokonolona », in RABENJAMINA (ANDROVAKELY), « Ny malagasy mandala firaisan-kina », *Isan'Andro*, 1950.10.19.p. 2.

² G.D, « Val-d'Oise », sur *RMC* [en ligne], publié le 2 septembre 2023.

saoudiennes qui ne lui octroient pas de visa, sans minimiser le refus de transcription des actes de l'état civil, indispensable à l'obtention d'un certificat de nationalité¹.

c. Le rejet pratiqué par la communauté amish

609. Un autre exemple de l'autre côté de l'océan atlantique nous vient à l'esprit, il s'agit de la communauté amish aux États-Unis qui pratique une religion ayant un caractère holistique², imprégnant totalement le mode de vie de ceux qui la pratiquent³. L'individu ne représente qu'un phénomène au sein de la communauté religieuse et sociale, il doit suivre scrupuleusement les directives imposées par elle à tous les membres, donc à tous les parents et les enfants du groupe. « Parfaitement adaptée à la vie rurale en communauté fermée que leurs ancêtres ont choisie pour eux, l'éducation donnée aux enfants de la communauté amish rétrécit, si elle ne l'atrophie entièrement, leur possibilité de faire par eux-mêmes d'autres choix ultérieurs... L'enseignement obligatoire dans une école publique risquait de briser l'adhésion des adolescents à la communauté dans laquelle ils étaient nés, mais il aurait pu aussi les éveiller à un autre mode de vie et mieux éclairer leur liberté de choix »⁴. De ce fait, pour éviter le rejet par la communauté des enfants ayant suivis l'éducation obligatoire des écoles publiques américaines, la Cour suprême des États-Unis reconnaissait que : « la religion occupe dans notre société une place éminente, atteinte à la suite d'une longue tradition s'appuyant sur le foyer, l'église et la citadelle inviolable du sentiment et de l'intelligence propres à chaque individu », l'État du Wisconsin accorda par la même décision une exception en ayant dispensé de l'enseignement obligatoire les enfants de 14 à 16 ans appartenant à cette communauté traditionnelle. Mais cette force excessive de la communauté et de l'autorité parentale n'a pas manqué à l'idée d'associer l'enfant ayant atteint l'âge de discernement et d'une maturité apte à exprimer sa volonté puisqu'il peut lui être porté atteinte à son droit à l'enfance : cependant, sa décision d'intégrer l'enseignement public obligatoire signifierait son exclusion définitive de la communauté et donc de la famille ; un autorejet communautaire.

¹ WYVEKENS Anne, « Justice familiale et "Diversité culturelle" », Institut des Sciences sociales du Politique, avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2015.p. 61 et s.

² Holisme, Théorie selon laquelle les phénomènes sont des totalités irréductibles à la somme ou même à l'association structurelle de leurs composantes, in HACHETTE (dir.), *Dictionnaire Hachette encyclopédique de poche*, Hachette éducation, 2021.

³ WISCONSIN v. YODER, 406 U.S. 216, 222, in RIGAUX François, *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, É. Bruylant Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.p. 109.

⁴ *Ibid.* pp. 109-529-530.

3) La restriction de la loi quant à la personne du rejeté

610. L'art. 81 de la loi de 1963 précise que le père ou la mère qui se remarie ne peut, tant que sa nouvelle union n'est pas dissoute, rejeter un enfant issu du mariage précédent. À priori, le législateur malgache semble protéger les enfants légitimes contre toute volonté des parents de les rejeter au cas où ces derniers se trouvent liés dans une nouvelle union. Une condition qui repose exclusivement sur la dissolution ou la cessation d'une nouvelle union pour pouvoir rejeter les enfants du précédent mariage. Un jugement « inédit »¹ nous a éclairés sur la portée de cette disposition, la justice assimile l'enfant du précédent mariage à l'enfant naturel : « le père ou la mère, qui se remarie, ne peut tant que sa nouvelle union n'est pas dissoute, rejeter un enfant issu d'une union précédente ». Autrement dit, il est impossible de rejeter un enfant légitime ou naturel, qu'il s'agisse du premier lit, du deuxième, ainsi de suite, tant que le rejetant étant lié dans une nouvelle union (mariage civil ou coutumier, concubinage). Et ce, bien que les faits allégués par le demandeur constituent des motifs graves de manquement au devoir de respect et d'honneur familial : le prétendu rejeté, enfant naturel du premier lit, régulièrement cité, n'a ni comparu ni conclu ; la décision a été rendue par défaut. Cette solution a été confirmée plus tard par une autre décision² assimilant les enfants légitimes aux enfants naturels issus des précédentes unions. En l'espèce, le requérant a demandé l'autorisation de rejet de son fils naturel du premier lit, de ses sept enfants de cinq mères différentes : le défendeur concluait d'ailleurs que son père ne s'occupait que de son enfant avec sa dernière femme. Au surplus, les motifs du rejet semblent mal fondés du fait que le père interdisait aux enfants de ses précédentes unions de toute visite à domicile de son dernier mariage, même pour donner de simples nouvelles. Dans ce dernier cas, la demande de rejet semble constituer un abus de droit dont le législateur entend maîtriser en reconduisant le rejet dans la loi moderne. Cependant, nous trouvons que cette limitation est préjudiciable au rejetant lorsque les faits qui sont reprochés à l'enfant majeur s'avèrent graves et fondés. Dans le premier cas suscité, des menaces graves d'atteinte à la vie du père et des membres de sa nouvelle famille ont été établies. De plus, le fils prive l'accès du père à ses propres terrains inscrits à son nom : le juge en constatant les motifs graves du rejet ne peut passer outre cette limitation, laissant perdurer le conflit familial au risque d'une issue dramatique.

¹ TPI de Tamatave du 7 juillet 1994, jugement n° 372 refusant l'autorisation de rejet.

² TPI de Tamatave du 8 avril 2015, jugement n° 159 refusant l'autorisation de rejet.

B. Du droit fonction au pouvoir de sanction

611. Quid d'un droit subjectif dont la prérogative reconnue à son titulaire a d'autre finalité que de protéger ou de faire valoir son intérêt propre ? Si une théorie générale dans cette hypothèse n'a pas été dégagée ou tout au moins n'a pas trouvé d'autonomie en droit, il en ressort de la doctrine et du droit positif que la prérogative attribuée à une personne par le droit objectif dans le but d'exercer un pouvoir au nom et/ou pour l'intérêt d'autrui, c'est le droit-fonction. P. ex., le pouvoir (ou prérogative) attribué aux parents par l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant, le pouvoir du mandataire d'agir au nom et pour l'intérêt du mandant ; l'élément principal du droit subjectif demeure le pouvoir attribué au titulaire du droit¹. Et l'autorité parentale n'est sujette ni à renonciation ni à l'aliénation tant qu'une décision judiciaire de déchéance ou de transfert ne l'ordonne en tant que droit fonction ou droit devoir². Elle est strictement et personnellement rattachée aux parents par la loi sans que ces derniers puissent en disposer : ce sont les droits et devoirs des tous parents. En considération des prérogatives attribuées aux personnes par la loi, le droit subjectif et le droit-fonction ou encore le pouvoir fonctionnel peuvent désigner la même personne humaine titulaire d'un droit, tantôt elle dispose de sa volonté pour agir, tantôt elle fait l'objet des devoirs impératifs : obligations de faire ou de ne pas faire certains actes par rapport à ces prérogatives.

612. La loi nouvelle a transformé la nature et l'objet du droit de rejet, le droit fonction de l'éducation parentale dont la mission est considérée comme une fonction non point dans leur intérêt propre, mais dans celui de l'enfant³, semble devenir un droit pouvoir répressif. En effet, la fonction éducative du rejet d'enfant dans le sens «prévention» s'est muée en fonction strictement « sanction ». La fonction et le pouvoir sont des notions complémentaires en droit, elles s'entremêlent selon l'objet de droit attribué à son titulaire : cette imbrication de l'une dans l'autre et inversement arrive à créer une notion unique de pouvoir fonctionnel. Nous essayons d'identifier les caractéristiques du droit de rejet sans en faire une systématisation de rattachement de telles prérogatives juridiques à telle catégorie de droit : pouvoir ou fonction qui divisaient la doctrine. Une théorie qui fait opposer le droit subjectif

¹ ARNAUDIN Cécile, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, MONTESQUIEU-BORDEAUX IV, 1999.p. 32.

² TUOR P. /SCHNYDER B., *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 10^e éd., Zurich 1986, p. 310, in STETTLER Martin, *Le droit suisse de la filiation*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Edition française, Editions Helbing und Lichtenhahn Bâle, 1987.p. 246.

³ BÉNABENT Alain, *Droit civil, La Famille*, Juris-Classeur, 11^e édition, Litec, Groupe LexisNexis, 2003.p. 509.

au droit pouvoir (Gaillard E.), celle d'opposer la représentation (Capitant. H.) à l'abus des droits (Josserand. L.), ou encore celle d'opposer le droit subjectif au pouvoir fonctionnel (Thèse de Robin Maurice)¹. La polysémie des mots « fonction » et « pouvoir » rend difficile l'établissement d'une théorie générale, d'autant plus qu'ils changent en effet de sens suivant les termes qui leur sont rajoutés et selon les institutions et les personnes à qui ils sont attribués. En effet, la lexie résultant des ajouts directifs ou prescriptifs nous démontre la force et la portée des prérogatives conférées à un sujet de droit. Le pouvoir² en droit peut trouver sa qualification dans sa source, dans sa finalité, dans ses effets ou dans son contenu lui-même : il peut être reconnu à son titulaire par l'ordre juridique, il peut puiser son essence dans leur but « juridique ou ajuridique » (p. ex., le pouvoir attribué au juge, le pouvoir attribué aux parents de surveiller la correspondance des enfants mineurs, à but éducatif). Par ses effets, car le pouvoir juridique peut générer ou changer d'autres situations de droit, enfin pouvoir juridique « normateur ou anormateur » qui définit le pouvoir juridique comme « le pouvoir d'accomplir certains actes reconnus et garantis par l'ordre juridique à certaines personnes »³. La puissance paternelle était la plus souvent considérée comme le droit pouvoir, et même « si elle n'était plus tyrannique et discrétionnaire, elle restait perçue comme un pouvoir et s'il n'était pas systématiquement paternel⁴, c'était toujours un pouvoir individuel »⁵, dorénavant appartenir simultanément au père et à la mère. Une analogie est souvent soulevée à l'explication du pouvoir⁶ rattaché au sujet de droit, il s'agit du pouvoir de correction, prérogatives attribuées aux parents dans l'autorité parentale et pouvoir disciplinaire rattaché au chef d'entreprise ou au syndicat. Des deux prérogatives juridiques dérivent de véritables fonctions sociales qui s'occupent chacune de son côté un intérêt différent du sien, respectivement la famille et

¹ ROBIN Maurice, *Droit subjectif et pouvoir fonctionnel*, Thèse, Paris, 1953.p. 184 et s. : « ils sont définis comme des pouvoirs juridiques normateurs ou non, conditionnés ou non, mais avec des contenus variables : pour le droit subjectif l'imputation se fait au titulaire tandis que pour les pouvoirs fonctionnels l'imputation est faite à un autre qu'au titulaire, si la finalité n'est pas déterminée par l'ordre juridique pour le premier, elle est pour le second. Enfin, si l'exercice du droit subjectif est libre, l'exercice des pouvoirs fonctionnels est obligatoire ».

² *Ibid.* p. 24 et s.

³ *Ibid.* p. 26.

⁴ HAUSER Jean et HUET-WEILLER Danièle, *Traité de droit civil, La Famille, Fondation et vie de famille*, LGDJ, 1993. Vol. 1, n° 1195.

⁵ HUET-WEILLER Danièle, De la puissance paternelle à la responsabilité parentale, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.p. 405.

⁶ Peut signifier à la fois « capacité-aptitude-faculté ».

l'entreprise. Mais l'aspect fonctionnel du nouveau rejet d'enfant a changé la nature de sa finalité : l'intérêt de la qualification du droit de rejet permet en effet au juge d'apprécier d'éventuel détournement de pouvoir ou d'abus de droit par son titulaire.

1) La transformation de la finalité du rejet d'enfant par la loi de 1963

613. Une remarque, non moins importante, est à signaler sur la primauté de la parenté par le sang que le législateur de 1960 a privilégié dans le Code de la nationalité malgache, il est en effet assez paradoxal de l'esprit de l'adoption malgache et de la venue d'un enfant non légitime ou étranger dans la famille où il est toujours le bienvenu. Le dudit Code faisait la différence absolue d'un enfant attaché à la famille par le sang et les étrangers, pire encore la femme ne pouvait transmettre que sous certaines conditions sa nationalité à son enfant jusqu'à l'avènement de la loi n° 2016-038 du 25 janvier 2017 qui supprime cette discrimination. Si auparavant, le rejet faisait fonction de l'autorité parentale, ce qui sous-entend la notion de devoir que la loi impose aux parents d'exercer et de réaliser les attributions qui leur aient été conférées : le rejet-pouvoir étant la faculté, la capacité des parents reconnue par l'ordre juridique malgache d'affecter négativement les situations de droit d'un enfant par rapport à l'un d'eux. Si la finalité du rejet était l'éducation de l'enfant¹, elle est devenue une sanction civile du manquement aux devoirs de respect et d'honneur à ses parents et familles proches. Ce droit concrètement n'a pas de fonction éducative dans la pratique, mais prévient et surtout délimite les remparts de la bonne conduite sociale. Une sorte de balise à ne pas dépasser pour éviter de porter atteinte à la vie privée, au droit à l'image, au droit à la dignité et à l'honneur, de sa propre personne, mais aussi et surtout de la personne des parents et de la famille.

614. Le rejet d'enfant semble avoir perdu toute sa fonction prophylactique du fait de son exclusion des prérogatives de l'autorité parentale. Et par l'effet de sa limitation à l'enfant majeur, le rejet d'enfant a accusé une perte de sa force primitive de coercition dans l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, les phrases que nos aînés avaient entendues de leurs parents : « *Ariako any amin'ny zaza maditra* », littéralement « Je vais te rejeter auprès des enfants désobéissants », ont perdu toutes ses valeurs puisque le rejet ne peut plus être demandé ou

¹ La Cour de cassation française s'est exprimée sur le contenu de l'éducation de l'enfant qui diffère des mauvais traitements que les parents peuvent infliger aux enfants désobéissants, elle a écarté alors toutes mesures éducatives excessives, par exemple la privation de repas, les enfermements, les douches froides : il ne peut y avoir non plus de conflits sur la religion que les parents imposent à leur enfant, c'est-à-dire que si l'enfant ayant l'âge de discernement préfère suivre une autre religion que celle de leurs parents, il pourra faire le choix : Cass. Crim. 2 décembre 1998 : Bull. Crim., n° 327.

appliqué aux enfants mineurs. La menace de sanction n'est plus prise sérieusement puisque la sanction elle-même n'est plus applicable dans le cadre de l'autorité parentale. Encore faut-il rappeler maintes fois au cours de cette étude que l'intérêt de l'enfant (mineur au sens juridique du terme) prime à tous les autres intérêts. Il ressort d'une étude (MICS 2018) en effet que près de neuf enfants sur dix, des enfants de 1 à 14 ans, seraient victimes de châtiments corporels dont 10 % des cas sont de formes sévères, l'Ordre national des psychologues rappelle dans ce deuxième congrès¹ leur rôle dans l'accompagnement des enfants victimes et pour la sensibilisation des parents de la gravité de leurs actes et de leurs conséquences. Nous relativisons la crédibilité du résultat d'une telle étude sans pour autant minimiser la gravité d'un tel fait social, particulièrement l'indication de violences sévères contre les enfants en bas âge (1 an). La législation malgache concernant l'éducation de l'enfant et le droit de correction reconnu aux parents ne sont pas adaptés à la réalité sociale à Madagascar où elle a été copiée de la législation française : les parents malgaches ne sont pas aussi cruels que cette étude reflète en supposant *a contrario* que neuf parents sur dix châtient sévèrement leurs enfants mineurs en bas âge. Le pouvoir de correction des parents dans l'éducation des enfants pourrait toucher distinctement le statut social des parents et de leur éducation à eux-mêmes, mais sans pour autant exagérer d'une manière aussi générale et affirmative les maltraitances des enfants mineurs. Ce que nous avons vu dans la partie préliminaire de cette étude sur la construction sociale malgache et de la considération de la personne de l'enfant nous démontre le contraire : changement radical sur ce sujet, nous doutons grandement. En présence d'un pouvoir fonctionnel (à la différence d'un droit subjectif) dont la finalité est déterminée par l'ordre juridique : « la fonction est le pouvoir accordé à une personne pour lui permettre de faire acquérir à une personne des droits et de contracter pour celui-ci des obligations »², l'acte qu'accomplisse le titulaire du droit-fonction profite non pas à lui, mais à celui pour lequel il agit. Le pouvoir fonctionnel attribué aux parents dans leur fonction éducative, leur permettant de créer et d'appliquer des sanctions disparaissait, laissant place à un pouvoir de sanction, la finalité du droit de rejet dans sa version originale a été décimée en partie ne laissant plus la place qu'à la partie répressive. En effet, si le pouvoir fonctionnel devait aboutir à un impact direct et continu sur une personne autre que son titulaire par l'objet qu'il contient, dorénavant il ne produit qu'un effet incertain

¹ RANDRIATSOA Diamondra, « Enquête - Les violences envers les enfants en hausse », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 28 octobre 2021.

² ROBIN Maurice, *Droit subjectif et pouvoir fonctionnel*, Thèse, Paris, 1953.p. 211.

et inapplicable immédiatement à l'endroit de la personne de l'enfant mineur. L'effectivité du rejet en tant que droit fonction a perdu tout son intérêt emportant avec elle toute son efficacité dans le rôle des parents dans l'éducation de l'enfant. C'est ainsi que nous nous permettons d'affirmer dans notre objet de la distinction du droit subjectif et du pouvoir-fonction ou droit-fonction, puisque si le rejet était jadis utilisé comme une ligne rouge à ne pas franchir par les parents : et par conséquent reflétait la ligne rouge à ne pas franchir du côté de l'enfant dans son comportement dans la famille ou dans la société ; la loi de 1963 semble l'avoir effacée ou reculée. L'enfant ne voit plus à sa hauteur et à son âge ni la sanction de ses comportements déviants ni les éventuelles conséquences de ses actes. Nous pouvons parler de nouveau des « effets pervers de la loi » : l'excès de protection des intérêts des mineurs pourrait se retourner finalement contre eux-mêmes, qui se retrouve amputé de toute fonction parentale d'orientation et d'éducation adéquate selon leurs degrés de discernement. En ce sens les exemples cités des « effets pervers attachés à une loi peuvent tous se rattacher à une sorte de règle sociologique de l'esprit, résultant de deux axiomes enchaînés : 1/ toute protection juridique tend, avec le temps à se développer et à devenir excessive ; 2/ toute protection excessive se retourne fatalement contre la personne protégée »¹.

2) Le rejet à la lumière du pouvoir juridique du droit français

615. Mieux comprendre, c'est mieux connaître, et essayer d'en dégager les spécificités d'un tel droit réputé atypique par plusieurs auteurs, le droit de rejet, sanction civile impliquant un pouvoir attribué par la nouvelle législation à son titulaire d'agir pour protéger sa personne et la famille. Mais non de démontrer la dissociation entre le droit subjectif et le pouvoir, encore moins de l'existence d'un droit mixte subjectif-fonctionnel² dont la différence serait le caractère indéterminé positivement de la finalité par l'ordre juridique du droit subjectif contrairement à la spécification et à la délimitation par lui du pouvoir-fonctionnel. Ce qui justifie l'assertion supposant que du fait de la liberté d'exercice d'une prérogative, il ne serait pas concevable d'obliger son titulaire à le faire. Cependant, elle ne peut être détournée de sa finalité dans les cas de prohibition expresse par la loi, en ce qui concerne des actes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. En ce sens, la qualification d'une telle prérogative s'apparente à la théorie d'un pouvoir-fonctionnel : une sanction dont la finalité serait la

¹ MALAURIE Philippe, *L'effet pervers des lois*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard CORNU. Textes réunis et publiés par BEAUCHARD Jean et COUV RAT Pierre*, PUF, 1994.p. 310.

² ROUAST André, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTDCiv-I*, 1944. ; ROBIN Maurice.

prévention et la répression, nécessaire à la protection des intérêts impérieux de la famille et de la société, différente du pouvoir tendant à empêcher la personne de se nuire¹ que véhiculait le rejet d'enfant composant de l'exercice de l'autorité parentale.

616. La notion juridique du pouvoir semble trouver l'autonomie d'une catégorie juridique : « finalisé, le pouvoir - au sens fin du terme- est, entre les mains de celui qui en est investi, une prérogative qu'il a mission d'exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »². Le pouvoir attribué par le droit à une personne est ainsi différent d'un droit subjectif dont le critère de la distinction se manifeste par les prérogatives finalisées d'un intérêt tout au moins partagé. Le régime juridique des droits sur la personne varie en fonction de l'intérêt qu'ils ont pour fin de satisfaire³ et des pouvoirs d'agir qui les caractérisent. L'exercice d'une telle prérogative est prédéfini par la loi ou la jurisprudence afin d'atteindre un but déterminé, fixé faisant référence au juge à l'appréciation d'un acte passé par le titulaire du pouvoir⁴. D'un côté, autant d'exemples peuvent être évoqués comme le pouvoir de l'époux de gérer la masse de biens communs, le pouvoir disciplinaire des syndicats, des corps militaires et des chefs d'entreprise, et surtout de ce qui pourrait nous concerner le pouvoir des titulaires de l'autorité parentale dont l'usage est subordonné à l'intérêt de l'enfant. D'un autre, et dans une finalité d'intérêt personnel, le pouvoir endosse son caractère polysémique : le pouvoir de disposer, le pouvoir d'agir, le pouvoir d'usage, le pouvoir de jouissance, le pouvoir d'aller et venir, etc., nous sommes ici dans le droit subjectif uni au pouvoir, des prérogatives (au sens technique du pouvoir juridique tiré de la théorie du droit subjectif qui indique en général la capacité, attribuée à un sujet, à produire des normes juridiques générales ou individuelles⁵, à créer et appliquer les normes juridiques⁶, un pouvoir juridique matériel⁷) reconnues à certaines personnes par le droit objectif, dans leur intérêt propre.

617. Mais le pouvoir s'accompagne souvent de devoir dans un intérêt autre que le sien, la limite du pouvoir et de son éventuel détournement appelle la vigilance des juges. Ces derniers exercent le contrôle du pouvoir qui se manifeste dans les théories de la représentation et de

¹ DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préf. Levasseur Georges, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1960.p. 323 et s.

² CORNU Gérard, Préface, in GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

³ DECOCQ André.p. 426.

⁴ GAILLARD Emmanuel.p. 150.

⁵ BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, BRUYLANT LGDJ, 1998.p. 241

⁶ KELSEN Hans, *Reine Rechtslehre* 2, p. 156 ; trad. Fr., p. 197, op.cit., in *Ibid.* p. 241.

⁷ ROBIN Maurice, *Droit subjectif et pouvoir fonctionnel*, Thèse, Paris, 1953.p. 191.

son détournement, l'abus des droits. En matière de devoir d'honneur et de respect selon l'art 371 du CCF, les enfants de tout âge débiteurs de ces obligations envers leurs parents peuvent subir des sanctions infligées par les parents investis des pouvoirs, prérogatives aux fins de faire observer l'ordre social autant que l'ordre moral et familial. Le pouvoir de révoquer la donation pour ingratitude ou d'exclure un héritier de la succession pour indignité est un pouvoir *in fine* : prérogatives ayant pour finalité de prévenir la paix familiale, de corriger les comportements opprobres, de garder la cohésion familiale avant de faire valoir ses droits aux devoirs d'honneur et de respect. Si la qualification du rejet d'enfant en droit français sous les prérogatives de l'autorité parentale ne pourra être un droit-fonction, car il ne s'applique qu'à un enfant majeur, on pourrait le classer parmi les pouvoirs dont le but correspond à la cohésion familiale, à la prévention des atteintes portées aux père et mère et des membres de la famille. Il en est p. ex., de l'extension de l'action en indignité successorale facultative aux autres héritiers ou au ministère public (art. 727-1 du CCF) : les prérogatives ayant comme finalité de protéger les intérêts de la victime, de la famille, et du titulaire du pouvoir d'action judiciaire. Le juge assure le contrôle et l'usage abusif du pouvoir, encore faut-il interpréter la finalité des règles attributives de pouvoir discrétionnaire ou « non contrôlé » comme celles de l'art 179 du CCF conférant aux ascendants de faire opposition au mariage, le consentement à l'émancipation d'un enfant mineur, ou encore le choix par les parents de la religion de leurs enfants. Le contrôle du juge dans notre étude porte sur les griefs et les motifs graves avancés par le demandeur entraînant une sanction civile ou d'un éventuel détournement du pouvoir à une finalité autre que celle prévue par le législateur.

II. Le rejet : un droit altruiste ou égoïste ?

618. Les réformes du rejet d'enfant ont dénaturé l'institution elle-même compte tenu des variations du titulaire de ce droit, de sa portée sur la personne, de son objet, de sa finalité et des autres conditions de son application : sa qualification subit-elle aussi un changement ?

A. Droit égoïste

619. Selon la formule de M. Ripert faisant le droit subjectif, un « pouvoir égoïste », le droit de rejet pourrait en faire partie : un droit à caractère exorbitant et arbitraire selon les anciennes règles coutumières. Au conditionnel, car nous pensons que les droits subjectifs ne sont pas tous égoïstes, et le rejet d'enfant outre le pouvoir de protéger les intérêts du rejetant, avait été utilisé pour prévenir les intérêts de l'enfant lui-même, de la famille, de la communauté, de la société. Mais la loi n° 63-022 en a décidé autrement, désormais le rejet d'enfant protège strictement l'intérêt de son titulaire dans le seul but de sanctionner l'enfant majeur de ses

actes graves qui lui sont portés. Il ne pourrait y avoir de rejet d'enfant qu'au moins une partie de l'intérêt du rejetant ne soit pas touchée : c'est le principe même de l'action civile, « Pas d'intérêt, pas d'action ». L'instruction pour le maintien de l'institution est : « le rejet doit être considéré comme une sanction exceptionnelle prononcée en justice, à l'égard d'un enfant légitime, naturel ou adoptif ayant le discernement nécessaire et pour manquement grave aux obligations nées du lien de filiation »¹. La protection des intérêts du ou des parents rejetant (s) se confirme puisque le rejet a été dépouillé de son pouvoir altruiste qui protège l'intérêt de l'enfant mineur de toute mauvaise orientation dans sa vie et de sa correspondance. Le rejet devient exclusivement un droit égoïste, un droit personnel consacré à la seule protection des intérêts du rejetant à l'égard des enfants majeurs. Même si son exercice est soumis au contrôle du juge, son objet s'est restreint et se rattache à la personne de son titulaire tout comme ses causes et sa finalité. Le contrôle du juge, constatant la violation des devoirs et obligations nés du lien familial, apporte son effet sur l'exercice arbitraire du pouvoir de rejet et impacte considérablement l'égoïsme du rejetant : mais au contraire, elle n'enlève pas ce caractère.

B. Droit altruiste

620. Le droit altruiste² est le droit subjectif qui confère des prérogatives ayant pour finalité juridique étrangère à l'individualité de leur titulaire. Les droits découlant des puissances familiales en sont des exemples pertinents dans notre sujet, où les législateurs malgache et français essayaient de transférer les intérêts en jeu en faveur de l'enfant, et de la famille. Des efforts considérables pour sortir des contenus de ces droits de sa zone d'ombre en édictant leur finalité, les causes et les limites des pouvoirs de leur titulaire : le rejet d'enfant eut été dans une de ses fonctions un droit altruiste. Comme disait Jhering³ : « le droit qui semble d'un côté reléguer l'homme dans la basse région de l'égoïsme et de l'intérêt l'élève donc d'autre part à une hauteur idéale où il oublie toutes ces subtilités, tous ces calculs, cette mesure de l'intérêt qu'il avait appris à appliquer partout... Il est d'autres biens que ceux de la fortune qui doivent être garantis à l'homme. Au-dessus de la fortune se trouvent des biens de nature morale dont la valeur est hautement grande : la personnalité, la liberté, l'honneur et les liens de famille ». Nous acquiesçons. De la puissance paternelle devenue autorité parentale

¹ RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », Ministère de la Justice, 1962.n° 46.

² JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006. N° 61.

³ VON JHERING Rudolf, *Le combat pour le droit*, G. J. Manz ; A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875.1901, p. 67.

également en droit malgache, le rejet d'enfant était une mesure exorbitante entre les mains des parents dans le but d'éduquer, d'élever les enfants pour les intérêts de ces derniers. On pourrait penser qu'il servait aux parents de « menace » à l'encontre des enfants dans un but de protéger leur intérêt, leur honneur ou leur rang social : il était inconcevable autant que de nos jours de voir les enfants dévier d'une direction classique et normale. D'ailleurs, M. Savatier ne niait pas « que c'est au nom de la famille, conçu comme le ménage formé des époux et des enfants que le chef de famille exerce sa fonction »¹. L'effet de ces efforts de relativiser, de causer et de finaliser les pouvoirs accordés aux parents les fait basculer du droit égoïste en droit altruiste ou inversement. Si les pouvoirs des parents doivent s'exercer dans l'intérêt de la famille et non dans leurs propres intérêts : primo, le rejet apportera la paix familiale à ses membres, alors on peut parler d'un droit altruiste ; deusio, si au contraire, le rejet répond aux comportements déviants du rejeté envers les parents et a pour finalité de les sanctionner dans l'intérêt des parents, alors il ne s'agit que d'un droit égoïste. Or, la limitation du rejet aux seuls enfants majeurs a fait perdre sa fonction prophylactique de l'autorité parentale. L'existence d'une sanction non applicable immédiatement à un enfant mineur ne peut le dissuader de ne pas avoir un comportement déviant ou de ne pas commettre des actes délictuels contraires aux instructions et à l'éducation parentale, nous le pensons. Une approche psychologique qu'il faut signaler dans le domaine de l'éducation de l'enfant, comment-dire ainsi à un enfant par exemple que « s'il vole aujourd'hui, il sera rejeté à la majorité », le rejet a complètement basculé de sa classification juridique originelle.

SECTION C. La judiciarisation du rejet d'enfant par la nouvelle loi n° 63-022 du 20 Novembre 1963

621. L'intervention obligatoire du juge en matière d'état des personnes ou d'état familial ne nous étonne pas du fait de leurs caractères d'ordre public, le rejet ne peut plus découler que d'un motif grave apprécié et constaté par le juge. La procédure stricte et contraignante est logique, mais comment négliger l'aspect sociologique du rejet en matière familiale ? « Les avantages psychologiques ou sociaux de la négociation, par rapport à la voie judiciaire, pour le traitement des conflits ont toujours été perçus. En effet, tandis que la négociation tend à rétablir un dialogue entre les protagonistes du conflit, la procédure judiciaire les fige dans une position d'adversaires et exacerbe les divergences et les haines »², une acception déjà avancée

¹ SAVATIER René, *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 1963. p. 27.

² TOPOR Lucienne, *La médiation familiale*, Presses Universitaires de France, 1992.p. 11-12.

par M. Pierre Drai¹. Beaucoup de violences, de délinquances restent impunies dans les rapports familiaux : la honte, le mutisme et la peur, des notions psychologiques et sociologiques freinent le recours en justice à côté du système accusatoire de la justice.

I. La présomption de conflit

622. L'intervention obligatoire du juge laisse penser qu'un conflit existe et nécessite cette intervention imposée par la nouvelle législation sur le rejet. Comme en matière de divorce, le juge intervient non seulement pour constater les conflits dans les couples, mais aussi essayer de trouver une réconciliation avant toute décision. Peu importe l'ampleur du conflit, le fait de se retrouver devant la justice, devant le juge, signifie qu'il y a néanmoins un litige en attente de solution à l'amiable ou judiciaire. La présomption de conflit implique une faute ²(elle est attribuée à celui ou celle qui a manqué à son devoir), sans laquelle le rejet d'enfant ne sera plus autorisé. Mais de cette intrusion du juge par la présomption de conflit : famille et individu pourraient-ils se réconcilier et faire front ? Le proverbe, qu'il vaut « mieux laver son linge sale en famille », prendrait force de règle de droit³, semble relégué au second plan : les anciens Malgaches avaient toujours préféré « *Ny tokantrano tsy haahaka* », littéralement « on n'étale pas le foyer ». Comme disait M. Cornu⁴ : « la sagesse familiale qui refuse que les descendants soient entendus sur les griefs de leurs parents dans les procès en divorce (CPCF art.205) n'est pas sans lien avec le respect filial », mais quand la sagesse familiale est bafouée, secouée, indignée, la seule solution pour sauver la conscience et la paix familiale est l'oubli :

¹ Pierre Drai, premier président de la Cour de cassation, propos recueillis par Benoît Bastard, *La médiation dans l'institution judiciaire*, in Le groupe familial, n° 125, 1989, p. 32-33 : « J'ai été amené, dit-il, à parler de médiation dans un type particulier de conflits, toujours très passionnés, ceux du travail... il faut qu'un conflit sache se terminer et ce d'autant plus que les gens, une fois qu'il est terminé, doivent se retrouver face à face, sur un même lieu de travail.... Dire à des gens qui vivent ensemble : « Toi, tu as tort, toi tu as raison... il n'y a rien de pire pour fâcher définitivement ceux qui avaient à vivre ensemble... si l'on ne tient pas compte des aspects psychologiques ou sociaux du problème, la guerre continuera et on n'arrivera pas à établir la paix. On le voit aussi, dans les problèmes familiaux, par exemple en matière de succession. Des frères et sœurs se fâchent à mort parce que l'un n'a pas obtenu l'argenterie de ses parents et l'autre tel objet mobilier ou tel bijou... », in *Ibid.*p.12.

² Cass. Civ. 2, 3 nov. 1955, D. 55. 78 : « Si les tribunaux constatent souverainement les faits, il appartient à la Cour de cassation d'apprécier si ceux-ci présentent les caractères juridiques de la faute prévue par la loi et engagent la responsabilité de leur auteur, ainsi que de tirer des constatations des juges du fond les conséquences de droit qu'elles comportent », in MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.39. Étymologie : du latin fallo, ere= tomber.

³ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 24.

⁴ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 137.

le rejet consacré par le droit, nous pouvons la confirmer à travers les résultats de nos recherches sur l'empirie du rejet. Ce qui signifie aussi que le rejet d'enfant ne pourra plus être autorisé par consentement mutuel, c'est-à-dire, même si le rejetant et le rejeté ont accepté d'un commun accord que dorénavant ils ne se considéreront plus comme parents, la loi ne les autorise pas de déroger par des conventions l'intérêt d'ordre public. Les règles coutumières qui autorisaient le rejet d'enfant par une déclaration conventionnelle ou quasi conventionnelle ne sont plus admises. L'interdiction du rejet par l'accord de volonté nous fait penser à la prohibition du divorce par consentement mutuel en droit malgache héritée de la prohibition de la séparation amiable¹ des anciens articles 370 et 249 du CCF.

623. En effet, si de nos jours, le divorce par consentement mutuel n'est plus jugé contre l'ordre public et la conscience collective, un revirement de l'opinion publique, l'expérience française en la matière peut faire avancer du côté du système malgache. Une nécessité de faire évoluer la loi puisque l'ordre public et les mœurs évoluent pareillement à Madagascar : l'égalité femme-homme réclamée par les associations de lutte contre la discrimination et la volonté politique vont en ce sens. Les bénéfices de l'autorisation du divorce par consentement mutuel semblent plus conséquents que l'attachement à l'idée d'un mariage éternel traditionnel et religieux qui génère au fil du temps des violences intrafamiliales inévitables. Dans ce dernier cas, les victimes ne sont que le couple, qui se renvoie la faute, et partage leur mal-être avec les enfants vivant dans un cadre instable et nourri de violences physique et verbale.

624. Mais la faute est une notion morale avant tout, saisie par l'évidence, immédiatement ressentie par tous, sauf dans des cas limites ou pour des consciences tordues² : « dans le contentieux familial, la preuve se trouve ainsi prise dans un conflit d'intérêts et de valeurs de telle sorte que la recherche de la vérité - finalité principale de la preuve en droit commun est souvent remise en cause, en droit de la famille, lorsqu'elle entre en confrontation avec la protection d'intérêts jugés supérieurs, telle que la paix des familles, la sécurité du lien familial ou encore l'intérêt de l'enfant »³. De ce fait, la preuve d'une faute grave semble de plus en plus difficile à prouver, et l'acte constitutif de faute grave n'est pas seulement pris comme la source du dommage causé aux parents, ascendants et à la famille, mais constitue en lui-même le seul motif déterminant permettant au prononcé d'une autorisation de rejet. Le conflit

¹ Sous l'art.6 Cass. Civ, 14 juin 1882, Sirey, 82.1.421, P. 82.1.1040 ; D. P. 83.1.248. Pau 20 juin 1894, Sirey, 94.2.232 ; D. P. 95.2.12 ; Cass. Civ. 2 janvier 1907, D. 1907. 1. 137. Sirey, 911. 1. 585, note Whal.

² MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p. 40-41

³ VIAL Géraldine, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Grenoble II, 2006.p. 2.

familial ne suffit pas à justifier la demande d'autorisation du rejet : il doit être accompagné d'un préjudice physique ou moral grave voulu et recherché par l'auteur du fait dommageable. La convention de rompre la filiation par les deux parties membres d'une même famille a été balayée par la présomption de conflit et de la justification d'un motif grave. Il en est de même de la demande de divorce en droit malgache qui ne peut se faire que pour faute, ce qui est regrettable à notre avis puisque la justification de l'exclusion d'un divorce par consentement ne se trouve que par le conservatisme juridique assez dépassé par le temps et le besoin mouvant de la réalité sociale : d'autant plus qu'elle fait perdurer le conflit du couple, propice à la violence conjugale et familiale et de ses effets néfastes à l'endroit des enfants mineurs. De même, préserver l'intérêt de chacun des membres de la famille et de la paix des familles ne se résume pas à l'obligation imposée par la loi et par le juge de s'entendre et de vivre ensemble malgré des divergences manifestes et des incompatibilités d'humeur dans la famille¹, le droit doit s'accommoder à la réalité sociale et évoluer en fonction d'elle, « vaut mieux être seul que mal accompagné » dit-on en français, « *Aleo misaraka tsisy maràtra* »² dit-on en malgache. L'existence préalable d'une obligation et l'inobservation ou la violation constituent la faute selon Planiol (mais jugée vague, inexacte et illogique), sont un critère de la faute tout comme l'illicéité d'un acte. Or le fait constitutif d'une faute n'est pas forcément la violation d'une norme préexistante, même non écrite, ou qu'il soit formellement illégal, c'est-à-dire expressément interdit par la loi (comme en droit pénal, *nullum crimen sine lege*). « Il suffit qu'il soit un comportement social défectueux, une erreur de conduite, c'est-à-dire injuste »³. L'appréciation de la faute est généralement faite *in abstracto*, par comparaison à un homme raisonnable, sans que ce soit une excuse les ignorances ou les maladresses habituelles d'un dommage. Cependant, celui-ci ne doit pas être comparé à un bon père de famille idéal et désincarné... mais à un homme du même type sociologique⁴.

¹ En France, à l'époque où la Charte de 1814 consacra de nouveau le catholicisme comme la religion d'État, l'indissolubilité du mariage était une règle de l'État, « seule la séparation de corps permettait au couple de se dégager du lien matrimonial », loi dite Bonald, in MALAURIE P. et FULCHIRON H., Droit civil, La famille, Defrénois, LGDJ, 2006, n° 435.

² Traduction libre : Vaut mieux se séparer indemne, « Maràtra » signifie en français blessé, saigné, endommagé...

³ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p. 40-41.

⁴ *Ibid.* p. 42.

II. L'intervention du juge judiciaire

625. « Dire le droit » (*juris dictio*), c'est la prérogative attribuée au juge judiciaire par l'État de rechercher dans un litige ou dans une contestation qui lui est confiée, l'interprétation et l'application des règles de droit dans un cas suivant des circonstances concrètes. L'intervention du juge définie comme un syllogisme juridique est la base de raisonnement décliné en trois propositions : la majeure (règle de droit), la mineure (les faits constatés) et la conclusion (la décision du juge). Cependant, cette méthode serait de plus en plus délaissée au profit du contrôle de proportionnalité par la « pesée des intérêts respectifs des justiciables ; celui qui paraît au juge, selon son sentiment et l'éclat des droits fondamentaux en présence, le plus lourd l'emporte, alors même que la légalité syllogistique conduirait à la solution contraire »¹. De ce fait, il se peut que la partie détenant des arguments juridiques fragiles ou moins convaincants gagne au procès² : or passer outre le syllogisme n'est autre qu'aller à l'encontre de l'application de la loi et créer une sorte de justice des cas applicable uniquement sur un cas concret. La justice royale malgache connaissait il y a deux siècles ce contrôle de proportionnalité où le gagnant n'obtenait jamais la totalité de sa demande et que le perdant n'était pas totalement débouté de ses prétentions. Ce que de nos jours, M. Gautier appelle le nouveau gouvernement des juges qui refusent d'appliquer la loi (sauf en présence des droits supranationaux : droits fondamentaux et droits internationaux ou communautaires)³ et oblige les juges du fond à appliquer le contrôle de proportionnalité (P. ex., en matière de propriété intellectuelle, si le défendeur est en état manifeste de contrefaçon ou de violation du droit moral de l'auteur)⁴. Ce fut le cas du juge royal ou du juge indigène pour les litiges opposant les Malgaches entre eux pendant la colonisation, notamment sur le « *Tsatoka* », une clause stipulant qu'en cas de non-remboursement d'une dette, le gage était acquis au créancier : cette

¹ GAUTIER Pierre-Yves, *Du nouveau gouvernement des juges*, in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 57 et s.

² GAUTIER Pierre-Yves, « Éloge du syllogisme », *JCP G* 2015, n° 902. ; DRAGO G., *Constitutionnalité et proportionnalité*, *Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux*, Dalloz, 2020.p. 244-248.

³ GAUTIER Pierre-Yves, *Du nouveau gouvernement des juges*, in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR.p. 58.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 15 mai 2015, D. 2015. 1672, note A. Bensamoun et P. Sirinelli (auteur « appropriationniste » qui s'est servi sans autorisation de l'œuvre d'autrui pour établir la sienne) ; Cass. Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, D. 2017, p. 1955, note Ph. Malaurie (metteur en scène qui change la fin, à son goût, de la pièce-opéra Dialogue des Carmélites) ; la Cour de renvoi s'est docilement inclinée : C.A de Versailles, 30 novembre 2018, Dalloz IP/IT 2019, p. 101, note P-Y. Gautier., in *Ibid.* p. 58.

clause a été interdite par l'art. 20 des Instructions aux Sakaizambohitra au profit du principe « *Ny tsy ampy ampiana, ny tsy omby analana* » (le déficit à compléter et le surplus à restituer)¹. Une recherche au mieux du « juste » applicable et donc l'estimation du bien gagé et de la restitution des indus au débiteur même si ce dernier consentait la mise en gage en entier de son bien et non proportionnellement à ses dettes. Par contre, il était admis dans la coutume que dans un partage de biens, une simple lésion ne pouvait annuler celui-ci, car en la matière, il y aura toujours une partie qui soit lésée : « *Ny hizaran-kisy resy* », il était acceptable que l'un ou l'autre des héritiers selon leur rôle et leur implication dans la constitution du patrimoine familial reçoivent des parts différentes².

626. Nous pouvons confirmer l'application du contrôle de proportionnalité dans une affaire concernant le rejet où l'autorisation d'inscription du rejet a été accordée par le juge, non pas en application de la loi et par la méthode du syllogisme judiciaire, mais plutôt en considérant l'inexistence d'affection entre la fille adoptée (de l'ex-épouse) et de son beau-père adoptif³. En effet, la fille adoptive n'a jamais manqué ni de respect ni d'honneur à son père adoptif ni à la famille de celui-ci. Le juge a tout simplement refusé l'application de la loi sur le rejet et de la condition de motifs graves, mais a créé par la proportionnalité de la loi et des intérêts en jeu une décision contraire à la méthode syllogistique : une casuistique corollaire dangereuse du pouvoir du juge. C'est pour cette raison que le syllogisme ne doit surtout pas être abandonné sinon l'équité ressurgira entièrement en première place et laissera à la subsidiarité l'application de la loi, ce serait le chaos⁴. C'est dans ce contexte de combinaison presque contre nature que le contrôle de proportionnalité et l'application de la loi doivent s'unir pour délimiter les titulaires d'action, du délai d'action, et de la procédure préalable de conciliation avant que le juge tranche sur l'autorisation de rejet sans minimiser l'appréciation des preuves constatant les motifs graves justifiant la demande d'autorisation de rejet qui lui est adressée.

A. La requête aux fins de l'autorisation de rejet

1) La demande faite par le rejetant en personne

627. La requête aux fins de l'autorisation de déclaration de rejet devant l'officier de l'état civil, est présentée devant le Président du Tribunal de la résidence du rejetant et par lui-même

¹ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 112.

² C.T du 16 avril 1908 ; C.T du 21 mai 1908.

³ TPI de Tananarive, du 13 août 1982, jugement inédit suscité, n° 2615 autorisant le rejet.

⁴ MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 59.

(art. 85) conformément à l'art. 116 du CPCM¹ sur la requête introductive d'instance, elle peut être écrite ou verbale (al. 1). Si elle est faite oralement, il est dressé procès-verbal des déclarations du demandeur par le greffier (al. 2). Dès lors, le requérant peut se présenter en personne au tribunal pour faire enregistrer par le greffier sa requête aux fins d'autorisation d'enregistrement du rejet devant l'officier de l'état civil. En droit malgache, la procédure écrite et par représentation d'un avocat n'est pas obligatoire en matière de rejet. La demande en justice ou la procédure devant le tribunal connaît en général deux systèmes : les systèmes accusatoire et inquisitoire ; ce bref rappel du système procédural nous permet de comparer ne serait-ce que par la constatation des mêmes choix des législateurs français et malgaches en la matière. En matière civile, c'est le système accusatoire qui laisse aux parties le soin d'ouvrir la procédure qui tire son nom de l'accusateur privé, alors que le système inquisitoire permet au juge de se saisir d'office de l'affaire sous des rumeurs, des délations, de conduire une enquête et d'en rechercher les preuves : cette deuxième procédure est souvent appliquée en matière pénale. L'assignation est le mode traditionnel en droit de la procédure civile malgache, le demandeur somme le défendeur de répondre à ses prétentions et de comparaître devant le tribunal : cet acte d'huissier fait apparaître les parties en litige et l'objet du litige lui-même. De ce fait, il est nécessaire que le demandeur aux fins de l'autorisation de déclaration de rejet, saisisse lui-même l'action et apporte les preuves de ses prétentions. Enfin, il est possible que le père et la mère introduisent par une seule et unique requête et non individuellement une action en demande d'autorisation de rejet, en effet la loi ne prévoit pas expressément que la requête doive être individuelle, la justice² a jugé recevable la requête faite conjointement par les parents pour rejeter leur fille majeure.

2) L'exclusion de la demande de rejet par les héritiers

628. La loi sur le rejet est explicite et sans équivoque, outre la désignation des titulaires du droit de rejet de l'art. 79 et de la condition de l'autorisation du rejet par l'ascendant (art. 82), l'art. 90 précise que : « le droit de rejeter est personnel et ne se transmet pas aux héritiers ». Cet énoncé restrictif du droit de rejeter exclue toute demande de rejet par les héritiers même si l'enfant majeur porte atteinte à l'honneur familial ou a volontairement manqué gravement aux devoirs de secours, d'assistance ou de respect envers ses parents décédés ou la famille. Nous n'avons pas trouvé de cas de demande de rejet par la famille d'une personne décédée, cependant nous estimons que si la requête a été déposée antérieurement au décès du

¹ Art. 55 et s. du CPCF.

² TPI de Tamatave, du 20 février 2020, n° 106.

demandeur, logiquement les héritiers peuvent continuer le dossier en cours d'instruction. Cette caractéristique du rejet déroge en effet des règles en matière d'obligation où les dispositions de l'art. 237 de la LTGO permettent à toutes victimes, y compris celles qui sont touchées par ricochet du dommage causé à la victime principale, d'actionner la responsabilité civile de l'auteur de l'acte dommageable : « en cas de mort de la victime (...), peuvent agir en réparation du préjudice personnellement subi ses ascendants, descendants, conjoints et exceptionnellement selon les circonstances appréciées par le juge, toutes personnes justifiant d'un dommage particulièrement grave » (préjudice direct et certain). Nous déplorons ainsi cette restriction du droit de rejet qui, apparemment, a un but de limiter les abus de droit de l'ancienne législation. Or, nous n'avons pas relevé de cas flagrant d'exclusion d'un enfant par la famille au-delà de la forme de désaveu de paternité, de plus le rejet par la famille existe bien dans l'usage et la coutume pour exclure le paria de la famille en cas de vol à répétition (de zébus), de banditisme de grand chemin, et de condamnation par des peines infamantes. Enfin, les dispositions des atteintes aux droits de la personnalité, qualifiés de droit extrapatrimonial (droit au respect de l'intégrité physique, droit au respect de l'intégrité morale, droit au respect de la vie privée, droit au respect d'une personne décédée, etc.) nous semblent bien ouvertes à l'action des héritiers lorsque ces derniers¹ sont touchés également par l'acte dommageable. Longtemps débattue quand il s'agit de dommage moral, la Cour de cassation française a décidé que les héritiers peuvent obtenir réparation du préjudice moral subi par leur auteur, qui est donc transmissible malgré son caractère personnel. « L'indisponibilité de l'action participe à l'indisponibilité de l'état »² sur le rejet : or l'action personnelle est étendue aux héritiers lorsque la mort de la victime cause aussi un préjudice personnel à ses proches, préjudice matériel à ceux qu'il faisait vivre et un préjudice moral à ceux qui l'aimaient et souffrent de sa perte : le droit au rejet est exclu à ceux qui n'assuraient pas l'exercice de l'autorité parentale. C'est un préjudice par ricochet qui est réparable (victime médiate ou par ricochet), le dommage matériel « médiat » est la conséquence de l'interruption de versement des subsides par la victime principale ou par la perte de son travail. Sur la figuration de l'intégrité physique dans le droit extrapatrimonial par son essence

¹ Cass. Chambre mixte. 30 avril 1976, Watelet, B.C.M, n° 3 ; D., 77. 185, n. Mme Contamine-Raynaud ; R., 76.556, n. G. Durry : « le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance physique éprouvée par la victime avant son décès, étant né dans son patrimoine, se transmet à ses héritiers ». in. MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.125.

² CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 354.

et par un prolongement caractéristique aux droits de la personnalité, M. Lindon exprime son désaccord : « par son appellation même [intégrité physique], s'oppose à la notion de droit de caractère moral et qu'elle ne fait pas partie des éléments extrapatrimoniaux de la personnalité qui... me paraît un trait essentiel, se transmettent, après la mort de celle-ci à sa famille »¹.

3) Le délai d'action et de recours en matière de rejet

629. La loi n° 63-022 ne détermine pas expressément les délais d'action en matière de rejet, mais indique seulement la forme de la requête de l'art. 116 du CPCM (art. 85) et le déroulement de l'instance selon l'art. 122 et s. du CPCM (art. 87). Ce qui nous renvoie implicitement aux procédures de droit commun : d'une part, si la requête aux fins d'autorisation du rejet est déposée indépendamment d'une action pénale (art. 8 du CPM), d'autre part si elle est faite en même temps qu'une action pénale ou encore suite à un jugement définitif d'une condamnation pénale (art. 7 et 10 du CPM).

a. Le délai d'action en justice

630. En matière civile, les actions personnelles, réelles, et mixtes se prescrivent par trente années (art. 379 de LTGO ; art. 2262 du CCF) : ces actions servent respectivement à faire respecter ou exécuter un droit personnel, un droit sur une chose ou les deux à la fois (art. 4-5-6 du CPCM). Il est donc imaginable d'assimiler le délai d'action aux fins de rompre la filiation à la prescription trentenaire à partir du moment de la connaissance par le demandeur des fautes graves commises à son égard. Par ailleurs, si la demande de rejet fait suite à une affaire pénale, la prescription trentenaire (art. 10, al. 2 du CPPM) commence à partir de la décision rendue définitivement sur l'action publique. Il importe de souligner dans ce dernier cas que l'action civile ne peut être engagée après prescription de l'action publique (art. 10 du CPPM). En présence de ces règles de procédures applicables à l'action en demande de rejet, et selon les motifs et les circonstances, le délai trentennal reste accessible dans tous les cas de figure. Cependant, l'action en matière civile en dehors de toutes poursuites pénales reflète les cas fréquents que nous avons recensés, d'où la constatation par la justice des motifs non fondés² de gravité sur la demande de rejet, mais aussi par le manque ou l'insuffisance de preuves tangibles. Étant donné les difficultés de produire des preuves des motifs graves et des fautes en matière familiale, on comprendra que : plus le temps passe, moins les preuves

¹ LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.p. 4.

² TPI de Tamatave, jugement n° 106 du 19 février 2020 ; TPI de Tamatave, jugement n° 206 -bis du 8 avril 2015.

deviennent tangibles d'un côté, et la perpétuation des conflits familiaux engendre parfois des issues dramatiques sinon produit des effets antisociaux et antiéconomiques considérables.

b. Le recours de la décision sur le rejet

631. La décision motivée rendue en matière de rejet, qu'elle accorde ou refuse la demande d'autorisation est susceptible d'appel (art. 89, al. 2), cependant l'arrêt rendu par la Cour d'appel est définitif et insusceptible de pourvoi en cassation. D'après notre humble avis, il est regrettable que l'arrêt rendu par la Cour d'appel en matière de rejet ne puisse pas faire l'objet d'un recours en cassation. L'héritage du système juridictionnel appliqué dans les territoires colonisés ne peut plus perdurer de nos jours, en effet le tribunal de proximité indigène connaissait le sort d'un conflit familial (juridiction du 1^{er} degré pour les indigènes) avant d'être porté devant le Tribunal de première instance (juridiction du second degré pour les indigènes), et en dernier ressort devant la Cour d'appel de Tananarive, la Cour de cassation basée à Paris n'était pas ouverte à ce genre de conflit. L'histoire de l'impossibilité d'un pourvoi en cassation du rejet qui est défini comme « le pouvoir aux parents et aux aînés (en l'absence des parents) de corriger et de punir les enfants « *maditra* » (qui peut être traduit comme « désobéissant ») » nous montre qu'elle est liée au statut de l'indigène¹. Parmi les règles qui gouvernaient les indigènes se trouvent celles qui prévoient la substitution des droits et devoirs des parents par les aînés et les ascendants au cas où les parents se verraient à être absents ou emportés par la mort. Si le droit de correction ne leur revenait pas en présence des parents, les aînés et les ascendants bénéficiaient le droit au respect et à l'honneur. Ainsi les privilèges des personnes régies par le droit civil français n'étaient pas accordés aux personnes de statut indigène². L'indigénat coïncidait à l'application stricte et rapide des sanctions aux comportements déviants en famille et en société : les indigènes ne pouvaient aspirer à un contrôle d'application des lois effectué par la juridiction hiérarchique de cassation, dont 17 infractions³ ou « petits » délits, des affaires civiles (qui ne peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation concernant spécialement des citoyens indigènes).

¹ DÉCRET-LOI DU 1 MAI 1925, « Ny indizena (Ny atao hoe indizena, ny tsy ahazoana mangataka fitsarana ambony) », *LAKROAN'IMADAGASIKARA*, 1928. N°61.p. 1.

² « *Toy izany ny indizena, famaizana tsy misy atak'andro, sazy tsy azo ivalozana hiandrasana fitsarana ambony* », idem.

³ Quelques exemples : 1) silence injustifié ou refus de parler aux pouvoirs étatiques (exécutif ou judiciaire)... 2) Manquement de respect et injures aux représentants de l'état français et des notables Malgaches... 3) tout refus aux missions sollicitées par l'état français en cas d'urgence (inondation, feu de brousse... ou d'intérêt général... 4) refus de présenter sa carte « isan-dahy »... 5) infractions aux dispositions de l'arrêté du 27 juillet 1921

632. Il s'avère que l'impossibilité de recourir à une action en cassation découle d'une réalité sociale rattachée au statut d'indigène, privant ainsi des droits aussi fondamentaux que de pouvoir défendre ses intérêts devant les juridictions de degré hiérarchique, juge du droit. Mais les temps ont changé, le système juridictionnel malgache aussi, vu que le tribunal de proximité pour indigène a disparu, il ne reste plus de nos jours que deux juridictions (le tribunal d'instance et la Cour d'appel) qui puissent connaître le rejet, ce qui remet en cause le principe d'égalité de chance et d'équité devant la justice. Nous savons que la Cour de cassation est un juge du droit et non un juge du fait, dans les deux juridictions judiciaires en comparaison franco-malgaches : elle a vocation à juger les arrêts rendus par les juridictions du second degré s'ils sont ou pas conformes à la loi, il est incompréhensible qu'une décision sur le rejet soit exclue du pourvoi en cassation : or il n'est pas rare en matière familiale qu'un arrêt de la cour d'appel soit cassé pour violation ou fausse application de la loi¹. La Cour de cassation exerce un contrôle de la jurisprudence, le juge de contrôle définit la règle applicable et le sens des textes : « le juge dit souvent un Droit nouveau et dans nombre de cas le législateur ne fait qu'adopter par la suite ce Droit déjà consacré par la jurisprudence »². La Cour de cassation française n'hésite pas à utiliser la méthode de contrôle de proportionnalité en dépit du syllogisme que l'on attend d'elle : ce qui représente des avantages que d'inconvénients en matière d'accessibilité d'action en recours. Si en matière de rupture de filiation et dans les ordres juridiques en comparaison, un contrôle strict en la forme et au fond des prétentions est requis : la décision ne saurait reposer strictement sur l'application de la loi et de la considération des faits. Contrairement aux conséquences des volontés contractuelles, les obligations familiales résultant de la filiation nécessitent la prise en compte contextuelle des relations entre les parents où le plus souvent des valeurs sentimentales et passionnelles

concernant l'immigration et le déplacement dans le district de Farafangana... 6) « celui qui vit dans un endroit isolé, et non autorisé et contraire à la loi coutumière et le droit positif du Fokonolona »... 7) l'hébergement des personnes inconnues sans avertir les autorités locales...

¹ Cass. Civ. M., du 23/09/2014, n° 152, casse et annule l'arrêt de la C.T du 18 juin 2012, n° 445 : « Attendu que dans ses motifs, la Cour n'a pas pu de manière précise déterminer à qui incombe la responsabilité de la non-cohabitation ; le manquement grave aux obligations et devoirs réciproques résultant du mariage reproché à la femme n'est nullement établi et constitué par un fait matériel, la Cour elle-même a constaté qu'aucun des époux ne semble disposé à faire les démarches nécessaires pour que le couple revienne vivre ensemble ; La Cour d'appel a ainsi fait une fausse application de l'article 66 de la loi n° 2007.022 du 20 août 2007 sur le mariage et l'arrêt encourt la cassation ». Pour rappel, le divorce par consentement mutuel sans faute n'est pas permis.

² PASCANU Philippe, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Thèse, Faculté de droit Paris, 1937.p. 4.

rentrent en jeu. Mais il est vrai que cette casuistique judiciaire peut créer une instabilité décisionnelle du contrôle de l'application des lois par la Cour de cassation, tantôt refuse tantôt, observe strictement l'interprétation des règles de lois : un arrêt de règlement¹ pourrait induire la règle du précédent et que le juge lui-même se trouve dans l'embarras d'appliquer la loi ou de suivre les décisions précédentes. Le contrôle de la loi, par principe, ne doit pas aller à l'encontre du texte de la loi et promouvoir l'arbitraire du juge et du contexte craintif du « gouvernement des juges »², le résultat impacte sérieusement l'application des règles écrites claires et positives. Les juridictions supranationales (p. ex., CEDH, CJUE) imposent aussi aux juges nationaux l'application des règles du contrôle de proportionnalité et de l'équité à la place et au lieu de l'application stricte des règles de droit nationales (art. 5 du CCF).

B. La procédure de conciliation diligentée par le juge

633. L'art. 88 de la loi sur le rejet prévoit que le juge après avoir entendu les parties dans leurs explications, le cas échéant, essaie de les concilier et peut ajourner de six mois de la décision. Notamment, s'il considère que cela pourrait arranger les litiges entre les parties conformément à l'art.154 du CPCM (Loi n° 2001-022 du 9 avril 2003) où les parties peuvent, tout au long de l'instance, se concilier d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge. Le juge saisi ne peut être désigné comme arbitre. À l'initiative du juge, la conciliation est tentée, sauf disposition particulière, aux lieu et moment qu'il estime favorables (art 155) : de même, les parties peuvent faire constater leur conciliation par le juge (art 156) qui dressera un procès-verbal de réconciliation et prononcera la radiation de l'affaire.

1) Une conciliation judiciaire

634. Il s'agit d'une conciliation judiciaire menée par le juge et non d'une médiation confiée à des services indépendants des tribunaux. Comme en Grande-Bretagne, précisément à Bristol dans les années 1977-1978, une audience préliminaire est imposée aux époux dans la procédure de divorce, le rôle du conciliateur est assuré par un juge, « le *registrar* » ou par

¹ Cass. civ. 2è, 16 juin 1955, Bull.civ. II n° 346, RTDCiv. 1955.697, obs. Hébraud P. : « l'arrêt de règlement est celui qui énonce et fixe une règle de droit susceptible d'applications indéfinies » et s'exprime de façon abstraite, in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 65.

² Pour aller plus loin, D. de Béchillon, « *Le gouvernement des juges : une question à dissoudre* », D. 2019, chron. Spéc. P. 975-977 ; E. Picard, in « *Gouvernement des juges et démocratie* », Sorbonne, 2001 ; DRAGO G., *Constitutionnalité et proportionnalité, Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux*, Dalloz, 2020.

celui qui assure les services sociaux du tribunal¹. Cette tentative de conciliation permet au juge de savoir davantage sur le conflit et les prétentions des parties, de l'ampleur des motifs, des mésententes profondes et irréversibles des relations familiales intergénérationnelles. L'ultime tentative de conciliation du juge est très importante puisque le conflit et donc l'objet de conflit doivent disparaître par sa décision ou celle des parties. La conciliation, la pacification ainsi que la transaction et l'arbitrage sont du droit que le juge pourra rendre encore plus de force à l'égard des tiers par sa constatation et par son aval de la solution trouvée dans son jugement. L'autorisation ou le refus de la requête de rejet est rendu par le juge après avoir entendu en amont les parties de leurs explications et tenté, le cas échéant, de les concilier, il peut comme en matière de divorce renvoyer les parties à une date ne dépassant pas six mois pour réflexion : constater par la suite la conciliation ou rendre une ordonnance de non-conciliation. P. ex., en matière de divorce (art. 253-3 du CCF, art. 83 et s. de la loi malgache), il revient au juge de mener une tentative de conciliation² entre les parties. Le juge-conciliateur se place comme médiateur, négociateur pour trouver une solution à l'amiable aux parties en conflit : un rôle plutôt sociopsychologique que juridique et judiciaire selon le célèbre adage « vaut mieux un mauvais arrangement qu'un bon procès », une idée largement admise par la coutume malgache. C'est également l'avis du Premier Président de la Cour de cassation française M. Drai : « il faut que les juges comprennent que, s'ils ont un rôle fondamental en droit, ils ont aussi un rôle à jouer pour asseoir une certaine paix sociale. Quand la chose est possible, il ne faut pas hésiter à parler médiation et conciliation. Il faudra montrer que cela rentre bien dans l'office du juge que d'amener les parties à envisager une conciliation »³ : ses arguments sont transposables et acceptables en matière de rejet.

635. Selon la gravité des faits reprochés au défendeur, et dans un contexte de violences intrafamiliales aggravées comme l'inceste ou les violences physiques et sexuelles, l'existence d'accompagnement psychologique auprès des tribunaux pourra apporter une aide essentielle

¹ GWYNN Davis, *La conciliation en Angleterre*, in Le Groupe familial, n° 125, p.78-79. Op. cit., in TOPOR Lucienne, *La médiation familiale*, Presses Universitaires de France, 1992.p 62.

² *Ibid.*p. 23-24 : « Imposé par l'ancien Code de procédure civile en France, par suite de la loi révolutionnaire des 16-24 août 1870, le préliminaire de conciliation a été supprimé par la Loi du 9 février 1949 sauf pour les conseils des prud'hommes, les tribunaux des baux ruraux, et des procédures de divorce pour faute ou pour la rupture de la vie commune ».

³ DRAI Pierre, *La médiation dans l'institution judiciaire*, in Le groupe familial, n° 125, 1989, p. 34, in BASTARD Benoit et CARDIA-VONECHE Laura, *Le divorce autrement : la médiation familiale*, Syros-Alternatives, 1990.p. 60.

au demandeur, mais il ne saurait y avoir une issue favorable à la réconciliation amiable. Le juge en énonçant les faits reprochés par le demandeur ne pourra qu'aggraver l'état du conflit dans une confrontation, en obligeant les deux parties à trouver un terrain d'entente, d'autant plus que de la gravité d'une demande de rupture du lien de filiation suppose que : « la norme ne précède plus le juge, mais résulte de l'application qu'il en fait »¹. Contrairement à la procédure à l'amiable du divorce permettant aux couples de pouvoir gérer eux-mêmes l'après couple, la conciliation en matière de rejet ne pourrait avoir comme finalité qu'à la réconciliation, au maintien de la paix familiale et du lien de parenté et non de gérer l'après rupture. C'est une différence remarquable et indispensable à la pratique de la procédure de conciliation où une décision de justice accordant ou refusant le rejet est précédée d'une ordonnance² de non-conciliation sauf par défaut du requis.

2) La médiation faite par des tiers

636. C'est une tentative de la dernière chance ! Les avis sont partagés sur l'efficacité de la recherche d'une justice négociée qu'est la médiation³ proposée par le juge et menée par les différents acteurs de la société civile comme les associations ou l'arbitre⁴. La conciliation diligentée par le juge, par l'intermédiaire d'un médiateur ou d'une association, par un tiers, diffère du cercle informel et formel de conciliation ou de médiation traditionnelle malgache qui précède toute action en justice et constitue plutôt une démarche extrajudiciaire indépendante de toute initiative du juge (membres élargis de la famille ou du Fokonolona, comme en divorce avant la procédure judiciaire par l'art. 79 de la loi sur le mariage)⁵. Cependant, le juge pourra prendre une décision pour trancher le litige au cas où aucune

¹ SALAS Denis, Juge (Aujourd'hui), in ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadriga / Lamy-Puf, 2012, p. 863.

² TPI Tamatave, ONC du 25/02/2019 pour jugement n° 106 du 19 février 2020 ; ONC du 21/01/2015 pour jugement n° 206 -bis du 08/04/2015 ; ONC n° 746-AG/13 du 17/07/2013 pour jugement n° 940 du 16/10/2013.

³ Loi sur la médiation de 1978, la médiation familiale a été consacrée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (art. 373-2-10 du CCF), la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 et du décret 2004-1158 du 29 octobre 2004 relatif au divorce (art. 255 du CCF), et par la loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice du 21^e siècle étendant l'expérimentation de la médiation familiale à plusieurs villes françaises en matière d'exercice de l'autorité parentale ou à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

⁴ « ... La tâche d'un juge, telle qu'on l'entend ordinairement, c'est de départager les deux parties : si je négocie avec l'un, je vais désavantager l'autre... », M.-T Mazerol, un « compromis » entre deux types d'aspirations, in Annales de Vaucresson, n° 29, 1988/2, p.81, op. cit. in TOPOR Lucienne, *La médiation familiale*, Presses Universitaires de France, 1992, p.14.

⁵ TPI de Tamatave du 16 octobre 2013, n° 940.

solution n'aurait pu être trouvée par le médiateur entre les parties. Dans le cas contraire, la solution acceptée par les parties, validée par le juge, constitue un accord juridiquement valable liant les parties et le juge. Dire que la convention entre les parties, que ça soit par la voie de la médiation-recommandation que ça soit par la voie de la médiation-conciliation (art. 1530 du CCF) sous la direction du juge ne comporte pas la force obligatoire en droit¹, mais reste l'existence en fait. Le sort de cet accord peut ainsi différer, d'une part, si la convention comporte et règle toutes les problématiques du conflit, le juge pourra en tenir compte et l'inclure dans sa décision ; ce qui la rend obligatoire et imposable aux parties et au juge lui-même. D'autre part, si le juge pense que la convention connaît certaines clauses inéquitables, il pourra passer outre et rendra sa décision en dehors de toutes clauses volitives des parties. En France, la médiation² est définie comme un processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties à un différend tentent de parvenir à un accord pour le résoudre avec l'aide d'un tiers, le médiateur qui peut être choisi par les parties en dehors de toute procédure judiciaire. Les associations se proposent d'aider et de conseiller les couples, et de se préoccuper de l'intérêt des enfants mineurs : la médiation trouve son utilité par l'adhésion des citoyens à la recherche d'un arrangement à l'amiable des conflits³. Elle vise à établir un dialogue entre les parties⁴, la médiation-conciliation reste une procédure extrajudiciaire assez délicate qui risque de provoquer un nouveau traumatisme à la victime face à son agresseur. La procédure est certes profitable au juge pour constater l'impossibilité de conciliation des parties par rapport aux faits reprochés et de déterminer par la suite s'il faut réorganiser une séance de tentative de réconciliation ou de passer outre, mais elle représente pour les parties soit une occasion de demander ou de se faire pardonner soit une nouvelle torture psychologique et morale.

¹ TOPOR Lucienne.p. 100.

² L'ordonnance du 16 novembre 2011 sur la médiation familiale conventionnelle : art. 1528 à 1535 et 1565 du CCPF, ou médiateur judiciaire désigné par le juge saisi du litige avec l'accord des parties.

³ Nelly Bonnat-Pontay, présidente de l'Association des conciliateurs judiciaires de France : « La conciliation répond à un besoin viscéral des citoyens qui recherchent, bien plus que l'on ne peut imaginer, l'arrangement amiable. Ce phénomène social est mondial... La conciliation diffère profondément, par l'accessibilité, la disponibilité, l'aisance et la souplesse dans la démarche, du système du magistrat-conciliateur qui peut concilier autant que juger, tandis que le conciliateur ne peut que concilier. Ce n'est pas un juge », in TOPOR Lucienne.p. 104-105.

⁴ BASTARD Benoit et CARDIA-VONECHE Laura, *Le divorce autrement : la médiation familiale*, Syros-Alternatives, 1990.p. 18.

C. Le juge à la croisée des chemins de la coutume et de la loi

637. Le juge à Madagascar n'est pas le seul concerné aux conflits de normes juridiques, le problème est plus accentué en présence d'une coutume comme source principale de droit au même rang que la loi¹. Les juristes modernes pensent que les coutumes non reprises par le droit écrit sont devenues désuètes ou incompatibles : trois dispositions fondamentales du législateur malagasy maintiennent la coutume au même rang que la loi. En premier, l'art. 25 de la loi organique portant organisation, attributions de la Cour Suprême, lui reconnaît le contrôle de l'application de la coutume et assimile la violation de la coutume à celle de la loi. En second, l'art. 11 de la loi n° 62-041 attribue aux juges la faculté de s'inspirer des coutumes et des traditions des parties en cause : enfin, l'art. 12 donne aux juges la possibilité de s'inspirer des coutumes et traditions pour rechercher les mobiles et l'esprit d'un acte générateur de droits »², nous confirmons. Ces articles lui permettent de recourir à la coutume et de les apprécier souverainement : « cela sera d'ailleurs fort facile au juge de connaître la coutume : il suffit d'appeler quelques anciens, quelques notables, des ray aman-dreny [bref, des aînés] qui très nettement expliqueront l'interdit, ses conséquences et ses sanctions »³. Les litiges sont imbriqués de plusieurs paramètres tels que la religion, la culture, l'éducation, l'illettrisme : des données métajuridiques plus importantes que l'on ne rencontre pas dans les juridictions occidentales⁴ où la loi prime sur toute autre considération. « L'existence de ces prescriptions innombrables *fady*, *fomba*, *lovan-tsofina* qui enserrant l'individu dans un réseau d'obligations explique la perpétuelle confusion que fait le Malgache entre le droit, les convenances, la morale et l'équité »⁵ : le juge, pris dans ce mélange de doute et de confusion et dans la finalité du juste, se doit de vérifier si ces prescriptions génératrices de normes sont

¹ NJARA Ernest, « L'intégration des coutumes dans le droit moderne à Madagascar », *BAM*, 1, 2006.p. 35.

² RAHARIJAONA Henri, « L'application de la coutume par les juridictions malagasy », *BAM*, 1968.p. 124.

³ THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache moderne, Tome I, Fascicule I : Le nom, l'absence, les actes de l'état civil*, Librairie de Madagascar, 1962.p. 61.

⁴ FOURNIER Pascale, *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident, Les transplantations juridiques et le regard du droit*, Presses de Sciences politiques, 2013, p. 23 : « le choix des textes juridiques par le pouvoir judiciaire ne se fait pas de manière aléatoire, mais idéologique », in WYVEKENS Anne, « Justice familiale et "Diversité culturelle" », Institut des Sciences sociales du Politique, avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2015.p. 9, dit que « Cette juriste canadienne étudie la réception, par les juridictions occidentales, d'une institution du droit musulman et mobilise pour ce faire d'autres langages que le seul langage juridique : philosophie politique, analyse critique, analyse économique du droit ».

⁵ RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », Ministère de la Justice, 1962.n° 5.

généralement suivies et observées, même s'il peut appliquer la loi sans risque, sous réserve des règles déontologiques et éthiques¹.

1) Le rôle du juge dans la construction du droit de rejet

638. Le rôle du juge est crucial dans la construction du droit de rejet, il lui incombe de rendre justice, le cas échéant, de rapprocher à une solution généralisée envisageable et réutilisable à tous les litiges d'espèce. Son rôle procède par l'interprétation des textes sur le rejet et de son application, « distinctes au plan conceptuel, l'interprétation et l'application constituent deux activités en interaction »², l'une influe sur l'autre et inversement. Le rôle du juge se termine par la prise de décision selon les dispositifs de droit qui la justifient pour mettre un terme au conflit : « l'*imperium* ou le pouvoir de mettre fin au litige par une décision qui s'impose »³. Cette décision est construite par la considération des faits et des circonstances, mais surtout par rapport aux règles de droit qui s'appliquent. Cette motivation de la décision du juge doit être corroborée entre la faute commise ou les motifs graves à la violation d'une règle de droit et à l'imputabilité de la responsabilité, sans quoi, le juge de droit considère que le juge de fonds a failli à son appréciation souveraine⁴. La motivation est plus que sollicitée dans le rejet où il est souvent question de qualifier, de quantifier des notions, des faits non pourvus ou non délimités par les textes en vigueur. L'appréciation souveraine du juge des motifs du rejet est devenue l'étape cruciale de la sanction des obligations familiales depuis la nouvelle loi de 1963 : le juge participe activement à la formation du droit sur le rejet, il n'est pas seulement un interprète de la loi, il construit à travers les jugements les contours des motifs du rejet. En effet, si les motifs sont limitativement déterminés par la loi, cette dernière n'a pas apporté une définition de chaque motif du rejet, le juge en appréciera au cas de l'espèce, des circonstances concrètes de chaque cas, de plus, « le juge a le devoir de

¹ IMBIKY Anaclet, *Déontologie et responsabilité des magistrats à Madagascar*, Editions Créons, 2013.

² CÔTÉ Pierre-André, *Interprétation des lois*, Éditions Thémis, 1999, pp. 4-5.

³ ATIAS Christian, *Devenir juriste, Le sens du droit*, LexisNexis SA, 2011, p. 24.

⁴ Cass. Civ. M., du 14/03/2017, n° 168, casse et annule l'arrêt de la C.T du 7 juillet 2014, n° 835 en considérant que : « la Cour d'appel a insuffisamment motivé sa décision et ne permet pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle », de ne pas avoir recherché à établir l'auteur de la responsabilité de la non-cohabitation des époux ; Cass. Civ. M., du 25/10/2011, n° 185, casse et annule l'arrêt de la C.T du 29/09/2008, n° 1471 en considérant que : « la Cour d'appel, qui est souveraine pour apprécier les éléments de preuve qui lui sont soumis, qu'ils ont cependant l'obligation de motiver la faute-cause de divorce ; que les faits retenus à l'encontre de l'époux défendeur doivent retenir la double condition, que le fait invoqué constitue une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage, et que ces faits rendent intolérable le maintien du lien conjugal (art. 66) ».

respecter la coutume [il] a la possibilité d'imposer son droit »¹. Le juge concrétise le droit et « l'exprime aussi, en tant qu'il aide à l'établissement de la jurisprudence »², la solution d'un cas précis pourra être appliquée à un autre cas semblable : enfin, il est de la fonction du juge de garantir les valeurs fondamentales des droits humains reprises par la Constitution.

639. Dans un essai de déterminer un critérium technique des motifs de rejet, il doit être joint l'appréciation de l'intention de nuire de la personne faisant l'objet de la demande d'autorisation de rejet. Le juge ne pourra pas se baser seulement sur des éléments purement positifs du droit, « la majeure », mais devra aller chercher au plus profond de la personne cette volonté « à faire du mal », le cas échéant, d'une négligence absolue, qui a provoqué le fait dommageable, « la mineure ». L'art. 79 de la loi souligne le terme « sciemment », une volonté consciente et expresse de l'auteur de l'acte. Une des problématiques sur l'appréciation des motifs du rejet se trouve dans les conflits des normes, entre la coutume et la loi : le juge dans ses investigations se basera sur les textes de loi, mais encore faudra-t-il considérer chaque justiciable et dans le territoire auquel il appliquera la loi. Il pourra en effet se trouver devant un cas particulier où la loi est inconciliable avec la coutume (nous avons pris l'exemple du rejet de jumeaux ou de jumelles dans la région du Sud-Est malgache) : son rôle est très délicat, sa décision pourrait frôler l'injuste et sa personne traitée de corrompue. C'est un problème d'application égalitaire du droit sur l'ensemble du territoire qui ressurgit et non seulement en matière de rejet. Doit-il alors prendre en considération l'origine tribale de chaque justiciable et adaptera la loi en fonction de la coutume ou doit-il s'arrêter à l'interprétation simple, mais stricte de la loi ? Nous pensons toutefois que, si souveraine soit son appréciation, le juge doit considérer l'opinion publique, un autre élément psychologique et moral, vu et perçu par la société, pas seulement d'une coutume isolée, mais de la coutume généralement suivie. Cette opinion publique est le frein le plus sûr aux pouvoirs d'investigation du juge, pensait M. Planiol,³ qui les juge redoutables aux mains des hommes passionnés, des moralistes rigides, etc., au point de pouvoir faire sombrer la liberté civile. C'est exactement la finalité de notre étude qui forcément en cherchant à objectiver et à cerner

¹ RAZAFINDRATSIMA Fara Aina, DURAND Bernard et RABEARIMANANA Lucile, *Entre droit français et coutumes malgaches* [microfiche], Thèse, Fondation Varenne diffusion LGDJ, 2011.p. 28.

² MARASCO Georges, *Expression et concrétisation du droit*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 9.

³ PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, *Traité élémentaire de droit civil*, [s. n.], 1928. : PLANIOL Marcel, *Traité de droit civil*, t. I, 1923, n° 249, p. 110, in SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.p. 342.

les motifs légitimes à l'opinion publique, miroir de la morale d'un peuple, et au droit positif, aidera le juge à trancher le bien-fondé d'une sanction civile. Le travail du juge ne peut s'arrêter à l'interprétation stricte de la règle, c'est-à-dire d'« établir le sens et la portée de la règle qu'il énonce... [Mais surtout] à tirer, de la survenance de faits concrets, les conséquences prescrites par la règle »¹. Cette dernière activité correspond à appliquer la règle et doit considérer les faits suivant le tri préalable que l'interprétation s'impose au juge. « Le juge chargé d'apprécier le caractère de moralité d'un acte doit puiser les éléments de son appréciation non dans ses inspirations personnelles, mais dans la conscience générale »² même « si ses penchants personnels, ses convictions, sa formation... [mis hors de cause pour] éviter tout arbitraire et pour assurer l'égalité des citoyens devant la loi et la justice »³ : ce qui est évident. Nous pensons que dans un conflit familial, la casuistique doit donner une source d'interprétation juste et équitable dans l'appréciation souveraine du juge, en fait et en droit⁴. Mais la plupart du temps, les objets du conflit ne sont pas explicitement énoncés par la règle ou sont à contenus variables d'où la tâche ardue du juge dans la détermination des motifs graves d'atteinte à l'honneur familial et aux manquements des obligations de respect : deux notions ni définies ni délimitées par le législateur.

640. D'une part, si le juge apprécie souverainement les motifs graves justifiant le rejet du fait du silence de la loi sur les notions et de leurs contenus, d'autre part, il « doit rendre la justice, et la rendre le plus exactement possible, c'est-à-dire qu'il doit apprécier, peser la véracité des preuves qui lui sont soumises »⁵. Il est regrettable que les contenus des motifs du rejet ne soient pas expressément déterminés par la loi, laissant la difficile tâche au juge d'apprécier et d'établir en son âme et conscience un jugement de valeur sur la gravité d'un fait. Certes, il est habitué à ce genre d'exercice, mais l'énumération stricte des causes du rejet

¹ CÔTÉ Pierre-André, *Interprétation des lois*, Éditions Thémis, 1999.p. 10.

² BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des personnes*, t. I, n° 269 bis, p. 236, op. cit., in SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.p. 342.

³ ATIAS Christian, *Devenir juriste, Le sens du droit*, LexisNexis SA, 2011.p. 3.

⁴ SAINT-CYR Albert-Eugène. Opinion contraire de M. Saint-Cyr qui pense que « Dans un groupe social, il arrive parfois qu'il y ait un conflit aigu entre la morale et la sociologie. C'est pourquoi le juge ne doit pas être l'interprète servile de l'opinion publique, sous le prétexte que la réalité sociale doit transparaître dans ses jugements » p. 344.

⁵ LÉVY-BRUHL Henri, *La preuve judiciaire, Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964.p. 52.

aurait facilité son travail et avertit d'une manière explicite les justiciables des sanctions auxquelles ils s'exposent en cas de violation ou de manquement aux obligations familiales.

2) Une ordonnance motivée

641. L'ordonnance du juge qui autorise ou refuse l'enregistrement du rejet doit être motivée (Art. 89, al. 1), la cause est communiquée au ministère public (al. 3) : « la situation du procès projette parfaitement cette structure »¹, en parlant de concevoir le droit, soit à travers la force qui le caractérise, soit à travers la signification qu'il recouvre. La décision du juge met la lumière sur les prétentions des parties qui invoquent la force du droit chacune à son profit : or, dans notre objet, la décision du juge n'est liée à aucun accord ou convention des parties, connaissant des fins heureuses ou malheureuses², elle repose sur les faits et sa conviction.

a. Le jugement attendu est-il en fait ou en équité concernant le rejet ?

642. La distinction technique des points de droit et de fait soulève souvent les débats entre les parties en procès, le juge est censé interpréter et appliquer la règle de droit sur un fait : si aucun problème de droit n'a été soulevé alors la plaidoirie des parties se résume en fait : « le mode fondamental de la compréhension qui s'opère dans tous les processus d'interprétation et, notamment, dans les discours de justification et d'application des normes repose dans le caractère dialogique du langage... [qui] suppose un principe de charité qui lui-même repose dans un principe d'humanité »³. Et le fait n'est pas toujours déterminable en droit, le juge appelle alors à des méthodes extrajuridiques, parfois purement techniques pour essayer d'obtenir plus de précisions ou de confirmations afin de soulever des doutes pour sa décision. Le jugement rendu par décalque d'une expertise est un jugement de fait⁴, p. ex., les techniciens ou experts que le juge pourra faire appel : les psychologues, les travailleurs sociaux, les géomètres, les médecins, etc. La justice contrairement au droit évoque un caractère flexible et non rigide, c'est l'une des caractéristiques de la justice royale malgache

¹ FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien, *Décrire le droit... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, 2017.p. 94.

² P. ex., décision du TGI d'Argentan (ord. jam), 23 juin 1988, validation par le Jaf de la convention trouvée entre les parents pour l'organisation d'un droit de visite et d'hébergement, in TOPOR Lucienne, *La médiation familiale*, Presses Universitaires de France, 1992.p.99.

³ COPPENS Philippe, *Normes et fonction de juger*, Bruylant LGDJ, 1998.p. 185.

⁴ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 22.

où une partie n'a jamais gagné à 100 %¹ dans un procès : « la législation en matière de famille, traditionnellement d'ordre public, a fait une part de plus en plus grande à l'autonomie de la volonté, et aujourd'hui, le juge doit moins souvent dire le droit que rechercher la solution la plus conforme à ce que souhaitent les justiciables »² au risque d'un psittacisme de pensée³ d'une justice corrompue ou de malversation. L'équité dans l'activité juridictionnelle est comprise comme « un droit affranchi de règles... où le juge cherche une solution particulière pour chaque espèce »⁴, nous pensons à une équité recherchée par le juge entre les prétentions des parties, les causes du conflit, la gravité des faits et de ses effets.

643. Le juge au carrefour de la coutume et du droit positif ne doit pas raisonner en fin technicien du droit, mais privilégier cette équité, « ce principe d'humanité » que nous avons soulevé pour ramener la paix au sein des familles et de la société : par ailleurs, des faits reconnus graves ne doivent pas laisser place à l'équité. En effet, l'interprétation de la loi que le juge relatera dans la rhétorique (arguments motivant sa décision) de son application ne peut se résumer au sens du texte, mais doit aller chercher la sémantique de la règle, une « distinction... en mettant en opposition la lettre et l'esprit ou encore le texte et l'intention »⁵ du législateur. Par l'attachement à l'institution du rejet de l'ensemble des coutumes malgaches, le législateur laisse au juge l'appréciation du bien-fondé du motif grave, grief de la demande de rejet. L'équité est exceptionnellement sollicitée en matière d'autorisation du rejet, nous constatons de nos jours le contrôle de proportionnalité dans la justice française, comme dans la justice malgache qui influence la décision du juge en fonction de son appréciation libre des cas d'espèce et non par un refus injustifié des principes syllogistiques. Cette application exceptionnelle de l'équité doit confirmer la règle « de ne point mettre une

¹ RAKOTO Ignace, *Recueil des jugements et arrêts rendus par les tribunaux à Madagascar, 1841-1896*, l'Harmattan Jurid'ika, 2009. « La victoire et la défaite dans un procès semblent toujours assorties de mesures d'accompagnement pour sauvegarder la paix et l'harmonie du groupe », N° 56 Fianarantsoa 7 Adalo 1863 (FF90, 278-V), p. 9.

² MURAT P., *Le pouvoir du juge et la volonté des intéressés en droit de la famille*, thèse, op. cit., in Rubellin-Devichi J., France 1989 : L'enfant d'abord, in SOUS LA DIRECTION DE JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Centre National de la Recherche scientifique, 1991.p. 150.

³ FRIAT Ludovic, « Magistrats judiciaires, enfermés dans leur « tour d'ivoire » ou assignés plus souvent qu'à leur « tour d'y voir » ? », sur *Actu-Juridique.fr/Lextenso* [en ligne], publié le 15 mai 2024.

⁴ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 23.

⁵ CÔTÉ Pierre-André, *Interprétation des lois*, Éditions Thémis, 1999.p. 315.

prétendue équité à la place de la loi écrite, lorsque celle-ci est claire »¹, et que « le devoir du juge est (alors), non de juger la loi, mais de juger conformément à ses dispositions... »² en citant la sentence de Bacon³. Or l'équité que nombre d'auteurs jugent historique (« Hors de l'équité historique, il n'y a qu'incertitude, caprice et arbitraire »⁴ - « l'équité des parlements » de l'ancien régime) et même arbitraire ne peut se dérober de la recherche de la paix familiale⁵. À notre avis, la justice ne doit pas fermer les yeux à la priorité de la paix : finalité de tout le droit de la famille incluant la stabilité des preuves et des relations en matière familiale. À ce titre, le droit de la famille fait l'objet d'appel aux opinions de divers horizons, de spécialistes en matière d'autorité parentale ou de violences intrafamiliales. Il nous semble bien qu'en matière de rejet et par l'interaction entre les droits fondamentaux et le droit commun en matière de violences intrafamiliales ou de motif grave, un détour par la connaissance de la personnalité de l'auteur d'un fait grave ne ferait que faciliter la conviction du juge conformément au principe de priorité de l'action publique.

b. La cause du rejet instruite par le Ministère public

644. L'art. 89, al. 3 de la loi sur le rejet impose au juge de communiquer au ministère public la cause du rejet, instruite en la forme ordinaire et débattue en chambre de conseil. Le rôle du ministère public est aussi important dans la qualification des faits graves, cause déterminante de l'autorisation du rejet. La cause, ainsi retenue par le juge pour motifs graves, doit être contrôlée par le ministère public pour éviter toute décision arbitraire du juge : cette étape de la procédure en vue d'autoriser ou de refuser la déclaration de rejet doit intervenir après l'ordonnance de non-conciliation même si les textes ne la prévoient pas expressément. En droit malgache comme en droit français, le parquet civil a un rôle très important en matière d'état civil, dans la construction de l'identité d'une personne, tout ce qui rattache cette personne à sa famille et particulièrement de l'ordre public qui demeure sous-jacent de l'action

¹ GAUTIER Pierre-Yves, *Du nouveau gouvernement des juges*, in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 61.

² DUPIN A.-M, *Notions élémentaires sur la justice, le droit et les lois*, Baudouin, 1827, p. 163, 231-232, in *Ibid*.

³ « *Optima est lex quae minimum relinquit arbitrio judicis, optimus judex qui minimis sibi* » : « la meilleure loi est celle qui laisse le moins de place à l'arbitraire du juge, le meilleur juge est celui qui s'en permet le moins ».

⁴ KLIMRATH Henri, *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil*, Faculté de Strasbourg : Imprimerie F-G. Levrault, 1833.

⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 21 novembre 2018, D. 2019.64, Chron. L. Mauger-Vielpau, obs. et 207 : le délai de prescription énoncée par l'art.312 du CCF a été censuré dans un dossier de filiation où l'intéressé avait attendu 29 ans après sa majorité pour détruire l'une et obtenir l'autre.

du ministère public¹. Sur signalement des officiers de l'état civil, ou à la demande d'un citoyen, il peut contrôler la loi qui détermine les droits qui lui sont attribués (filiation, mariage, nom et prénom, nationalité, etc.). P. ex., il peut vérifier l'absence de consentement dans un mariage : dans ce cas, son rôle n'est pas d'établir l'absence d'amour ou de sentiment entre les époux ou les futurs époux, mais de voir si les consentements sont viciés². Il pourrait s'agir en effet d'un mariage blanc où le versement d'une somme d'argent confirme la subordination du consentement. Son rôle est très important dans ce sens, car la finalité du rejet pourrait masquer d'autres motifs que les griefs avancés par la partie demanderesse. Il pourrait alors faire sa réquisition d'opposition à la demande si celle-ci est dénuée d'un intérêt légitime pour le demandeur et de la famille, pour la paix familiale et sociale. Comme en matière de violences conjugales, le Ministère public ainsi que les parties sont entendus par le juge des affaires familiales. Le juge peut ordonner des mesures de protection, sur réquisition du ministère public, et s'il « existe des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violences alléguées et le danger auquel la victime est exposée » (art. 515-9 et s. CCF).

3) La solution du dilemme en droit comparé

a. Exemples de solution de la justice française

645. En se basant sur la théorie de la cause, particulièrement de l'immoralité dans un contrat de courtage matrimonial, si le courtier avait apporté des soins et des prestations nécessaires à l'exécution de son obligation et que son client a effectivement payé les frais de sa prestation. Si pour un motif quelconque, l'affaire est portée devant la justice, la convention doit être déclarée nulle et de nul effet pour cause immorale, mais comment faire revenir les parties à leur situation initiale ? La solution³ de la justice française doit annuler le contrat, la cause efficiente, en premier lieu puis de débouter la personne qui réclamerait la répétition du prix de la prestation et de faire payer la prestation à celle qui ne l'a pas payé au profit de l'État : voire des peines d'amende pour celle qui a déjà empoché le prix, tandis que le

¹ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 338.

² Pour un enjeu migratoire : « Ils vont au bled pendant l'été, si j'ai compris, c'est une recherche de conjoint. [...] Pour eux il n'y a pas forcément le sentiment amoureux, *mais ce n'est pas de ça dont nous sommes juges*. [...] Même si au niveau de la culture ça peut heurter, juridiquement ça ne démontre rien. [...] Même s'il n'y a pas de sentiments, *on n'est pas juge de tout ça*, il y a une intention matrimoniale », parquet civil, SE, in WYVEKENS Anne, « Justice familiale et "Diversité culturelle" », Institut des Sciences sociales du Politique, avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2015.p. 90.

³ RAYNAL Jean, *Etude sur les Conventions immorales*, Thèse, Paris, 1900.pp. 138-168.

prestataire de service perdra tout simplement le bénéfice de son travail ; c'est la règle d'équité qui s'impose dans ce cas pour équilibrer non seulement les pertes, mais par rapport à la violation de la loi. Cette solution ne semble pas s'opposer, ou du moins en partie à l'œuvre prétorienne en matière familiale, tantôt la loi s'impose, tantôt l'équité semble la plus adéquate. Au contraire, dans une enquête menée sur les particularités culturelles où la justice peut être confrontée, les avis sont partagés : « non » catégorique¹ sur les particularités (contrairement à sa collègue²). Si la demande ne peut être particulière, la décision ne pourra être d'une solution générale applicable à toutes les demandes, l'application de la loi ne peut considérer les diversités culturelles, cependant le juge peut très bien apprécier au cas par cas les circonstances concrètes des litiges et des demandes. L'équité en matière juridictionnelle est différente des acceptions philosophiques de la recherche d'équilibre entre les droits individuels à travers le droit naturel ou universel. Les décisions de justice confirment tantôt le jugement rendu en fait, tantôt le jugement rendu en équité. Il faut en déduire que selon la gravité des motifs, le juge applique strictement les règles de droit sur un fait, jugement de fait : parfois en étant humain et sensible à sa cause il rend un jugement d'équité. D'où les questions pertinentes sur la puissance contemporaine du juge : « l'indépendance du juge et sa compétence technique lui permettent-elles de juger l'expression de la volonté nationale ? Si le juge s'assure que le législateur n'excède pas ses pouvoirs, qui pourra s'assurer que le juge ne tombe pas dans les mêmes abus ? »³. Le vrai risque du jugement d'équité n'est autre que la confusion des pouvoirs du juge qui ne s'arrêtent plus à juger, mais empiètent aussi ceux du législateur.

b. Exemple de solution de la justice camerounaise

646. Nous reprenons dans l'ordre juridique du Cameroun déjà soulevé qui connaît la coutume et l'équité comme source d'inspiration forte du juge quant à sa prise de décision.

¹ (JAF 2, SE) : « Je ne vois pas de particularités. Dans notre contentieux, les demandes sont identiques. Il n'y a pas de demande qui soit particulière aux populations d'origine maghrébine, ou malgache ou africaine. En effet, les demandes sont centrées... sur la contribution alimentaire ou la résidence », in WYVEKENS Anne. p. 11.

² (JAF 1, SE) : « évoquant la communauté immigrée, d'origine essentiellement marocaine dans cette juridiction « ... la notion de diversité culturelle renvoie à des rapports familiaux marqués par la domination de l'homme sur la femme « ... ils sont mariés depuis six mois... ils vont divorcer, sans qu'elle, apparemment ne sache pourquoi, et lui ne voulant pas s'expliquer. Voilà, c'est fini, c'est quasiment une répudiation, in *Ibid.* p. 11. (JAF 1, SE).

³ DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2021. 5^e éd., 2019, n° 215, op. cit., in GAUTIER Pierre-Yves, *Du nouveau gouvernement des juges*, in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 61.

Dans une affaire de divorce¹ introduite par l'épouse américaine d'un Camerounais dont le mariage a été célébré en Amérique et que la famille décidait de retourner au Cameroun, pays du mari, le juge O.M. Inglis cita la loi applicable de la section 15 de la loi de 1955 sur la Haute Cour du Cameroun du Sud : « La juridiction de la Haute Cour quant aux contentieux en matière successorale, de divorce et d'affaires matrimoniales peut, selon les dispositions de cette loi et en particulier celles de la section 27² et selon les règles de la Cour, être exercée par la Cour en conformité avec la loi et les pratiques en vigueur en Angleterre ». Mais le juge refusa d'appliquer « la loi et les pratiques en vigueur en Angleterre »³ et fonda son jugement sur la différence évidente des caractères socio-économiques du Cameroun et de ceux de l'Angleterre pour justifier « sa décision d'appliquer les règles du droit coutumier à des parties qui étaient mariées sous la loi anglaise »⁴. Notre critique porte essentiellement sur les dispositions de la section 27 sur la loi naturelle de l'équité et de la bonne conscience qui délimitent l'option de la Haute Cour pour prendre en compte chaque loi d'origine et chaque coutume. Or si l'affaire a été traitée par la Haute Cour du Cameroun du Sud, territorialement compétente sur le bien immobilier des époux, le droit coutumier appliqué de la section 27 était celui de l'ouest. Le juge avait donc nié la considération des lois applicables sur le mariage de la common law, en même temps que le droit coutumier territorialement applicable en allant chercher un droit coutumier d'origine du mari. Sa décision repoussait en effet la demande de l'épouse sur le partage des biens (financiers et de propriété) du couple, en avançant que l'épouse ne peut être prioritaire. La loi naturelle de l'équité et de la bonne conscience eut été interprétée par le juge comme celles de la loi d'origine et de la coutume du mari et non la loi naturelle de l'équité et de la bonne conscience que nous pensons être ajustées dans ce cas concret : une autre interprétation de la notion d'équité qui ne se base pas sur l'équilibre plus ou moins acceptable de la solution apportée au conflit et aux prétentions et des motifs avancés par les parties. Bref, la loi naturelle de l'équité et de la bonne conscience

¹ Jugement inédit du 10 janvier 1989. Suit n° HCB/97 Mc/86.

² La section 27 décide que : La Haute Cour peut respecter et mettre en vigueur chaque loi d'origine et chaque coutume qui n'est pas répugnante au regard de la loi naturelle de l'équité et de la bonne conscience, ou qui n'est pas incompatible soit directement soit implicitement avec une loi actuellement en vigueur et rien dans cette loi peut priver une personne des bénéfices qu'elle tire d'une telle loi d'origine ou d'une coutume.

³ SOUS LA DIRECTION DE JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Centre National de la Recherche scientifique, 1991.p. 81.

⁴ *Idem*. P.81.

du pays considère que donner la possibilité à une femme d'être prioritaire ne serait pas être équitable et contre la bonne conscience pour et envers l'homme.

647. Si telle situation pouvait dans un autre domaine se justifier en droit malgache de telle sorte que la coutume prime à la loi, la solution de considération stricte et équitable de l'exemple camerounais nous semble exagérée quant à la considération de l'équité par la justice malgache penchant plutôt du côté de l'équité de la juridiction royale anglaise et du contrôle de proportionnalité de la Cour de cassation française. Le jugement d'équité rendu en matière de rejet doit prendre en considération les contextes particuliers que présente chaque cas, mais non la diversité culturelle qui appelle à un « communautarisme judiciaire » (dans le sens de la prise en compte de l'origine, ou de la culture, et encore moins de la religion : de tout ce qui est sujet à une persécution de droit, et de la laïcité¹). Il ne pourra pas prétendre à devenir une règle générale² certes, mais une solution apportée à l'espèce qui servira de miroir à d'autres cas semblables ou la règle de droit laisse autant de marges d'appréciation au juge. Depuis la loi nouvelle sur le rejet, à travers les enregistrements des actes de rejet et de leurs transcriptions en marge des actes de naissance, le motif du rejet ne figure plus dans les registres des actes de rejet, la discrétion sur la faute constitutive de rejet semble provenir de celle des règles sur la transcription du dispositif du divorce (selon les dispositions de l'art. 248-1 du CCF et de l'art. 1128 du CPCF, art. 70-73 loi n° 2007-22 malgache) : l'acte de rejet ne contient que les informations personnelles du rejetant et du rejeté : séparés par le verbe conjugué « a rejeté », suivant autorisation de rejet par la décision du tribunal.

III. Inversement de la charge de preuve par l'effet de la nouvelle loi

648. L'appréciation souveraine du juge est plus que sollicitée dans les affaires familiales et plus particulièrement dans l'autorisation de la rupture du lien de filiation, nous estimons : « la chose paraît logique, car la possibilité de juger suivant l'intime conviction implique celle d'apprécier librement la valeur des preuves »³. La recherche de raisons suffisantes et graves n'est pas des plus aisées et nécessite parfois l'appel à d'autres disciplines que le droit. En droit malgache comme en droit français, la confirmation de l'existence d'un fait se constate au moyen d'une preuve, il en découle de ce principe que les prétentions des parties doivent être

¹ Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967.

² CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004, p. 23.

³ LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 308.

justifiées par l'existence des normes juridiques et les preuves de l'existence d'un fait. Sauf si les faits reprochés ont été déjà reconnus et sanctionnés par une juridiction pénale, le juge civil devrait rendre une décision conforme à celle du juge pénal.

A. De la charge de preuve contre les allégations du rejetant

649. La nouvelle loi sur le rejet va à l'encontre des résultats de l'enquête sur la coutume et les avis de la population dans les conditions et les effets du rejet, il en est par exemple des effets du rejet extensible aux descendants du rejetant ou encore l'exclusion du droit d'opposition du rejeté¹. La Commission de rédaction du Code civil retenait le rejet d'enfant majeur et prévoyait la procédure judiciaire pour l'autorisation d'enregistrement du rejet qui confirme le droit d'opposition dans une procédure judiciaire contradictoire. Le changement opéré par la loi porte essentiellement à l'action, dorénavant c'est au rejetant de faire la demande de rejet en apportant les preuves de violation, de manquement de respect ou aux obligations familiales nées du lien de filiation alors que pour le droit d'opposition il revenait au pressenti rejeté d'apporter les preuves de son innocence ou de sa bonne foi devant la justice. « Qui ne dit mot consent »², l'adage ne vaut que pour un consentement tacite : en principe, le silence ne vaut acceptation : la justice malgache ne semble pas suivre ce principe si la personne du rejeté, assignée et prévenue conformément aux conditions procédurales, ne se présente pas à son procès³. En effet, faute d'avoir contesté les griefs qui lui sont reprochés par le rejetant, le défendeur est présumé accepter les charges contre lui et par conséquent le juge se trouvait dans l'impossibilité de vérifier les éléments des preuves avancées et de confronter les preuves à charge et à décharge. Même si le juge n'était pas convaincu de la gravité des faits, cause du rejet, son pouvoir « de se déterminer aussi librement, sur les éléments de preuve qui lui sont soumis »⁴ ne fut pas aussi étendu, il accueillait la demande.

¹ Respectivement 88 réponses favorables à l'extension du rejet aux descendants du rejeté contre 25 ; 42 réponses favorables au droit d'opposition contre 56 réponses défavorables : MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, Président de la commission de rédaction du code civil, 1964, pp. 74-75.

² Cour de Cass. M. du 4 Juin 2009, a affirmé que le silence vaut consentement sur le prix d'un contrat, dès lors que des circonstances particulières permettent de déduire un accord tacite de cette partie n'ayant pas contesté le contrat en cause. (Le contrat qu'est de dix ans n'a pas été contesté par le repreneur que près d'un an après, pour renégocier les prestations fournies par l'ancien contractant).

³ TPI d'Antananarivo, du 13 août 1982, n° 2615 ; C.T du 16 juin 1958, n° 230 ; Tribunal du droit local du 1er degré de Tananarive du 23 novembre 1957, n° 508.

⁴ VIAL Géraldine, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Grenoble II, 2006, p. 507.

B. À l'exigence de preuve de ses allégations par le rejetant

650. La procédure du rejet nécessite l'autorisation expresse du juge pour que l'acte puisse être enregistré, mais il ne s'agit pas de déposer une simple requête, il faut également avancer les griefs et la preuve des motifs de rejet. La preuve est définie « comme un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain ce qui implique l'existence d'un doute »¹ : il paraît inutile de prouver une évidence dans un homicide commis en flagrant délit, car ce dernier enlève des doutes sur l'auteur de l'acte et de l'existence d'un fait répréhensible. En dehors de tout fait évident, il revient aux parties d'apporter les preuves pour convaincre : la décision du juge repose sur sa conviction de la véracité des faits, substrat de la motivation de rendre « la justice [qu'est] conçue comme un système organisé pour donner à chacun son dû (*suum cuique tribuere*), et le système des preuves, est construit en vue de cette fin ».

1) Le rejetant doit prouver ses allégations devant le tribunal

651. Nous avons étalé succinctement les moyens de preuve en droit extrapatrimonial de la famille : il n'est pas superflu de spécifier que le rejet ne peut intéresser que l'enfant légitime, naturel, ou adoptif dont un lien de parenté est légalement établi. Le cas d'un enfant adultérin ou incestueux, que la loi interdit la reconnaissance, mais qu'une situation de fait par la conduite du père présumé envers l'enfant permet de dire que ce dernier a été traité et considéré par le père comme son propre enfant n'est pas moins une source de problématique : alors qu'en droit malgache, la mère ne peut décliner sa maternité puisqu'elle découle du simple fait d'accouchement. Au-delà de l'établissement et des preuves de la filiation que l'on exige d'après le code de procédure civile, il faut rajouter la preuve de la faute grave. Dans la sphère des secrets et de l'intimité de la vie familiale, le juge est souvent confronté à l'absence de preuve. À cela s'ajoute l'absence de définition juridique du motif grave où tantôt un fait est jugé grave tantôt jugé moins : en effet, s'il est ressenti grave par le demandeur, en face, il peut être insignifiant. La personne qui demande une autorisation d'enregistrement du rejet d'enfant doit prouver que les faits qu'elle évoque sont suffisamment graves. La demande d'autorisation de rejet suit les règles de procédure en matière de droit commun et du principe : « la preuve incombe à celui qui s'en prévaut », *actori incumbit probatio*, il revient à chaque partie de rapporter les preuves nécessaires à la réussite de sa prétention. Dans le CPCM², elle est prévue par l'art. 9 : il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits

¹ LÉVY-BRUHL Henri, *La preuve judiciaire, Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964.p. 15.

² Loi n° 2001-022 du 9 avril 2003 portant modification du code de procédure civile malgache.

nécessaires au succès de sa prétention qui équivaut curieusement à l'ordre numérolgique de l'art 9 du CPCF. Les règles procédurales sont quasi identiques¹ en droit malgache et français : dans les cas où la loi l'autorise, la preuve par tout moyen correspond à la preuve écrite ou littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu et le serment. Considérant les principes directeurs d'instance, le rejetant doit introduire l'action et soutenir ses allégations, « choisir les faits... qu' [il] estime utile de soumettre au juge dans le cadre du procès qu' [il] a intenté »². Et selon le principe de la contradiction des preuves, il revient au défendeur la charge d'apporter la preuve contraire pour soutenir également ses allégations. La preuve juridique, judiciaire ou extrajudiciaire trouve de nombreuses définitions : « la preuve implique une recherche de la vérité, ou plus exactement, dans le domaine judiciaire, elle tend à démontrer l'existence d'un acte ou d'un fait contesté pour en tirer des conséquences juridiques »³ ; « la preuve, c'est l'effort à accomplir, une fois l'instance engagée, pour obtenir la confirmation judiciaire d'une allégation relative à un point de fait »⁴. Le fait constitutif d'atteinte grave au respect des parents et à l'honneur familial doit être incontestable : « prouver, c'est faire connaître en justice la vérité d'une allégation par laquelle on affirme un fait d'où découlent des conséquences juridiques »⁵ ; « prouver, c'est faire approuver »⁶.

652. Notre objet consiste à démontrer un fait juridique, une faute, un motif grave, la preuve des faits juridiques peut se faire par témoignage ou présomption⁷ (de l'homme)⁸, ils sont parfois difficiles à prouver par écrit du fait de leur spontanéité et de leur imprévision. Devant la multitude des modes de preuve qui peut être présentée devant le juge, et dans la mesure où

¹ Les articles 6 et 7, al. 1 du CPCF prévoient : « À l'appui de leurs prétentions, les parties ont la « charge » d'alléguer les faits propres à les fonder » et que : « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat », mais parmi les éléments du débat, il peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions (art. 7, al. 2) : les articles 6, 7, 8 du CPCF utilisent exactement les mêmes termes.

² HERON Jacques et LE BARS Thierry, *Droit judiciaire privé*, Monchrestien, 2006.p. 203.

³ PERROT R., Cours de droit civil français de Beudant et Lerebours-Pigeonnière, t. IX, 2^e éd., p.205.

⁴ PACTET Pierre, *Éssai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative* [microfiche], Paris, 1950. p. 4.

⁵ COLIN A. et CAPITANT H., Cours élémentaire de droit civil français, 10^e éd. Par J. de la Morandière, n° 718.

⁶ LEVY-BRUHL H., La preuve judiciaire, Etude sociologie juridique, Paris, éd. Marcel Rivière, 1964, p. 22.

⁷ La présomption est un procédé technique destiné à faciliter la preuve d'un fait inconnu (art.1354 et 1382 du CCF).

⁸ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 342.

la loi ne prévoit pas l'exclusion d'un mode de preuve, le juge garde son appréciation libre des preuves des faits qui lui sont soumises. Par ailleurs, « les relations familiales sont... bien plus complexes que les relations contractuelles »¹ où l'inexécution d'une clause entraînant un dommage permet d'établir un lien de causalité entre le dommage et la faute et d'engager la responsabilité de la partie défaillante. La procédure du rejet doit respecter les principes de la contradiction et des droits de la défense : la preuve de la faute grave ou de l'intention de nuire doit être démontrée. La justice appréciera souverainement la preuve des allégations du rejetant en déclarant fondées², irréfutables, indéniable³ et accueillir la demande de rejet : dans le cas contraire, déboute le requérant pour manque de preuve⁴ ou pour simples allégations⁵.

2) La preuve du contraire revient à la défense

653. La jurisprudence française⁶ a reconnu le principe de la contradiction dès le début du 19^e siècle, il est également possible d'invoquer des décisions de la justice française avant 1960 devant la juridiction judiciaire malgache. L'existence du droit d'opposition dans la procédure d'enregistrement du rejet et de la présence obligatoire du rejeté dans les anciennes lois confirment le même principe en droit malgache qui reprend intégralement les règles imposées par les articles 14 à 17 du CPCF (art. 14 à 17 du CPCM) : il eut été déjà un principe à l'époque primitive et continuera à l'être, comme dit M. Motulsky, « il relevait du droit naturel »⁷. D'abord, le principe de la contradiction, un « principe général du droit »⁸, devant la justice se constate par la présence des deux parties en conflit, après l'assignation du défendeur par une demande en action devant le tribunal (art. 14 du CPCF, art. 14 du CPCM). Puis, du principe qui permettra au défendeur de s'exprimer et de soutenir ses allégations par la preuve des faits contraires, le demandeur doit transmettre à celui-ci les éléments de ses allégations

¹ VIAL Géraldine, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Grenoble II, 2006.p. 1.

² TPI de Tananarive, du 13 août 1982, n° 2615, jugement autorisant le rejet.

³ TPI de Tamatave, du 16 octobre 2013, n° 940, jugement autorisant le rejet.

⁴ TPI de Tamatave, du 8 avril 2015, n° 206 –bis, « ses allégations ne sont pas corroborées par aucune preuve ».

⁵ TPI de Tamatave, du 19 février 2020, n° 106, jugement refusant l'autorisation de rejet : « que les simples allégations des requérants ne sont pas de nature à établir et prouver les manquements reprochés à la requise ».

⁶ Cass. Civ., 7 mai 1828, Sirey 1828, I, 93.

⁷ MOTULSKY H., *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle* : « le respect des droits de la défense en procédure civile », *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, Paris, 1961, tome 2, p. 175, op. cit., in HERON Jacques et LE BARS Thierry, *Droit judiciaire privé*, Monchrestien, 2006.p. 221.

⁸ Consacré par le Conseil Constitutionnel, 13 novembre 1985, JORF du 20 novembre 1985, p. 13457. Conformément à l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme par la CEDH, 20 février 1996, Vermeulen c/ Belgique, RTD.Civ. 1997, p. 992, obs. RR. Perrot.

pour soutenir sa prétention (art. 15 du CPCF et du CPCM). Le principe de droit du contradictoire ne se manifeste mieux que dans un procès permettant au défendeur, en sa présence, de contredire les faits qui lui sont reprochés afin de faire débouter le demandeur de ses prétentions en apportant toutes les preuves du contraire aux allégations de ce dernier. Et nous pouvons supposer que « si une seule partie (le demandeur) réclame la modification du *statu quo*, elle sera déboutée faute de preuve, même si son adversaire n'a pu établir ses propres allégations »¹. Le demandeur doit prouver ses allégations dans notre objet, c'est lui qui réclame le changement de la situation actuelle des choses pour le « *statu quo ante* » (compris comme la situation acquise, normale ou apparente) avant les faits reprochés. Concrètement, si le demandeur allègue un fait qui pour lui constitue un manquement grave au respect et à l'honneur familial pour demander le rejet, il doit prouver que de tels faits se sont réellement passés et conséquemment lui a porté des préjudices. La première preuve consiste sur l'acte dommageable ou la violation d'une règle légale, la deuxième n'est autre que la preuve des préjudices qu'il a subis. Le fait pour le défendeur de ne pas contester les faits signifie pour la justice qu'il ne pourra pas apporter la preuve du contraire ou parce qu'il acquiesce implicitement les faits qui lui sont reprochés : « le défendeur n'a pas contesté la réalité des allégations avancées par son père ; qu'il s'en rapporte à la sagesse de la justice »². De plus, si des preuves du contraire peuvent être apportées par le défendeur, la corroboration de présomptions irréfragables les relègue en second plan³. Enfin, « aucune logique n'impose de faire perdre le demandeur, lorsque le fait à prouver est venu à la connaissance de son adversaire, et que celui-ci est mieux placé pour en fournir la preuve »⁴, aussi quand « la preuve ne peut souvent, en raison de leur ancienneté même, être fournie rigoureusement par celui auquel ils ont été transmis »⁵. En cas de doute⁶, il convient de maintenir le *statu quo non* parce qu'on le présume régulier, mais parce qu'il existe et qu'il ne convient pas de troubler la paix sociale en changeant l'état existant, s'il n'est pas établi qu'il doive être changé.

¹ DEVEZE Jean, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Université de Toulouse, 1980.p. 520.

² TPI de Tamatave, du 18 mai 1994, n° 231, jugement autorisant le rejet.

³ TPI de Tamatave, du 27 mai 1992, n° 280, jugement autorisant le rejet.

⁴ BENTHAM Jeremy et DUMONT Étienne, *Traité des preuves judiciaires*, Édition Bossange, 1830. p. 173.

⁵ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIX 1879, n° 187

⁶ CHEVALLIER J., *La charge de la preuve*, Cours de droit, 1958, p. 198, op. cit, in DEVEZE Jean, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Université de Toulouse, 1980.p. 526.

TITRE II ANALYSE COMPARATIVE DU REJET

CHAPITRE I. Le rejet : sanction civile des obligations familiales

654. Les liens de famille créent entre certains parents une obligation réciproque¹ : le droit de rejet protège le respect et l'honneur familiaux, une sanction civile. Les notions d'honneur et de respect s'entremêlent naturellement et juridiquement : par ailleurs, la jurisprudence² malgache, en autorisant le rejet motive leur décision en constatant conjointement l'atteinte à l'honneur familial et le manquement grave aux devoirs de secours, d'assistance et de respect au rejetant ou à la famille, de l'art. 80 de la loi de 1963. En effet, tout ce qui touche l'honneur peut atteindre le respect et vice versa : p. ex., l'adultère qui est une faute civile, dépénalisée depuis 1975 en France, cause du divorce (avec l'appréciation par le juge des conditions générales et de la gravité de la faute), touche l'honneur³ du mari (et de la famille) trompé par sa femme qui manquait à son devoir de fidélité que nous considérons comme un manquement au devoir de respect mutuel entre les époux tout comme la condamnation à une peine afflictive et infamante, les excès et sévices, ainsi que les injures graves⁴.

SECTION A. Sanction de l'atteinte à l'honneur familial

655. « Qui a perdu l'honneur n'a plus rien à perdre » avançait Publius Syrus de Rome, alors que d'Alembert dans l'Encyclopédie le définit : « dans l'homme du peuple, l'honneur est l'estime qu'il a pour lui-même, et son droit à celle du public, en conséquence de son exactitude à observer certaines lois établies par les préjugés et la coutume »⁵. L'honneur⁶ se

¹ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p.585.

² TPI de Tamatave, du 18 mai 1994 n° 231 ; du 27 mai 1992 n° 280 ; du 16 octobre 2013 n° 940.

³ TGI Dunkerque du 25 juin 1980, Gaz Pal. 1980, II, somm. 484 : condamnait le complice de l'adultère et accordait un franc symbolique à l'époux blessé dans son honneur.

⁴ PASCANU Philippe, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Thèse, Faculté de droit Paris, 1937.p. 57.

⁵ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017., p. 249.

⁶ Du latin *honor*, 1° (pour une personne que distinguent sa fonction ou des mérites particuliers) : Marque exceptionnelle de considération, égard dû à son rang, témoignage d'estime, hommage rendu à sa valeur (le devoir et l'action d'honorer entrent dans une relation unilatérale d'autorité, de hiérarchie (art.371, CCF) ; Adage *Ubi honor ibi onus ; ubi onus ibi honor* (là où est l'honneur, là une obligation) ; 2° (pour toute personne) : sa dignité, élément de son patrimoine moral qu'il est dans son droit de faire respecter de chacun (à charge de réciprocité) et dans son devoir de s'y conformer (devoir juridique, parole d'honneur, dette d'honneur...). V.

construit et s'obtient par soi-même avant de conquérir son appréciation par ses proches, par la communauté et la société où l'on vit, et ceci en conformité avec les lois et les coutumes en vigueur. Une personne n'aura d'honneur personnel que si elle se conforme aux lois de l'honneur acquises par son entourage¹ : « l'honneur est un bien extrêmement vulnérable. On ne peut ni l'enfermer dans un coffre-fort ni contracter une assurance à son sujet »². Cette vulnérabilité s'expose au contact d'autrui, de la société où nos semblables exposent aussi leurs honneurs dans un monde libre d'appréciation et de paroles et l'on considère qu'« une chose devient un bien lorsqu'elle est utile économiquement, spirituellement ou moralement à l'Homme ou à la Société »³.

I. L'honneur familial

A. L'honneur et le droit

656. « Toute la liberté de l'homme est dans l'honneur, c'est l'honneur qui nous fait libres »⁴, cette citation renforce le sentiment de l'honneur vu et perçu par l'individu dans son comportement et dans ses gestes dans une communauté. La liberté signifie tout mouvement, tout comportement, toute entreprise, autorisés par l'entourage et par les autorités qui en assument le contrôle. Si la liberté est considérée comme un droit fondamental d'un individu, elle puise sa source dans l'honneur effectivement : à l'inverse si l'honneur est entaché, la liberté de mouvement, d'expression, d'entreprendre est restreinte par le déshonneur, par la méfiance des personnes qui nous entourent, mais aussi des autorités publiques. L'existence du droit à l'honneur eut été également démontrée par la « théorie de l'honneur effectif » et de la « théorie normative », théories développées par les auteurs allemands et suisses : la première postulait au départ l'« honneur interne » (identifié à travers le sentiment de l'honneur :

Injure, diffamation, chantage, réparation d'honneur, réputation, dommage moral, gentlemen's agreement, respect, bonne foi, loyauté, fidélité, capitulation, offense, duel. ; 3° (plus objectivement) Règle transcendante de conduite, norme morale de comportement, valeur idéale à laquelle se réfère un groupe (honneur d'un peuple, honneur d'une profession) comme à la synthèse et au creuset de ses vertus essentielles (loyauté, courage...) pour en faire une devise, in CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022.p. 508.

¹ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René.p.249.

² STEULLET Alain, *La victime de l'atteinte à l'honneur, Étude de droit pénal et de procédure pénale suisses*, Éditions Ides et Calendes, 1983.p. 19.

³ EL SHAKANKIRI Mohammed, « La notion du “Bien” dans la philosophie musulmane », *Archives, Philosophie du droit*, 1979. pp. 67-85.

⁴ BERNANOS Georges, *Le chemin de la Croix-des-Ames*, Paris, 1948, p. 142., op.cit., in BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, Paris, 1995.p. 3.

jugement que l'individu porte sur sa propre valeur), seule valeur intrinsèque de l'individu. Mais il a laissé la place à l'« honneur au sens juridique, l'honneur externe, est tout d'abord un fait¹ : une appréciation, une représentation, une opinion »², ayant une valeur sujette à fluctuation ; « l'honneur de l'homme est l'image de sa personnalité aux yeux d'autrui »³. La théorie normativiste considère l'honneur comme « une valeur profonde, inhérente à son titulaire, abstraite et, surtout, un concept unique⁴ » et qui se fonde sur la *dignité humaine*⁵.

B. L'honneur en droit comparé

1) En droit français

657. L'honneur est un des deux devoirs prescrits par l'art. 371 du CCF, la positivité du droit et du devoir de l'honneur ne fait plus de doute depuis l'avènement du code de 1804 : la protection des droits des personnes ne faisait que le renforcer à travers ce qu'on appelle « les droits positifs » indépendamment des « droits négatifs » ; les premiers étant les droits qui se voient attribués ou explicités dans des textes ou droits spéciaux. P. ex., la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse dans son art. 29, al. 1 prévoit que : « l'honneur est un bien qui consiste pour un citoyen à n'avoir rien à se reprocher qui soit contraire à la morale... La considération [de l'honneur] c'est l'idée que les autres se font d'une personne ». « Par métonymie, le terme d'honneur, et déjà en latin celui d'*honos* ou d'*honor*⁶, a pris le sens de la qualité qui vaut la reconnaissance ou la récompense, finalement la *virtus* elle-même, ce qui rend *honestus* (honnête) puis celui de l'opinion que la société en a »⁷. En droit français, les dispositions extrapatrimoniales de la volonté du défunt touchent également l'honneur de la famille et sont réprimées parfois par des sanctions pénales, il en est ainsi de l'ordonnancement

¹ VON LISZT Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin et Leipzig, de Gruyter, 22^e éd., 1919, p. 323, op. cit., in STEULLET Alain.

² *Ibid.* p. 25.

³ BRÜGGER Andreas, *Der Schutz der Ehre*, thèse, Fribourg, 1928, p. 7.

⁴ STRATENWERTH Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, Berne, Stämpfli, 1982, p. 109 ; FREI Lionel, *Der Entlastungsbeweis nach Art 173 Ziff. 2 und 3 St GB und sein Verhältnis zu den Rechtfertigungsgründen*, thèse, Berne, Stämpfli, 1976, p.19, in STEULLET Alain. p. 26.

⁵ HIRSCH Hans Joachim, *Ehre und Beleidigung, Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes*, Karlsruhe, 1967, p. 50 ; FREI Lionel, p. 20, in *Ibid.* p. 34.

⁶ Définition du terme *honos*, « Récompense, prix, reconnaissance de la vertu déferée à quelqu'un par le jugement des citoyens, devenu plus tard *honor* (proposée par Cicéron dans le Brutus (81.181.) »... « L'*honos* peut avoir des formes très diverses, être décerné à une divinité ou à un homme, à un vivant ou à un mort ».

⁷ FOYER Jean, Membre de l'Institut, Professeur émérite à l'Université de Paris II, Ancien Garde des Sceaux, préface, in BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, Paris, 1995.p. 5.

de ses funérailles fait par le défunt (à respecter sous peine d'amende et d'emprisonnement, art. 433-21-1 du CPF) : le défunt peut également désigner le dépositaire des souvenirs de famille ou de régler la sépulture familiale en listant les personnes y avoir accès. La transgression des règles testamentaires pouvant ainsi constituer des atteintes au respect et à l'honneur du défunt et de la famille. D'ailleurs, la jurisprudence reconnaît que, « quelle que soit la personne, des renseignements relatifs à ses ascendants, conjoints et descendants, relèvent, en tout état de cause, de sa vie privée »¹. L'honneur a donc une signification ambivalente et complémentaire, MM. Beignier et Binet parlent d'abord de son honneur, patrimoine moral, personnel et individuel puis l'existence d'un « Code de l'honneur », normatif et collectif, qu'il s'agit de « respecter ». Cette dernière considération peut s'agir entre autres d'un comportement idéal que l'on a vu plus haut : diplôme d'honneur, médaille d'honneur, Légion d'honneur, etc. Même si la reconnaissance de l'honneur ne se concrétise pas forcément à l'attribution symbolique de ces distinctions honorifiques, toute personne doit détenir son honneur « neutre » qui lui est imputé par son appartenance à un groupe social, à une communauté, à une société, à une nation. Ainsi, jusqu'à ce qu'il soit terni d'une mauvaise image, d'un acte indigne, d'une sanction pénale infamante, il est reconnu par des regards externes comme étant respectable et valorisant. Il importe de préciser la notion de la « déclaration sur l'honneur » qui n'est autre que l'affirmation de l'exactitude d'une information, d'une situation patrimoniale et/ou extrapatrimoniale, des conditions de vie ou d'identité, des revenus, des ressources : elle est différente d'un aveu dans le sens où elle n'aurait pas forcément une conséquence défavorable à son auteur, elle s'apparente plutôt à un serment². Cela dit, la déclaration sur l'honneur ne rentre pas dans notre objet, car il ne peut atteindre que son auteur en cas de fausse déclaration et dans la limite où elle ne touche pas la réputation d'autrui. « *Juris praecepta sunt haec : honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* », vivre honorablement et non pas vivre honnêtement, un des préceptes de droit énuméré par Ulpien contre quoi M. Saint-Cyr s'insurgea³ : nous pensons plutôt que l'honnêteté contribue aux valeurs intrinsèques de l'honorabilité. L'honnêteté produit l'estime de soi, de la paix intérieure et envers la société où les membres qui la reconnaissent chez un

¹ CA, Paris, 17 décembre 1973, D., 1976. 120, in LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.p. 246.

² VIAL Géraldine, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Grenoble II, 2006.p. 80 et s.

³ SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.p. 75.

individu la métamorphosent en honneur. Mais le déshonneur que pensent subir certaines personnes peut ne pas l'être aux yeux d'autres personnes, comme nous avons vu plus haut, l'honneur comme le déshonneur peuvent prendre des dimensions diverses : familiale, communautaire, publique, privée. À quel moment, à quel endroit, le droit doit-il intervenir pour déterminer le terrain du respect et de l'honneur ? C'est le principal questionnement qui nous revient dans l'esprit pour trier le non-droit du droit. Nous avons déterminé les sujets et les objets du droit : il faut voir les conditions de sanction de leur transgression en droit.

658. Le moment. L'honneur d'une personne se sent touché quand elle reçoit des considérations d'autrui différentes de ce qu'elle pense être ou de ce qu'elle peut ressentir. Il pourra aussi être affecté par une peine afflictive et infamante, même quand il s'agit d'une erreur judiciaire où il est momentanément sali¹. C'est en quelque sorte pour défendre l'honneur familial dans une affaire portant sur une atteinte à la vie privée d'une femme que le tribunal² avait admis que son époux défendait ses intérêts à sa place par son absence au procès. P. ex., les Cours de cassation françaises et belges «refusent d'admettre qu'en l'absence de procédés déloyaux, l'homme qui a obtenu l'intimité d'une femme soit tenu civilement de réparer les dommages que la maîtresse a subis du fait de cette intimité... La seule concession des Cours suprêmes est la reconnaissance du devoir d'honneur et de délicatesse... »³. En effet, la cassation⁴ française cassait l'arrêt de la Cour de Lyon qui accordait à la conjointe d'un homme marié des dommages-intérêts sur une apparence d'une liaison stable, durable et pleine de garanties, mais qu'elle voit une obligation naturelle dans la réparation par l'amant du tort fait à sa maîtresse du fait de son honneur entaché, mais non d'une indemnité de congédiement. Le déshonneur est quant à lui encadré par la présomption d'innocence, principe de droit fondamental⁵ : la seule présentation des faits objectifs ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence⁶, qui est caractérisée par une double condition de

¹ ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929.p. 25.

² TGI, Marseille, D. 1975.643, in LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.p. 246.

³ SAVATIER René, *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 1963.p. 153.

⁴ Cour. Cass. Du 9 juillet 1935, D.H. 1935, 444.

⁵ DUDH, art. 9 : « toute personne poursuivie pour une infraction est a priori, supposée ne pas l'avoir commise, et ce, aussi longtemps que sa culpabilité n'est pas reconnue par un jugement irrévocable », Conv. EDH, Art. 6, § 2 : « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie » ; CADHP, art. 7-1°b.

⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 6 mars 1996, Bull, civ I, n° 123, p.89 : JCP 1996, IV, 1006 a rejeté le pourvoi de l'arrêt de la C.A de Rouen, 20 sept. 1993, JCPG 1994, II, 22306, note Bigot et Dupeux.

divulgarion des faits et de porter son opinion. Les sanctions sont fondées sur l'autonomie de l'art. 9-1, al 2 de faire cesser l'atteinte par des mesures de retrait, et de la réparation du préjudice¹ et non sur le fondement de l'art. 1240 (anc. art. 1382) relevant de la diffamation² et de la loi du 29 juillet 1881³ sur la liberté de la presse : l'action doit être introduite dans les trois mois de la publication incriminée et le requérant doit accomplir, tous les trois mois, un acte de procédure manifestant son intention de poursuivre l'instance⁴.

659. Endroit public ou privé. La diffusion de ces œuvres malveillantes transformant volontairement l'effigie d'une personne pour entacher sa personnalité ou pour la dénigrer, se fait de nos jours par plusieurs moyens, qu'elle soit orale dans une communauté auditive restreinte, écrite dans un journal ou revue, dans une émission radiotélévisée, ou sur les réseaux sociaux, elle est sanctionnée par la protection des personnes quand elle est faite en dehors du consentement de l'intéressée et si l'image a été altérée ou falsifiée, mais surtout quand elle est rendue publique, l'accessibilité par la masse est aggravante dans notre objet.

2) En droit suisse

660. « Le droit au respect de la sphère privée est garanti, dans une large mesure, par le droit civil (28 CCS ; 49 Code des obligations). Mais il n'est protégé par les dispositions du Titre III de la partie spéciale du Code pénal que lorsque l'immixtion dans la sphère privée entraîne l'atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime »⁵. La loi pénale fédérale, art. 173 à 178 du CPS, réprime l'atteinte à l'honneur d'une personne et suppose d'une lésion faite à un bien personnel : on parle de délits de lésion et de délits de mise en danger. Les premiers atteignent effectivement l'honneur alors que les seconds déterminent les infractions de mise en danger qui suffisent à caractériser l'atteinte. L'article 177 prévoit d'ailleurs la protection de l'honneur par l'injure : « celui qui, de tout autre manière, aura, par la parole, l'écriture, l'image, le geste ou par des voies de fait, attaqué autrui dans son honneur sera, sur plainte, puni d'une peine pécuniaire de 90 jours-amendes au plus ». Les infractions de mise en danger se divisent en deux, celles de mise en danger abstraite et concrète : dans le premier cas, la loi réprime un comportement dangereux en général sans l'être au particulier, alors que pour le

¹ Cass. Civ. 2^e, 8 mars 2001, Bull. civ. II, n° 46, p.31 : JCP, 2002, I, 122, n° 2, obs. G. Viney.

² Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 2007, Bull. civ. I, n° 124, p.106 : JCPG, 2007, II, 10141, 1^{er} arrêt, note Derieux.

³ Loi du 29 Juill. 1881, sur la liberté de la presse, JO. 30 juillet, p. 4201, art. 65-1 et 65-2.

⁴ Cass. Ass. Plén., 21 décembre 2006, Bull. 2006, n° 15, p. 62 : JCPG, 2007, II, 10040, note Dreyer ; Cass. civ. 2^e, 8 juillet 2004, Bull. civ. II, n° 387, p. 323 ; D. 2004, jur.p. 2956, note C. Bigot.

⁵ Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg, 1957, p.148 ; Bulletin de jurisprudence pénale, 1959, n° 30.

second, le danger doit être déterminé et il appartient à l'accusateur de prouver. Mais il est également opposé les délits matériels des délits formels : c'est-à-dire respectivement que le résultat produit par l'auteur est érigé en élément constitutif du délit, et quand la loi réprime un comportement comme tel sans prendre en considération le résultat¹. Notre étude sur le respect et l'honneur, même si elle se porte sur la sanction civile ne fait pas objection à l'appréciation pénale d'un comportement ou d'une conduite déviante, il nous semble nécessaire en effet qu'un objet abstrait comparable à un bien comme l'auteur a indiqué doive non seulement exister dans le discours juridique, mais encore il faut qu'il soit sanctionné par le droit et par l'autorité publique. Même si le Tribunal fédéral² a jugé que « l'atteinte effectivement portée à l'honneur n'est pas un élément constitutif du délit », il estime également que « l'injure est une atteinte au sentiment de l'honneur »³ : ce qui laisse penser d'après les auteurs à la classer comme des « délits formels ». Or si les dispositions pénales desdits articles répriment des tentatives d'autres délits, l'atteinte à l'honneur ne peut être qu'un délit matériel, car l'infraction est consommée dès lors que la tentative de l'acte délictueux a été entamée sans dépendre du résultat. La différence de degré de l'infraction explique la faculté pour l'auteur de faire un repentir actif et d'éviter la sévérité de la décision du juge l'art. 174.

C. L'étendue particulière de l'honneur familial en droit malgache

661. Porter atteinte à l'honneur familial est l'un des motifs graves justifiant le rejet d'un enfant majeur, « l'honneur au commun » qui concerne l'individu, le groupe, une personne physique ou une personne morale de droit privé distinct selon M. Beignier de « l'honneur hors du commun », celui de l'État et de ses serviteurs (d'après nous, les Institutions de l'État, les personnes publiques, p. ex., le Président de la République, le Juge, l'Assemblée nationale...). L'atteinte à l'honneur familial peut découler du manquement aux obligations familiales ou d'un comportement opprobre, une honte publique, un acte perpétré par un de ses membres.

1) L'honneur familial atteint par le manquement aux obligations alimentaires

662. L'obligation alimentaire réciproque s'étend du fait de la considération du groupe familial ou de la famille élargie à l'infini entre les ascendants et les descendants, c'est une coutume ancestrale : la morale familiale ne peut laisser un des siens dans le besoin, même s'il

¹ STEULLET Alain, *La victime de l'atteinte à l'honneur, Étude de droit pénal et de procédure pénale suisses*, Éditions Ides et Calendes, 1983.p. 20.

² Décisions du Tribunal Fédéral suisse suscitées.

³ Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, 92 IV 101 ; 77 IV 98, in STEULLET Alain.p. 33.

est aliéné comme dit l'adage « *Ny adalan'ny hafa no hihomehezana fa ny adalan'ny tena tafian-damba* » (littéralement, il arrive de se moquer de l'aliéné mental des autres, mais nous devons vêtir le nôtre). « C'est un déshonneur public de laisser un membre de la famille dans la misère »¹ qu'il soit de lignage ou de parenté : le rattachement d'une personne à sa famille élargie, à sa communauté ou à sa tribu rend la propagation facile du déshonneur en droit malgache. L'obligation alimentaire, qui ne se limite pas à la nourriture, est fondée sur la solidarité familiale : la justice française considère que son objet est d'assurer au créancier tout ce qui est nécessaire à la vie² dans les rapports familiaux verticaux et horizontaux ; la justice malgache³ adopte la même solution, fonde l'autorisation de rejet au manquement à l'obligation alimentaire atteignant l'honneur à l'endroit d'un membre de la famille.

2) L'honneur familial atteint par le manquement aux autres obligations familiales

663. Nous avons vu comment le Malgache comptait assurer ses arrières par la présence d'enfant de toute origine, ce, le jour où il disparaîtra de cette terre pour accéder, selon le culte des ancêtres, au rang de ces derniers. En ce sens, les enfants du défunt assurent des funérailles dignes et entretiennent le tombeau familial⁴ : faire une économie en la matière « était un manquement grave à un devoir sacré »⁵ (« *adidy* » en malgache signifie en même temps devoir, mais aussi obligation morale) c'est une honte familiale et publique, un déshonneur que les membres de la famille ne les assument pas comme elles se doivent. La justice confirme implicitement que l'atteinte portée à l'honneur d'un parent provient d'un manquement aux obligations d'assistance en cas de deuil dans la famille : dans les faits, le père rejetant reproche à son propre fils de ne pas l'avoir soutenu, ni l'assisté au décès de la grand-mère et de sa tante paternelle. Le tribunal a reconnu les mésententes profondes entre le père et le fils depuis le décès de la mère de ce dernier sur fond de droit successoral, mais a considéré :

¹ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 184. ; FROTIER DE LA MESSESIÈRE : « C'est un déshonneur public, aux yeux de la coutume malgache, de laisser un membre de sa famille dans la misère », op.cit. p. 231., in THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache : les lois et coutumes Hovas, Fascicule I ; Le statut personnel, les personnes et la famille*, R. de Comarmond, Jouve & Cie, 1951.p. 100.

² Cass. Civ. 28 février 1938, DH 1938, 241

³ TPI de Tamatave, du 27 mai 1992, n° 280, jugement inédit : le fils aîné manquait aux devoirs de secours, d'assistance, de respect à sa mère et à ses 7 collatéraux, de ce fait portait atteinte à l'honneur familial.

⁴ TPI de Tamatave, du 24 août 2005, n° 704 : les enfants légitimes et la concubine assurent les frais funéraires.

⁵ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 34.

« qu'il est indéniable que le requis a manqué à ses devoirs de secours, d'assistance et de respect dont il était tenu envers son père »¹. En accueillant la requête, la justice assimile les droits au respect et à l'honneur du père au droit à l'honneur familial que le requis a sciemment violé (art. 80). Dans une autre affaire, le juge² a autorisé le père à enregistrer le rejet de son fils en considérant que ce dernier a porté atteinte à l'honneur familial par son inconduite envers la famille et autrui, par ses vols incessants : et ce malgré le fait qu'il a été rappelé à l'ordre par la famille et la justice à plusieurs reprises, des preuves ont été rapportées notamment des dédommagements des victimes que la famille subissait ; le fils a manqué des devoirs d'honneur et de respect à son père et à sa famille.

II. Le contenu de l'atteinte à l'honneur

664. « Quel droit est plus indispensable à l'homme que celui de ne pas voir impunément son nom sali, sa réputation déchirée par la médisance ou la calomnie ? Il n'en est pas à nos yeux de plus respectable, de plus sacré »³, nous concevons. L'art. 20 (nouveau) du Code de la communication médiatisée malgache édicte et détaille le contenu du droit à l'image et à la vie privée⁴ : indique des mesures à faire cesser ces atteintes par les dispositions des articles 17 et 18 de la loi n° 62-041 et rajoute les cas d'exceptions tirés du principe *volenti non fit injuria*. Encore une fois, le juge est appelé à dire le droit, à apprécier les cas qui lui sont soumis par sa conscience et par sa souveraineté, que par un mécanisme technique et scientifique bien ficelé : ce qui ressemble à notre travail d'essai dans la construction du droit à travers ses notions vagues et indéfinies, tantôt floues, tantôt même obscures, mais dont la finalité nous oblige à apporter de précisions et d'éclairages sans prétendre à une exhaustivité des motifs du rejet. Les Codes civils malgache et français prévoient le devoir de respect et d'honneur d'une personne ou de la famille, il est ainsi reconnu à toutes personnes par la justice de défendre son

¹ TPI de Tamatave, du 16 octobre 2013, n° 940 autorisant l'enregistrement du rejet d'enfant.

² TPI de Tamatave, du 18 mai 1994, n° 231.

³ FOURCAND Pierre, *Des injures en droit romain, De la diffamation en droit français*, Thèse, Bordeaux, 1891.p. 1.

⁴ Art. 20 : « Le droit à l'image est le droit pour toute personne de s'opposer à la fois à la capture de son image et de ses biens et à la diffusion de celle-ci, sans son consentement préalable et exprès. Le droit à l'image et à la vie privée porte sur la protection contre toute atteinte portée au droit au nom, à l'image, à la voix, à l'intimité, à l'honneur, à la réputation, à l'état de santé, à la vie sentimentale, à l'image, à la pratique religieuse, aux relations familiales, et, tout ce qui relève de la sphère intime et personnelle d'une personne. En cas d'atteintes à la vie privée et au droit à l'image, le juge saisi de l'affaire, sans préjudice de l'application de la législation régissant la Procédure civile et indépendamment des sanctions pénales prévues par la présente, peut ordonner... ».

honneur et sa réputation (ou de son image dans la société) : la sanction civile de l'atteinte à l'honneur peut découler d'une action en responsabilité et par conséquent de l'obtention des dommages-intérêts «à condition que l'atteinte procède d'une intention de nuire»¹ indépendamment d'une action pénale pour diffamation et injure.

A. Atteinte au nom et à l'image

665. Le caractère d'ordre public de l'identité d'une personne protège celle-ci de toute modification arbitraire ou volontaire de ces données personnelles qui la rattachent à son origine, à sa famille, à sa citoyenneté : « la stabilité du nom peut résulter d'une double série de facteurs ; soit de l'immutabilité de principe du patronyme, qui s'oppose à ce que son porteur en change librement ; soit du souci de protéger l'élément essentiel de l'identité civile lorsque d'autres éléments sont modifiés »². Et le droit va plus loin en protégeant la personne humaine, de son patrimoine et de ses intérêts moraux qui ne s'évaluent pas en argent puisqu'ils sont hors commerce. Nous avons vu que le respect a comme fonction la protection des valeurs extrapatrimoniales dans les lieux privés comme publics. La relation entre les personnes membres de la famille est l'objet de notre étude où des valeurs morales s'érigent simultanément, parfois, d'une manière assez discrète, des règles de droit protégeant la personnalité de tout un chacun. Mais il y a une valeur commune et solidaire qui touche les enfants, les parents, les ascendants et les autres proches parents : c'est le nom, un bien de la famille, de la communauté. Le respect du nom semble se muer naturellement en obligation légale : la déclinaison innombrable de la sollicitation du respect dans la vie sociale comme dans un discours juridique nous enlève par déduction tout soupçon d'appartenance du devoir de respect au non-droit. Il est évident que tout propos, toute image, et toute représentation jugés mensongers et excessifs altérant la réalité de la personnalité, faits en public avec la volonté non équivoque de nuire à une personne constituent une cause déterminante du rejet.

1) L'atteinte au nom familial

666. Si l'attribution du nom patronymique est plutôt d'usage moderne dans l'individualisation de la personne de l'enfant à sa naissance, elle devient de plus en plus courante de nos jours à Madagascar³, surtout dans les agglomérations, il pourrait de ce fait

¹ TGI, Paris, 14 avril 1972, JCP 1973, 17561, in GARÉ Thierry, *L'essentiel sur les personnes*, L'Hermès, 1995.p. 72.

² GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité*, L.G.D.J, 2000.p. 184.

³ THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache moderne, Tome I, Fascicule I : Le nom, l'absence, les actes de l'état civil*, Librairie de Madagascar, 1962.p. 94.

tomber dans la propriété familiale protégée par les droits conventionnels, à charge pour la famille de faire valoir leur droit en cas d'atteinte ou d'usurpation de leur nom.

a. En droit malgache

667. Cette protection du nom contre toutes utilisations frauduleuses et abusives fait partie des droits de la personnalité. La protection du nom que nous parlons ici coïncide avec celle du nom de famille, le « *nomen* » (la gens) à laquelle est rattachée l'enfant. La coutume malgache a quelque peu évolué puisqu'il est toujours d'usage de donner un prénom, le « *praenomen* », à l'enfant et que le père et la mère prenaient le surnom, le « *cognomen* », de « Raini... » (père de...) et de « Renini... » (mère de...), suivis du prénom donné à l'enfant. Dans tous les cas, le nom de famille dans la coutume malgache contribue à l'identification d'une personne dans la communauté locale et dans la société : « sans parler de propriété du nom, on doit dire que toute personne a droit de faire protéger et respecter son nom »¹. Et compte tenu de la coutume et du rattachement spontané de la personne à la famille, même si les principes juridiques restent les mêmes : la protection du nom se trouve beaucoup plus sanctionnée en droit malgache. Les familles malgaches sont particulièrement sévères et vigilantes contre toutes atteintes à leur nom de famille et par conséquent à leur appartenance à la grande famille, à telle communauté ou telle tribu, bref à la gens. De ce fait, l'atteinte portée au nom d'un membre de la famille touche l'ensemble du groupe familial, causant un déshonneur familial.

b. En droit romain

668. À Rome, l'action en justice n'appartint qu'à la *persona honesta*, la « *persona turpis* » désignée comme une personne ayant commis un acte honteux, indigne, déshonorant, ignoble, infâme, obscène, indécent, etc., n'eut d'accès à la justice par sa propre initiative. L'injure adressée à un fils de famille atteint indirectement le père, car « il y a évidemment un lien naturel entre l'honneur du fils et celui du père, et l'outrage adressé au premier doit rejaillir sur le second »² : ce qui a pour conséquences de l'existence d'une double action contre l'offenseur, celle du père et celle du fils. La seule condition sur la validité de l'action du père indirectement atteint par l'injure eut été la puissance du *pater familias* sur le fils. De même, le droit romain reconnut l'action du mari pour l'injure adressée à sa femme, car il « est le protecteur naturel de sa femme, il ne peut donc se désintéresser du respect qui lui est dû...

¹ *Ibid.*p. 95.

² FOURCAND Pierre, *Des injures en droit romain, De la diffamation en droit français*, Thèse, Bordeaux, 1891.p. 23.

cependant, une injure faite au mari ne pourra être poursuivie par la femme ; celle-ci peut bien souffrir indirectement d'une telle injure, mais sa mission, n'est pas de protéger son époux »¹.

c. En droit français

669. Même si le nom patronymique a disparu du Code civil français, il reste néanmoins une dévolution subsidiaire en cas de mésentente des parents sur l'attribution du nom de l'enfant : la loi civile française le substituait par le « nom de famille » pour s'aligner aux engagements de supprimer toutes formes de discrimination basée sur le genre et sur le sexe. Le nom est reconnu par la jurisprudence française² comme étant la propriété de la famille qui le porte, outre l'institution de police civile du nom (permet d'identifier la personne et de sa famille) : chaque membre de celle-ci est fondé à le défendre contre toute atteinte portée par un tiers (art. 8 de la Conv.EDH : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance » et l'art. 9 du CCF), d'ailleurs le nom de famille attribué au premier enfant vaut pour les autres enfants à venir (art. 57 et s. du CCF). Le nom de famille ou nom patronymique faisant partie intégrante de la vie de famille, « la jurisprudence montre que sont recevables à agir non seulement ceux qui portent eux-mêmes le nom, mais ceux qui appartiennent à la famille portant ou ayant porté ce nom³ », et même à ceux qui n'ont jamais porté eux-mêmes le nom⁴. Si, l'action est ainsi reconnue recevable en droit français qu'en droit malgache contre toute atteinte ou usurpation au nom de famille, pouvons-nous admettre que l'utilisation abusive du nom de famille ou le fait de le ternir par des actes graves et infâmes impactent l'image (p. ex., au sens de la représentation sociale) et l'honneur de la famille. La réponse pourrait être assimilée favorablement à la décision de la justice, parfois à ne justifier d'aucun préjudice matériel ou moral spécial⁵ quand « le porteur

¹ *Ibid.* pp. 25-26.

² C.A Aix-en-Provence, 23 mai 1991, D. 1994, 148, note Bout. In BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p.130. « L'atteinte est réparée par l'allocation de dommages et intérêts par application des règles de droit commun de la responsabilité ».

³ Cass. Civ. 5 février 1968, J.C.P., 1968.II.15670 ; CA. Paris, 8 mars 1966, D., 1966, somm. 90 et J.C.P., 1967.II.14934 ; Trib. Seine, 13 janvier 1965, Gaz. Palais, 1965.1.362 : jurisprudence unanime ; « Le droit de contester le nom usurpé n'est pas restreint, dans la famille, aux personnes qui portent légitimement ce nom ; tous ses membres ont un droit égal d'empêcher qu'un étranger puisse prétendre se rattacher à leur maison ».

⁴ « La jurisprudence reconnaît que les descendants par les femmes conservent le droit d'agir en cas d'atteinte au nom de leur aïeul... », Tribunal Civil, Seine, 9 janvier 1845, in GARÉ Thierry, *L'essentiel sur les personnes*, L'Hermès, 1995.p. 35, précité aussi par LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.p. 173.

⁵ Tribunal Rouen, 10 novembre 1909 ; D.P., 1911.2.164

du nom subit un trouble du fait de l'usurpation et cela suffit pour qu'il puisse poursuivre la réparation du tort moral qu'il en éprouve »¹. Le nom de famille est protégé par les droits de la personnalité qui sont le prolongement du droit des personnes, il est admissible qu'il revienne aux membres de la famille de le défendre de toute atteinte qu'elle provienne d'une personne étrangère à elle ou qu'elle soit commise par un des membres de la famille elle-même.

2) L'atteinte à l'image d'un membre de la famille

670. Les avancées technologiques et numériques atterrissent aussi à Madagascar, désormais l'espace protégé contre l'atteinte à l'honneur s'étend également en ligne où tous les internautes accèdent aux informations vraies ou fausses émises dans les réseaux sociaux : et ce, en conformité avec la liberté d'expression, qu'il s'agit de la presse ou des propos relayés par elle. Pour ce dernier cas, à Madagascar par l'application de la loi française sur son territoire puis par l'avènement de la loi n° 90-031 du 21 octobre 1990 sur la Communication et l'ordonnance n° 92-039 sur la Communication médiatisée audiovisuelle², les législations en consacrant la liberté d'expression (art. 5 nouveau : Le droit à la liberté d'expression est un droit universel, inviolable et inaltérable, garanti par l'article 11 de la Constitution qui s'exerce conformément aux dispositions du Pacte International des Droits Civils et Politiques), autorisent la presse et les journalistes à publier certaines images à charge contre une personne publique ou privée dans un esprit de dénigrement pour faire rire ses lecteurs. Ces images ou écrits piquants portent des idées accusatrices contre une personne, ou une idée politique, religieuse et même économique : mais des questions surgissent l'une après l'autre, quelle est la limite acceptable des caricatures³ ou écrits satiriques ; cette limite acceptable est-elle rattachée à la réalité de la personnalité de ce que les faits représentent ou est-elle basée à la ressemblance de la réalité de la représentation dénigrante attribuée à l'image ?

¹ Jurisprudence constante, Trib. Civ. Marseille, 19 juillet 1930, Gaz. Pal., 1930.2.348 ; Cass. Civ., 24 novembre 1959, D. 1960, somm. 101 ; C.A Riom, 2 novembre 1966 et Trib. Civ. Bergerac, 7 décembre 1966, Gaz. Pal., 1967.1.148 ; Trib. Civ. Fontainebleau, 25 février 1970, D., 1970.211, in LINDON Raymond, p. 177.

² Réformée et modifiée plus tard par la Loi n° 2016-029 du 24 août 2016 portant Code de la Communication médiatisée et celle du n° 2020-006 du 1^{er} septembre 2020.

³ « La caricature est l'expression la plus évidente de la satire dans le graphisme, la peinture et même dans la statuaire », dont le mot caricature vient du mot latin « caricare » c'est-à-dire charger d'où « le portrait à charge » : Encyclopaedia Universalis, p. 955, 1^{re} collection.

a. L'image

671. L'image est la représentation des traits de la personne¹. La personne est seule à faire valoir son droit à l'image et peut s'en opposer ou en consentir à sa prise et à sa diffusion. Toutefois, sa nature touche non seulement le droit extrapatrimonial, mais aussi au droit patrimonial, car elle fait partie aussi d'un droit contractuel à caractère commercial. L'utilisation de l'image est donc dans l'un ou dans l'autre cas soumise à l'acceptation volontaire de son titulaire d'où son domaine de protection : la transgression du droit à l'image constitue une faute source de responsabilité. Nous avons vu la protection par le droit de l'image à travers le devoir de respect, il nous semble opportun d'apporter un regard sur le régime du droit à l'image. L'intérêt de la distinction et de l'analyse fonctionnelle dans l'engagement de la responsabilité civile et/ou pénale de l'auteur de l'acte et de la justification d'un motif grave (cause déterminant du rejet) réside dans un premier temps à la violation du droit à l'image puis du mécanisme des preuves de l'acte illicite.

672. Est-ce que le fait d'avoir divulgué l'image d'une personne sans avoir eu son consentement suffit à établir le motif grave du rejet ou faut-il faire un lien entre la faute commise et le dommage au moins moralement subi par la victime ? Et contrairement à la finalité de la protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image qui va au-delà de l'atteinte à la vie privée selon M. Ravanas, notre étude s'arrête au « respect de la tranquillité de la vie personnelle ou familiale »². En effet, le défaut d'autorisation expresse de la personne de divulguer son image, peu importe si le fait est déshonorant ou ne relate pas la réalité causant ainsi un préjudice personnel, certain et immédiat de la victime, suffit à engager la responsabilité civile de l'auteur de l'image : il revient alors à l'auteur de l'acte de démontrer qu'il n'a nullement l'intention de nuire et de prouver que l'image a été prise dans un endroit public. Or, dans notre objet, c'est à la victime d'apporter la preuve qu'elle a subi un dommage personnel, moral ou matériel par le fait de la publication et/ou de la transformation de son image et dans un but de nuire à sa personne : un lien de causalité entre une faute, civile ou pénale, l'acte volontaire et le préjudice réellement subi. Il se peut que

¹ SERNA, *L'image des personnes physiques et des biens*, Economica. 1999, coll. «Droits des affaires et de l'entreprise», préf. B. Oppetit, op. cit., in BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p.244.

² GASSIN R., *Atteintes à la vie privée*, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, vie privée, 1976, n° 18, in RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978.p. 11.

l'image d'une personne de la famille puisse être réalisée et divulguée dans le but de promouvoir certaines activités ou pour arranger l'image de l'auteur de l'acte sans intention de nuire à la personne, mais d'en tirer profit de l'image pour soigner la sienne, nous restons dans les affaires familiales. Nous ne sommes pas en présence d'altérations de la personnalité de cette personne : c'est-à-dire dans la réalisation inexacte de l'image ou dans la falsification de cette image dans le but de nuire à la personne, mais dans l'exploitation de l'image d'une personne (illicite,¹ car elle est dépourvue de consentement par l'autorisation expresse de la personne); si le cas est susceptible d'ouvrir une action en responsabilité, il n'est pas suffisamment grave pour accorder une requête en autorisation d'enregistrement du rejet.

673. Toutefois, l'atteinte à l'image d'une personne ou par extension de sa famille doit résider dans la reconnaissance sans ambiguïté de l'image de la personne victime dans la représentation ou dans les actes qui l'impliquent nécessairement, et qui par ces actes déforment la réalité ou la vision externe de la vérité sur la ou leur personnalité dans une démarche malveillante. D'où le résultat d'un dommage moral ou matériel chez la victime d'une représentation inexacte de l'image dont on lui attribue volontairement : ce qui nous confirme la nécessité d'une faute commise (délictuelle ou quasi délictuelle), mais aussi d'un préjudice subi. Il revient alors à la victime de démontrer le lien de causalité entre la faute commise et le préjudice réellement subi qu'il soit seulement moral ou pécuniaire (nous écartons le préjudice physique ici puisque la seule représentation ou diffusion d'une image n'atteint pas physiquement la victime, mais de ses biens ou de sa valeur extrapatrimoniale). Il est de nos jours largement reconnu l'existence d'une violence morale qui se manifeste par des propos, des écrits, des caricatures ou des desseins outrageants et dégradants. Si autrefois il était difficile de s'en plaindre aux autorités publiques ou à la justice, dorénavant les plaintes en diffamation ou injure font le quotidien des médias et des tribunaux. Nous sommes bien loin de la peur de la justice elle-même ou de la peine barbare pouvant aller jusqu'à « couper la langue » de celui qui a invectivé ou apporté des propos mensongers. La jurisprudence française reconnaît à la famille du défunt de s'opposer à la publication ou à la diffusion de l'image de celui-ci, qu'il soit du droit transmis² par le défunt à ses héritiers ou qu'il soit un

¹ Également, « ... les juges déclarent illicite une publication qui dénature les traits du demandeur, non seulement quand elle le représente dans sa vie privée, mais aussi lorsqu'elle le montre au cours d'une de ses activités publiques », op. cit. in *Ibid.* p. 105.

² BLONDEL P., *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, préf. A. Ponsard, Bibliothèque de droit privé, collection Henri Solus, t. 95, LGDJ, Paris,

droit de protection de l'image d'une personne¹ après son décès exercé par ses héritiers ou ses proches parents². M. Badinter R. soutenait cette transmission dans son ouvrage, « Le droit au respect de la vie privée »³ en commentant une décision de justice que « ... le Tribunal de la Seine paraissait moins affirmer le droit de la personne sur son image que le droit de la famille sur la reproduction des traits du défunt ». Mais à l'instant où la photographie était prise, le droit à l'image était déjà passé du défunt à ses héritiers. En reconnaissant le droit à l'image, sauf bien évidemment qu'il était consenti du vivant de la personne représentée que son image puisse être reproduite ou diffusée après sa mort⁴, « le tribunal du même coup reconnaissait sa transmissibilité »⁵. Dans ce premier cas, le droit à l'image ne porte plus sur la personne du défunt, encore moins sur la transmission du droit à cause de mort, mais un droit propre reconnu à la famille et aux proches parents. Ainsi, ils doivent établir le dommage moral ou pécuniaire réellement subi et de faire le lien avec l'atteinte au droit de l'image de la famille par rapport à ce qu'autorisait le défunt. En effet, la position de la jurisprudence considère constamment la protection des personnes dépositaires de la volonté successorale du défunt, à savoir l'exécuteur testamentaire, le conjoint survivant, les descendants légitimes ou adoptifs. Comme en droit malgache, la famille peut subir un dommage moral du fait de la disparition d'un proche par le manquement au respect de la considération et de l'image de celui-ci, mais le fait d'aller à l'encontre de la volonté du de cujus constitue aussi un manquement au devoir de respect du défunt, il est quasiment perdu à l'avance toute action qui lui est contraire.

b. L'assimilation de la voix à l'image

1969, pp. 64-65 : « la jurisprudence met avant tout l'accent sur « **le respect** que commande la douleur des familles » et sur les sentiments les plus intimes... de la nature et de la piété domestique », in *Ibid.* p. 449.

¹ FOUGEROL Henri, *La figure humaine et le droit*, Paris, 1913.p. 128 : « L'héritier qui s'oppose à la représentation et à la publication des traits de son auteur n'exerce pas un droit du défunt qu'il aurait trouvé dans la succession, mais un droit propre »

² KAYSER Pierre, *Le droit dit à l'image*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 2, Dalloz et Sirey, 1961., p. 85 : « Ce pouvoir n'est pas transmis aux héritiers de la personne décédée, mais acquis par son conjoint et ses proches parents. », in RAVANAS Jacques.p. 449.

³ BADINTER R., *Le droit au respect de la vie privée*, n° 20, in RAVANAS Jacques.p. 449.

⁴ Trib. Civ. Seine, 14 mars 1860, affaire Mickiewitz, Ann. Prop. Ind., 1884, p. 254.

⁵ Trib. Civ. Seine, 1^{re} Chambre, 16 juin 1858, Félix/O'connell : jurisprudence constante ; TGI Paris, 20 juin 1974, D. 1974, 751 ; TGI Paris, 26 avril 1983, D. 1983, 376, note Lindon ; TGI Aix-en-Provence, 24 novembre 1988, JCP 1989, 21329, note Henderycksen in GARÉ Thierry, *L'essentiel sur les personnes*, L'Hermès, 1995.p. 69.

674. En ce qui concerne le droit à la voix, la jurisprudence reconnaît que « la voix est un attribut de la personnalité, et que toute personne est en droit d'interdire que l'on imite sa voix dans les conditions susceptibles de créer une confusion de personne ou de lui causer un préjudice »¹, elle permet d'identifier une personne, et est presque un second visage² : « la voix est au même titre que l'image une expression de la personnalité du sujet »³. De ce fait, l'assimilation de l'image et de la voix entraîne nécessairement l'application d'une règle de protection commune aux deux expressions de la personnalité : elles peuvent aspirer à la réparation du dommage moral et/ou professionnel causé par autrui. Alors que le droit d'auteur est strictement encadré par la loi, par le droit à la propriété intellectuelle, certains auteurs assimilent le droit moral de l'auteur et le droit au respect de la vie privée en avançant que ce dernier tout comme le premier « est un droit absolu, applicable à tous, et qui s'exerce de façon discrétionnaire, en ce sens que le titulaire du droit est maître de la divulgation des secrets de sa vie privée »⁴. L'idée se base sur le fait que seul l'individu titulaire du droit détient le contrôle des informations qu'il divulgue en public, « le droit au respect de l'œuvre assure la pérennité de cette émanation de la personnalité du créateur et prolonge le droit de divulgation »⁵ sur son étendu sous sa protection. En revanche, toutes les informations personnelles non communiquées pourraient porter atteinte soit au secret de la vie privée, soit aux œuvres de l'auteur. D'ailleurs, ce dernier utilise un pseudonyme ou un nom d'emprunt pour représenter sa personne en public, par conséquent les utilisateurs de ses œuvres doivent respecter les informations fournies par les auteurs et ne pourraient en aucun cas apporter des changements ou omettre de citer les références des sources de leurs publications ultérieures.

B. Les diffamations et injures

1) De la diffamation et de l'injure en droit malgache

675. Les calomnies, les faux bruits, le mensonge, les diffamations étaient, depuis le début de l'histoire du droit malgache, sévèrement réprimandés par les autorités royales, pouvant entraîner la mort si le but étant d'inciter la révolte, l'organisation d'émeute, d'incriminer

¹ TGI, Paris, 3 décembre 1975, affaire Claude Piéplu D. 1977, 211, JCP, 1978, 19002, note Daniel Bécourt ; TGI Paris, 11 juillet 1977, D. 1977, 700, affaire Léon Zitronne, in *Ibid.* pp. 72-73.

² LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.p. 306.

³ RIGAUX François, *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, É. Bruylant Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.p. 410.

⁴ BADINTER R., *Le droit au respect de la vie privée*, JCP 1968. 1. 2136, n° 38, in GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité*, L.G.D.J, 2000.p. 238.

⁵ GOUBEAUX Gilles et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Les personnes*, L.G.D.J, 1998.p. 308.

l'autorité royale. La diffamation entachant les particuliers, les faux bruits les concernant et le fait de souiller les sources étaient respectivement punis¹ : pire encore le fait de ne pas tenir ses engagements, sa parole était puni de peine de prison (art 152, abrogé par la loi locale du 5 avril 1896). Il n'en était pas moins pour la violation du secret de lettres (art. 157), punie de dix bœufs et de dix piastres tout comme la fausse accusation (art. 219) et l'usurpation du droit à l'héritage (se faire passer pour un enfant adopté, art. 236). Il était concevable d'appliquer le droit coutumier, largement établi et général, non contraire à la civilisation française, pour réprimander les infractions ou les diffamations portées contre la mémoire d'un défunt².

676. Le droit malgache sur la diffamation et l'injure fut régi par la loi française de 1881, avant de connaître de nouvelles dispositions³ sur les délits contre les personnes dont les art. 23 et 24 définissent respectivement la diffamation et l'injure, outre les règles procédurales sur la tenue des audiences (articles 161 et 162 du CPCM sur le respect dû à la justice et de la diffamation, injure et outrage à magistrat). En matière familiale, nous avons constaté dans le démariage que le fait par la femme de refuser l'invitation du mari en public ou d'exercer un travail qui ne lui convient pas ne constitue pas de faute grave, encore moins une injure⁴. Alors que le dénigrement du mari et des invectives⁵ en public « *velomim-bady* » (se faire entretenir par la femme) constituent des injures graves motivant le divorce pour faute. Le droit malgache semble reprendre les mêmes principes que la loi française, pour une raison de commodité d'approche, nous les analyserons en abordant le droit français en passant par le droit romain.

¹ Articles 148, 144 et 150 du Code de 1881 de 10 bœufs et de 10 piastres, de 1 mois et de 3 mois de prison.

² GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910, p. 135. En matière pénale, p. ex., la Cour d'appel de Tananarive statuant en matière correctionnelle indigène confirmait un jugement du tribunal du 2^e degré d'Andovoranto, condamnant de quinze mois de prison en application de la coutume Betsimisaraka qui punit l'outrage à un mort.

³ Loi n° 2016- 029 du 24 août 2016 portant Code de la Communication médiatisée, modifiée et complétée par loi n° 2020-006 du 1^{er} septembre 2020 : Article 23 : Toute allégation ou imputation publique d'un fait incorrect qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne, à la présomption d'innocence dont elle bénéficie avant toute condamnation définitive, ou d'un corps auquel le fait est imputé constitue une diffamation à condition qu'il en résulte un préjudice personnel et direct à la personne ou au corps visés. Article 24. Toute expression outrageante, termes de mépris ou invectives qui ne renferment l'imputation d'aucun fait et proférés contre une personne, constitue une injure.

⁴ C.S. de Madagascar, Chambre civ. et soc., du 15/11/2002, n° 174, rejette le pourvoi et confirme l'arrêt de la C.A de Majunga.

⁵ C.T du 18 juin 2012, arrêt n° 445 suscité.

2) De l'injure en droit romain

677. La loi des XII Tables du droit romain prévoyait déjà quelques détails notamment par la VIIIe Table : « Nos XII Tables, si réticentes envers la peine capitale, réclamèrent ce châtement, entre autres, pour celui qui avait soit chanté, soit composé un poème de nature à jeter du discrédit sur quelqu'un » (1b), mais cette peine capitale n'eut été appliquée que si aucun accord amiable avec la victime n'a pas été conclu¹ quand le coupable a arraché un membre de la victime². Selon les gravités des injures donc, on risquait la peine capitale ou une peine pécuniaire de 25 as pour celui qui a fait un acte contre le droit à un autre. Et c'est dans le but de réprimer l'injure simple, légère que l'*actio injurarium* fut introduite, tout comme l'*actio occentus* (*occentare*) si les injures sont écrites ou verbales par des propos, des chants ironiques et satiriques : pour ces deux actions, la procédure de la *judicis postulatio*³ fut celle qu'on doit emprunter. À côté de ces deux actions possibles en matière d'injures moins graves se trouvent deux autres actions « *actio de membris ruptis* » et « *actio ossibus fractis* » réprimant respectivement les deux infractions graves d'atteinte physique portée à un autre risquant la peine du talion si le préjudice correspond à une rupture d'un membre ou d'une peine de 300 as pour la brisure d'un os si la victime était un homme libre et de la moitié si la victime était un esclave. En droit romain, les injures peuvent se manifester sous trois formes : « 1° *iniquitas*, l'injustice accomplie par ceux qui violent les règles de droit à l'égard d'autrui ; 2° *culpa*, la faute qui entraîne un dommage causé à la propriété d'autrui et qui constitue le délit prévu par la loi Aquilia⁴ ; 3° enfin, *contumelia*, tout acte qui lèse quelqu'un dans son corps, dans sa considération ou dans son honneur, *in corpus, ad dignitatem vel ad infamiam*⁵ selon les expressions d'Ulpien (I. 1, § 2, de injuria.). Et c'est le troisième sens de l'injure qui fait l'objet de notre étude, avec la différence que l'évolution du droit et tout particulièrement par la spécialisation de celui-ci par rapport aux faits a créée : la *contumelia* du droit romain « qui s'appliquait... à toutes les manifestations de la colère ou de la passion [comme] : les

¹ Gaius (III, 223).

² Selon Verrius sur la peine du talion.

³ FOURCAND Pierre, *Des injures en droit romain, De la diffamation en droit français*, Thèse, Bordeaux, 1891.p. 12.

⁴ *Lex Aquilia*, Gaius-Ulpian vers 289-286 av. J.C, Digeste IX, op.cit. in GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2000.pp. 395-397, n° 155-158, in Université Grenoble Alpes, https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Francogallica/Digeste28_fran.htm : « ... l'action d'injures concourt avec la loi Aquilia. Mais il y aura lieu deux estimations. L'une du dommage, l'autre de l'outrage... ».

⁵ FOURCAND Pierre.p. 7.

coups et blessures, la violation de domicile, l'excitation à la débauche, les attentats aux mœurs [qui] rentraient dans la large acception ». Selon la conception de l'injure romaine par M. Fourcand, il existe trois grandes classifications : d'abord, sur la manière dont se réalise l'infraction, *re, verbis, scriptura* (un fait, une parole ou un écrit), ensuite celle du degré de gravité, grave ou atroce, simple ou légère, enfin celle à l'égard de la victime si l'atteinte porte directement sur sa personne ou indirectement sur la personne d'autrui (p. ex., atteinte portée au fils qui touche indirectement le père et inversement). Dès lors, il existe trois catégories de fait matériel : *aut re, aut verbis, aut scriptura* (acte, parole, écrit). L'injure *commise re* : (malgré les divergences d'appréciation des jurisconsultes romains sur son contenu) désigne les injures *in corpus* ou toutes voies de fait¹ portées contre une personne physique (et même les tentatives), les entraves apportées à l'exercice d'un droit appartenant à autrui et les injures touchant les personnes morales, considérées comme des injures réelles (injures matérielles pas très difficiles à déterminer). Puis, l'injure *commise verbis*, qui est beaucoup plus fréquente et volatile, mais ne contient pas non moins de pensée ou d'intention malveillante, « les Romains ne faisaient, en effet, aucune distinction entre l'imputation d'un fait déshonorant et celle d'un vice honteux. C'est dire que pour eux la diffamation et l'injure étaient une seule et même chose »². Les deux sortes d'injure *commise verbis* ou propos injurieux sont le *maledictum* et le *convicium* : si la première consiste à des propos offensants sans éclat et sans être entendus par d'autres personnes à part l'offensé, la seconde est d'un degré au-dessus, plus grave, car elle implique la publicité des paroles, parfois conviant la foule à l'émeute ou à la désobéissance. Enfin, l'injure *commise scriptura* fut considérée comme la plus grave, voire dangereuse, car elle peut durer dans le temps, dans un livre ou à travers des dessins, des gravures, des images.

3) De la diffamation et de l'injure en droit français

678. Alors que l'injure est définie par l'art. 29, al. 2 de la loi du 29 juillet sur la liberté de presse comme toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait, l'art. 29, al 1^{er} détermine la diffamation comme toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. La diffamation³ peut être portée devant le tribunal

¹ *In corpus fit injuria*, Institutes (Liv. 4, t. 4, §1), ce que le droit pénal moderne appelle « délit de coups et blessures ».

² FOURCAND Pierre.p. 34 et s.

³ « Le mot diffamer, du latin *diffamare, de dis-famare*, [signifie] répandre de tout côté une allégation, un écrit offensants » : à distinguer du mot « calomnie, impliquant l'idée de fausseté des faits imputés, n'était pas

correctionnel comme devant le tribunal civil, et doublée d'une atteinte à la vie privée¹. P. ex., «accuser quelqu'un de malhonnêteté est une injure, dire qu'il est malhonnête parce qu'il a été condamné pour détournement de fonds (alors que tel n'est pas le cas) est une diffamation»². Tout comme les circonstances de l'atteinte à l'honneur, le moment et l'endroit où ont été perpétré l'acte injurieux ou diffamatoire ne semblent qu'une circonstance aggravante puisque le droit positif punit également les injures non publiques, c'est-à-dire en dehors des délits de presse, le Code pénal français dans sa version réglementaire R. 621-1-2 11°, punit l'injure et la diffamation non publique³. Ce qui nous intéresse effectivement ce sont ces injures et diffamations privées faites dans le cercle familial restreint ou élargi, mais qui affectent considérablement l'image, le nom ou la considération d'une personne. Mais au-delà du lieu de diffusion ou d'émission des récits, des propos et des images, diffamatoires ou injurieux, il nous importe de savoir exactement les faits et les contextes constitutifs de l'injure et de la diffamation, car «on sait que la diffamation est une atteinte - délictuelle - à l'honneur et à la considération d'autrui. Elle se trouve en rapport avec l'atteinte à la vie privée»⁴. P. ex., le Président de la République par l'intermédiaire de son avocat a porté plainte pour «injure publique envers un corps constitué, un fonctionnaire, un dépositaire de l'autorité ou un citoyen chargé d'un service public par parole, écrit, image ou moyen de communication par voie électronique»⁵ et que l'auteur de l'acte semble bien en vouloir au couple présidentiel puisqu'elle faisait également l'objet d'une plainte par la première dame en mars 2022 pour avoir diffusé «des rumeurs l'accusant d'être transgenre»⁶. Dans ce dernier cas, nous pouvons confirmer que l'atteinte à l'image de la personne peut être contenue dans un écrit (numérique) et la publication passe par les moyens virtuels des réseaux sociaux. La plupart du temps, les difficultés résident sur l'identification des auteurs des récits et des images malveillantes sur les réseaux sociaux, dans notre exemple, les auteurs sont clairement identifiables. Mais le renforcement de la protection des droits de la personnalité par le droit pénal est facultatif

suffisamment compréhensif», le législateur de 1881 préféra la diffamation : «propos infamants vrais ou faux», in *Ibid.*p. 3.

¹ Cass. Civ. 26 novembre 1975, J.C.P., 1978, II, 18, 811, note Gary Romain

² BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 112.

³ Cass. Crim. 18 mai 1954, J.C.P. 1954-II-8292, note A. Chavanne.

⁴ LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.p. 246.

⁵ PAR LE FIGARO, «Emmanuel Macron porte plainte contre une médium pour injure publique», publié le 7 janvier 2023.

⁶ *Ibid.*

quand la personne offensée ne se constitue pas en partie civile, mais actionne la protection d'un droit subjectif par une procédure civile demandant le retrait de l'acte dommageable ou par l'exercice du droit de réponse, soit par le tribunal des référés¹ soit par le tribunal civil, puis de demander ou pas la réparation du préjudice par un droit aux dommages-intérêts.

679. L'atteinte à l'image d'une personne provient d'une injure publique ou d'une diffamation : le point commun entre l'injure publique et la diffamation n'est autre que la publicité de l'acte d'offense, c'est-à-dire de la diffusion de l'acte incriminé par toutes les voies susceptibles de le rendre accessible au public même restreint. Si la diffamation prétend porter atteinte au droit des personnes par des récits ou des propos mensongers pour entacher l'image, la réputation ou l'honneur d'une personne quelconque : l'injure connaît également la différence sur la personne de laquelle elle a été émise et devient l'outrage ; une protection particulière concernant les personnes publiques, appartenant à un corps constitué, un fonctionnaire, un dépositaire de l'autorité ou un citoyen chargé d'un service public². P. ex., la sanction, très connue, mais rarement appliquée, de l'«outrage à magistrat» prévu par l'art. 434-24 du CPF, ou d'une personne chargée d'une mission de service public ou d'une personne dépositaire de l'autorité publique dont les faits, paroles, gestes ou menaces, les écrits ou images de toute nature « non rendus publics » (art. 433-5). Le Code pénal rend plus sévère la sanction en écartant comme condition le déroulement des faits en public et protège l'atteinte à la dignité de la personne et le respect dû à la fonction. En droit français, les moyens de droit ouverts pour la protection des personnes connaissent deux voies possibles, indépendamment ou complémentirement, civile ou pénale. D'une part, les dispositions de l'art. 9 al. 2 du CCF permettent au juge des référés de faire cesser une scène de la vie touchant une personne quand elle lui porte une atteinte intolérable. Mais il est à noter que la loi et la jurisprudence font la différence entre une personne quelconque subissant une atteinte sur la considération de sa personne et une personne élue de la République³. Les éditorialistes et les journalistes à polémiques ne font pas de répit pour critiquer les activités gouvernementales,

¹ CCPF, art. 834-835.

² Énumérées par les art. 30 et 31 de la loi de 1881 : les personnes publiques collectives et individuelles.

³ Cass. Crim. 5 avril 1965, Président de la République, Général de Gaulle/Journal « Pied-Noir » ; Cass. Crim. 21 décembre 1966, Bull. 1966. N° 302, p. 706, Président de la République, Général de Gaulle/Journal « Minute » ; Tribunal de Grande Instance, Paris, Référé, 4 avril 1970, Président de la République Georges Pompidou/L'express, J.C.P. 1970-II-16328 ; Tribunal de Grande Instance de Nancy, Référé, 15 octobre 1976, Président Valéry Giscard d'Estaing/ Marc Ways (éditeur de jeu de cartes, le « Giscarte »), Journal « Le Monde » du 16 octobre 1976 p. 33.

qui semblent aux yeux de la justice une circonstance aggravante que de simples représentations humoristiques ou satiriques. D'autre part, la diffamation concerne la divulgation d'un secret, ou la diffusion des propos mensongers en vue de nuire à une personne, dont les contenus ont été rendus accessibles par n'importe quelle voie au public : « sera diffamatoire tout portrait qui contient l'allégation ou l'imputation d'un fait portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne représentée »¹. Comme l'injure, toute offense faite aux particuliers² peut encourir des sanctions pénales³. L'art. 32, al. 2 énumère les motifs diffamatoires à l'endroit d'une personne ou de groupe de personnes⁴ : à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée et les motifs publiquement injurieux à l'endroit des mêmes personnes et pour les mêmes raisons.

680. Concernant l'honneur, la loi de 1881 sur la liberté de la presse règle sa protection contre toutes les atteintes pour injure, diffamation⁵ et discrimination, il faut noter tout de même la différence qui pourrait avoir entre la diffamation et l'atteinte à la vie privée au-delà des règles procédurales pénales ou civiles, et concernant les faits constitutifs d'une diffamation ou d'une atteinte à la vie privée. P. ex., si « un journaliste fait état d'infractions pénales que quelqu'un aurait commises dans un passé récent, il y aura diffamation. S'il est simplement révélé que quelqu'un a rompu ses fiançailles ou a gagné le gros lot au loto, il y a une atteinte à la vie privée »⁶. La distinction des faits nous permet d'apprécier la gravité de l'acte reproché, ainsi si l'atteinte à la vie privée n'entraîne pas forcément un dommage conséquent au plaideur, il ne saurait admis comme motif grave justifiant l'autorisation du rejet. De même, la distinction entre insultes et injures graves permettrait également de placer

¹ BLIN H., CHAVANNE A. et DRAGO R., *Traité du droit de la presse* (Code Barbier), Librairies techniques, Paris, 1969, n° 334, p. 238, op. cit., in RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978.p. 500.

² Art. 32, al. 1 punit d'une amende de 12 000 € (loi n° 2019-222 du 23 mars 2019).

³ Les dispositions des art. 32, al.1 et 33, al.2 de la loi du 29 juillet 1881, punissent la diffamation publique et l'injure publique qui sont des délits de presse.

⁴ Frappés d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 45000 € ou l'une de ces peines.

⁵ Art. 29, Loi de 1881 sur la liberté de la presse : « la diffamation consiste en une allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ». Prétendre que son voisin est un voleur, ou qu'il entretient des relations coupables avec la fille mineure de l'épicière de la rue, c'est une diffamation, op. cit., in BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p.251.

⁶ LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.p. 247.

les faits dans le contexte et évaluer leur gravité, ainsi des invectives perpétrées dans un cercle familial fermé, c'est-à-dire d'une parole ou suite de paroles violentes et injurieuses contre quelqu'un dans un cadre restreint de la famille nucléaire ne constitue pas d'un motif grave justifiant la révocation d'une donation. Alors que les souhaits de mort sont une injure grave généralement réprimandée : « tu vas crever, vieille saleté, tu n'en as plus pour longtemps, tu iras faire la propriétaire au cimetière ou encore tu ne crèveras pas, pourrie »¹. Il en découle que la gravité d'une injure est caractérisée par une référence à la vie et à la mort, elle pourrait aussi se manifester par la connaissance ou la production de l'acte injurieux devant un public.

681. Éléments constitutifs de la diffamation. La gravité des faits. Alors que la matérialité de l'infraction consiste en une allégation ou imputation d'un fait portant atteinte à l'honneur ou à la considération d'autrui : ce qui suppose que la loi assimile les deux faits, il faut toutefois distinguer l'une de l'autre. En effet, « dans l'imputation, on attribue à autrui une chose dont on soutient personnellement qu'il est l'auteur... alors que l'allégation au contraire ne consiste pas dans un reproche direct... la propagation d'un bruit qui n'est ni prouvé ni contredit, moins affirmative, moins catégorique que l'imputation. »² De ce fait, il semble bien que l'allégation est moins grave, une sorte de soupçon plus ou moins dénué de preuves, alors que l'imputation est l'affirmation par son auteur d'un fait, d'un acte ou d'un propos attribué à une personne, vrai ou mensonger. Dans tous les cas, la loi de 1881 réprime les deux comportements délictueux sans faire de différence sur l'existence d'une diffamation, c'est dans la répression qu'elle punit plus sévèrement l'imputation que l'allégation.

682. L'intention coupable ou « au moins la connaissance chez l'auteur de l'imputation, des conséquences préjudiciables qui pourraient en résulter pour la personne diffamée ou injuriée »³ : « c'est la pensée consciente de causer un dommage à autrui, l'esprit de dénigrement, de méchanceté, celui qui est inspiré par la haine ou par la jalousie »⁴. La bonne foi exclut-elle la malveillance ? Telle est la question à répondre pour dédouaner l'auteur d'un fait injurieux ou diffamatoire de toute intention de nuire malveillante pouvant causer un préjudice : le préjudice est ici purement moral touchant à l'honneur et à la réputation sans parler de tout autre préjudice pécuniaire ou matériel. Dès lors, il faut savoir si la malveillance

¹ MALAURIE Philippe et BRENNER Claude, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ-Lextenso, 2018.p. 282.

² FOURCAND Pierre, *Des injures en droit romain, De la diffamation en droit français*, Thèse, Bordeaux, 1891.p. 110.

³ PETIT Jean, *Injures et diffamations envers la mémoire des morts*, Nancy, 1934.p. 101.

⁴ FOURCAND Pierre.p. 122 et s.

découle même du motif de l'acte ou de la nature des faits : ainsi la bonne foi peut écarter l'intention de nuire si le motif justifie l'acte lui-même, c'est-à-dire le but de l'acte n'est pas de nuire à autrui. Alors que si la bonne foi tire son fondement de la nature des faits imputés qui sont vrais, elle peut faire bénéficier à son auteur de circonstances atténuantes.

683. La publicité. La loi de 1881 prévoit dans son art. 23 le délit de la diffamation verbale comme écrite, d'une part dans les lieux publics ou par des réunions publiques et d'autre part dans les ventes et diffusions de la parole et des écrits. Pour que les actes d'injures ou de diffamations soient constitués, il faut donc que la diffusion ou l'imputation d'un fait de façon à nuire à la personne soient rendues publiques. Un autre exemple récent nous montre non seulement le caractère public de l'injure, mais également les propos jugés injurieux par la justice française qui portent sur la considération du genre humain et de la honte. Les faits ont été relatés par les médias¹ : « L'adjointe au maire de Taverny avait-elle dépassé les bornes, le 23 juin 2021 lors d'un conseil municipal ?... Le groupe d'opposition... lui reproche d'avoir conclu son intervention par la phrase : « Vous êtes la honte du genre humain, messieurs dames ! ». Si la défenderesse n'a pas nié avoir tenu ses propos devant le tribunal correctionnel de Pontoise, le Président du céans lui fait rappeler : « Vous saviez que vous êtes dans une réunion publique, qu'il faut modérer ses propos. Vous pouviez vous arrêter », en continuant après la défense que : « c'est un peu la loi du genre. Il peut y avoir une marge entre l'attaque politique et l'injure... ». Le tribunal a estimé que « l'adjointe au maire de Taverny avait bien franchi les limites du débat politique, même vigoureux, et l'a reconnue coupable du délit d'injure publique »² et la condamne à une peine d'amende avec sursis de 100 €, de verser 1 € symbolique chacun à la partie civile au nombre de 4 et au remboursement de leurs frais de justice de 700 € conformément à l'art. 700. La prévenue compte faire appel de la décision, mais nous ne saurons sûrement pas l'issue définitive de cette affaire tout en espérant terminer notre travail d'étude et de recherche bien avant. En matière d'injures, nous pouvons soulever les problématiques des lettres injurieuses qui sont adressées à une personne dans l'intention strictement limitée à la destination personnelle, qui ne constituent pas une diffamation. Mais

¹ PAR FRÉDÉRIC NAIZOT LE 3 NOVEMBRE 2022 à 18h40, « Taverny », sur *Leparisien.fr* [en ligne], publié le 3 novembre 2022.

² 20MINUTES AVEC AGENCE, « L'adjointe à la maire de Taverny reconnue coupable d'injure publique », sur *Www.20minutes.fr* [en ligne], publié le 11 janvier 2023. ; PAR FRÉDÉRIC NAIZOT LE 10 JANVIER 2023 à 16h39 et À 16H43 Modifié Le 13 Janvier 2023, « «Vous êtes la honte du genre humain» », sur *Leparisien.fr* [en ligne], publié le 10 janvier 2023.

dans l'hypothèse de diffamation « la mauvaise foi et l'intention malhonnête sont trop difficiles à établir... »¹ : il arrive que la lettre injurieuse en question ait été divulguée par une autre personne que le destinataire pour une raison quelconque. De ce fait, l'auteur de la lettre injurieuse peut être poursuivi par d'autres personnes ou les membres de la famille de la personne visée par la lettre. Il en fut par exemple du cas d'un avocat qui par suite de la perte d'un procès devant le tribunal commercial avait envoyé à son client une lettre injurieuse ou « désobligeante » visant le Président de cette juridiction, sauf que le client décède et le notaire trouva cette lettre et la communiqua au magistrat concerné. Ce dernier demanda au Procureur général de poursuivre l'avocat, le verdict tombe, la Chambre des requêtes affirmait dans son arrêt qu'« il ne peut être porté atteinte au principe de l'inviolabilité du secret des lettres au moyen de procédés délictueux, ce principe d'une haute moralité intéressant l'ordre public »². Ainsi, si l'inviolabilité du secret des lettres est considérée d'ordre public, « celui qui reçoit une lettre injurieuse, porta-t-elle la mention qu'elle est confidentielle, peut demander la réparation des injures qui y sont contenues »³, et ce [« dans l'intention de l'auteur de ces lettres... pour le destinataire lui-même ou un tiers, étaient destinées à être communiquées »⁴]⁵. Sans remettre en cause ce principe, ces lettres injurieuses d'une intention malveillante et malhonnête, sans pour autant avoir été exprimée publiquement ou de mention de confidentialité suscitent des problématiques de qualification des faits reprochés.

684. De la protection contre les injures et diffamations envers la mémoire des morts.

Porter atteinte à la mémoire d'un mort n'est autre que nuire à sa réputation constitutive de l'imputation. P. ex., « le fait de présenter un individu comme enfant naturel peut être considéré, en fait, comme constituant une diffamation indirecte envers la mémoire de la mère »⁶ puisqu'il suppose que cette dernière l'a accouché en dehors du mariage. Une autre limite de la protection du droit de la personnalité et notamment du droit à l'honneur concerne sa non-transmission au décès de la personne visée à ses héritiers puisque l'art. 34 de la loi du 29 juillet 1881 ne prévoit pas la sanction des atteintes (injure ou diffamation) à la mémoire

¹ BEAUSSIRE, *Les Principes du droit*, 1888, p.385. Op. cit., in HUGUENEY Louis, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse, Dijon, 1904.p. 327.

² Chambre des requêtes, 11 mai 1877 ; Sirey, 1877. 1. 264.

³ Limoges, 12 février 1894 ; D.P., 1895. 2. 537

⁴ Orléans, 20 juillet 1896 ; Sirey, 1896. 2. 248.

⁵ LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.pp. 148-149.

⁶ Cass. Crim., 15 novembre 1900 : D.P. 1901, I, 286 ; Sirey, 1904, I, 111, in PETIT Jean, *Injures et diffamations envers la mémoire des morts*, Nancy, 1934.p. 102.

d'un défunt que dans les cas où ses auteurs « auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants ». De plus, la jurisprudence exclut les héritiers indirects, le fils de l'héritier et les gendres : « en d'autres termes, les atteintes à la mémoire d'un défunt ne peuvent être sanctionnées qu'à la condition qu'elles aient eu pour but réel de diffamer ses héritiers »¹ alors même qu'il faut prouver au préalable qu'il y a une injure ou une diffamation envers la mémoire du défunt². Contrairement aux prérogatives du droit moral de l'auteur ou selon l'art. 6, al. 4, loi du 11 mars 1957 : « Il [le droit de l'auteur au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre] est transmissible à cause de morts aux héritiers de l'auteur ». Autre protection contre l'atteinte à la mémoire des morts par la loi pénale est prévue par l'art. 225-17 sur l'intégrité physique du corps humain qui se prolonge après la mort et de la profanation des sépultures et monuments funéraires. Le respect dû aux morts n'est pas seulement une obligation morale, elle est une obligation légale³ que la jurisprudence reconnaît son existence et sanctionne constamment. Enfin, l'anc. art. 1382 (art. 1240 du CCF) a une portée générale et s'applique sans limitation à la presse, d'après la Cour de cassation, en annulant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris jugeant qu'un organe de presse ne pouvait voir sa responsabilité engagée sur le fondement de cet article où les conditions selon lesquelles la diffamation et l'injure⁴ peuvent être sanctionnées⁵.

4) Règles communes aux injures, à la diffamation et au rejet.

685. L'« *exceptio veritas* » constitue une exonération à la sanction de la diffamation quand l'auteur peut prouver les faits publiés, cependant elle est exclue en matière d'atteinte à la vie privée (art. 35 al. 3, loi de 1881). Par ailleurs, si la responsabilité résulte de l'abus de la liberté de la presse, l'anc. art. 1382 (art. 1240 du CCF) ne peut être soulevé pour la réparation, la loi

¹ CHAMAGNE Catherine, « Les diffamations et injures envers la mémoire des morts » : [en ligne], *LEGICOM*, 28, Victoires éditions, 2002.p. 35.

² PETIT Jean.p. 100 et s.

³ Cour de cassation du 2 juin 1953.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 11-19.530 : tenir des propos insultants sur des réseaux sociaux ne constitue pas un acte d'injure publique dès lors qu'ils sont publiés au sein d'une communauté d'intérêts. « L'injure... expression outrageante, méprisante ou d'une invective. Elle ne renferme l'imputation d'aucun fait... », in BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p.251.

⁵ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p. 45.

de 1881 reste exclusivement applicable¹. La deuxième règle commune découle du principe « *Volenti non fit injuria*², nul ne fait tort à qui consent » : « la jurisprudence française applique, de façon constante, ce principe, en déboutant la personne représentée de ses prétentions lorsqu'elle a autorisé la réalisation et la publication de l'image litigieuse »³. Entre le droit de la protection de la personnalité et le manquement de respect à la personne se lève une limite qu'est la permission expresse, l'autorisation ou le consentement de l'intéressé ; sa volonté même unilatérale lui prive de toute demande en diffamation ou injure. Mais toujours est-il que l'acceptation expresse de la personne à la diffusion ou à la publication de son image n'implique pas qu'elle abandonne ses droits à la protection de sa vie privée et intime. La gravité des faits constitue la troisième règle commune : elle permet l'application de ces trois sanctions différentes. Nous pouvons affirmer que la diffamation est faite de mauvaise foi et dans l'intention de nuire à une personne puisque les propos tenus sont souvent contraires à la vérité, et c'est par l'« exception de vérité », *exceptio veritatis*, que peut se dédouaner de toute mauvaise foi ou d'intention de nuire l'auteur de la diffamation. Cependant, une personne est protégée par le droit au secret ou le droit à la discrétion, car « certains faits, très intimes ne doivent pas être révélés, même s'ils sont vrais »⁴ : en effet, la médisance qui consiste à dire du mal d'une personne ou d'une chose même s'il est vrai peut très bien être assimilée à la diffamation si le but est de la nuire et dans la limite du droit au secret. En droit belge, l'injure grave pour obtenir le divorce coïncide paradoxalement à l'extrême indulgence « ... devant les difficultés conjugales qui ne sont peut-être pas aussi graves ni aussi irrémédiables que les époux veulent croire »⁵, posant ainsi des limites à l'application systématique de l'injure suivant les faits. L'acte constitutif d'injure grave ou de diffamation justifie l'intention de nuire et l'atteinte à l'honneur familial, conditions du rejet.

¹ Cass. Ass. Plén., 12 juillet 2000, n° 98-10160, suscité : JCPG, 2000, I, 280, n° 2, obs. G. Viney ; D. 2000, somm. 463, obs. P. Jourdain : « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juill. 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ».

² « Le mot *injuria*, dans son sens le plus large, embrasse tout acte contraire au droit, *omne quod non jure fit* », in FOURCAND Pierre, *Des injures en droit romain, De la diffamation en droit français*, Thèse, Bordeaux, 1891.p. 7.

³ RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978.p. 247.

⁴ STEULLET Alain, *La victime de l'atteinte à l'honneur, Étude de droit pénal et de procédure pénale suisses*, Éditions Ides et Calendes, 1983.p. 31.

⁵ DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, tome I, n° 847, in SAVATIER René, *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 1963.p. 71.

C. De la condamnation à des peines afflictives et infamantes

686. Il fut un temps où la justice pénale se traduit par des peines corporelles, «jugées déshonorantes»¹ puisqu'elles eurent été ordonnées et appliquées en public. Ce temps est révolu, néanmoins, la condamnation à une peine criminelle n'est pas moins humiliante que les châtiments corporels à la différence de la condamnation à la peine de mort qui ne laisse plus de jugement moral de la société qu'aux proches du condamné à mort. Le Code pénal malgache définit les peines criminelles comme afflictives et infamantes ou seulement infamantes (art. 6), les premières sont énumérées comme la peine de mort (abrogée), 2° les travaux forcés à perpétuité ; 3° la déportation ; et les peines à temps de 5 ans au moins et de 20 ans au plus ; 4° les travaux forcés à temps ; 5° la détention ; 6° la réclusion (art. 7). Les peines infamantes ne sont plus que la dégradation civique (art. 8-2°), car le bannissement a été abrogé : la dégradation civique est définie comme la destitution et l'exclusion des fonctions publiques, la privation du droit de vote, l'inéligibilité, l'incapacité d'être jury-expert, témoins, de faire partie du conseil de famille, tuteur, de privation de port d'armes, etc. (art. 34, 1° à 5°). L'intérêt de décrire ces sanctions pénales réside dans ce que les Malgaches considèrent comme des peines afflictives et infamantes : une «condamnation pour crime ou délit entachant l'honneur de la famille»². Ces peines touchent en effet la question d'honneur familial, étant donné l'appréciation particulière de la famille malgache et la portée sociale de l'identification d'une personne ; du nom et de son étendue à la famille élargie, à la tribu ou à la communauté. P. ex., la condamnation à ces peines justifie la demande en divorce par le conjoint du délinquant : «c'est une cause suffisante du divorce par l'autre conjoint» (art. 67, al. 1 de la loi n° 2007-022) sauf s'il est prouvé par le défendeur que la situation n'a pas rendu intolérable le maintien de la vie commune, appréciée par le juge (al. 2). Dès lors, nous pouvons confirmer que la condamnation à l'une de ces peines constitue un motif grave entachant l'honneur familial et servira de grief au rejet. Le tribunal³ autorise le rejet, ayant pour motifs graves l'atteinte à l'honneur familial et le manquement au devoir de respect, du fils délinquant récidiviste non condamné à des peines afflictives ou infamantes. Son inconduite sociale a été reconnue par la justice comme étant nuisible à l'honneur familial, de plus, il n'a jamais nié les faits qui lui ont été reprochés.

¹ LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 207.

² CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Aîné, 1900.p. 254.

³ TPI de Tamatave du 18 mai 1994, n° 231 suscité.

SECTION B. Sanction des manquements graves aux obligations de secours et d'assistance

687. Le législateur moderne consacre la sanction aux manquements graves des obligations de secours et d'assistance envers le rejetant ou la famille (art. 80 de la loi 63-022) de la législation orale et traditionnelle par le rejet¹. En effet, tout en légiférant les règles en matière de filiation et de tutelles, il pense écarter tous les abus constatés dans la pratique du rejet : il juge utile d'encadrer les motifs du rejet pour manquement aux devoirs familiaux. On définit l'objet de l'obligation alimentaire d'une manière qui souligne son originalité au sein de la théorie des obligations, en disant que cet objet est de faire vivre le créancier dans la mesure où le débiteur le peut² (en nature ou en argent). L'entraide familiale est d'abord estimée en nature, et dans la mesure du possible exécutée en nature également selon les besoins du créancier d'aliments. Dans notre objet, la charge de parents âgés est souvent assumée par un de ses descendants pour le logement, faute de moyens financiers, structurels et matériels d'accueil des personnes âgées. De ce fait, les autres membres de la famille, codébiteurs d'aliments, doivent participer selon leurs possibilités et moyens, pécuniairement ou naturellement, à l'assistance de leurs parents et aînés. Dès lors, celui qui ne peut pas apporter sa contribution en nature (service, nourritures, vêtements, logement, soins, médicaments, etc.) se verra contraint de verser de l'argent pour sa participation. Si telle est la mise en œuvre de l'obligation alimentaire envers les parents et ascendants dans la vie sociale des Malgaches où la solidarité d'entraide familiale est le fondement même de la famille, digne et responsable. Celle entre les époux ou envers les enfants légitimes après le divorce, et les enfants naturels suit normalement la prestation de la pension alimentaire fixée à l'amiable entre les parties ou par le juge. Le devoir de secours est assimilé par le droit positif comme une obligation alimentaire, et traduit l'obligation d'un époux de subvenir aux besoins alimentaires de l'autre (logement, nourriture, vêtements, etc.)³, alors que le devoir d'assistance suppose un appui physique et moral aux personnes malades ou dans la détresse.

¹ Actes n° 20, 21 du 29 août 1914 à Tananarive-Ambohimananarina suscités ; acte n° 13 du 17 avril 1929 à Majunga-Ville, le père rejette sa fille adoptive en évoquant qu'elle ne se souciait pas de lui et de sa maladie et le méprisait ; acte n° 23 du 19 octobre 1928 à Majunga-Ville, le père rejette aussi sa fille adoptive en indiquant que malgré le fait qu'elle savait qu'il était tombé gravement malade pendant un mois, elle n'a apporté ni soins, ni secours, ni assistance.

² CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 560.

³ BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ Lextenso éditions, 2010, p. 383.

I. De l'obligation de secours et d'assistance du droit de rejet malgache

688. Dès l'aube de la législation orale et du droit écrit malgaches, les proches parents se devaient de l'aide, de l'assistance et des aliments. Ces règles coutumières avaient été reprises par l'art. 110 ou si un enfant ne remplit pas ses obligations, le gouvernement opérera sur ses biens un prélèvement destiné à subvenir aux besoins de ses père et mère et ascendants indigents » et de l'art. 111 du code de 1881 : « les parents doivent, dans des conditions convenables, pourvoir à la nourriture et à l'habillement des enfants malheureux dont la mère, décédée ou divorcée, ne vit plus sous le toit paternel... ». Ce dernier cas fait allusion aux orphelins et les enfants mineurs dont le père a la garde après le divorce au-delà des obligations alimentaires du fait de l'autorité parentale et découlant des effets du mariage. On entend par rapport alimentaire, un rapport d'obligation par lequel une personne, qui en a les moyens, est tenue d'assurer la subsistance (aliments au sens large, juridiquement, de ce qui est nécessaire aux besoins de la vie courante) d'une autre personne, qui est dans le besoin. Le rapport alimentaire et de sa réciprocité, sont attachés par la loi à des rapports de famille suffisamment proches : entre certains parents ou alliés et les enfants (art. 63 à 65 de la loi n° 2007-022), entre époux (art. 55), et même entre l'adoptant et l'adopté simple (art. 35, al. 1-2 de la loi n° 2017-014). Cependant, l'obligation alimentaire envers les enfants semble mieux organisée que l'inverse : de plus, la loi sur le rejet exclut l'obligation d'entretien ; charges qui « sont des fonctions spécifiquement parentales donc unilatérales... pèsent sur les parents sans réciprocité »¹, du moins pendant la minorité des enfants.

A. De l'obligation de secours

689. Il arrive à l'esprit, par réflexe intellectuel, de penser à la notion de devoir de secours entre époux prévu dans le Code civil, une obligation découlant des rapports familiaux horizontaux : de même, le devoir de secours est prévu par le Code pénal, malgache et français. Pour circonscrire ainsi le devoir de secours dans les relations familiales intergénérationnelles, nous allons faire une approche civile dans les deux droits malgache et français afin d'obtenir tous les éléments qui pourraient être pris en compte dans la détermination du manquement aux devoirs de secours dans lesdites relations. En droit malgache, le devoir de secours entre époux consiste, dès l'aube de la législation écrite, en une prestation en nature ou en argent découlant des obligations du fait du mariage. Il s'agit de l'affectation du travail et des ressources de chacun des époux à subvenir aux besoins de la vie quotidienne du couple, mais aussi à l'arrivée subséquente d'enfants. Entre époux, le rapport alimentaire revêt une

¹ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 137.

physionomie originale, que souligne une dénomination particulière : le devoir de secours. Le régime matrimonial contient toujours, sous une enveloppe plus ou moins riche, la mise en œuvre du devoir de secours : si la loi accorde des droits successoraux au conjoint survivant ; c'est en considérant qu'il faut, au-delà de la mort, prolonger et consolider le devoir de secours. L'art. 55 de la loi sur le mariage impose au couple un devoir mutuel de secours, il ne se manifeste concrètement que si les époux sont séparés de corps ou de fait (art. 53), divorcés, ou l'un des époux est décédé, par le versement de pensions alimentaires à l'époux qui se trouve dans le besoin¹. La loi permet alors à l'époux nécessiteux de demander de l'aide matérielle à l'autre, ou en cas de décès de jouir de certains avantages matériels (p. ex., la jouissance du logement pendant un an) et patrimoniaux. Mais le devoir de secours entre époux et celui entre parents et enfants ne se présentent pas de la même manière et n'engendrent pas nécessairement les mêmes effets : si le premier dérive d'un contrat, le second tient son fondement par un fait juridique du lien de parenté ; légitime, naturel ou adoptif. Dans les relations entre époux, le devoir de secours et d'assistance ne repose pas seulement sur le besoin et l'urgence, mais dépend également d'autres conditions de vie que chacun entame après les événements de rupture de la vie commune : or pour les relations verticales intergénérationnelles, il est rattaché à la vie du créancier et du débiteur. Ce qui peut se traduire ici dans les relations familiales verticales comme le versement d'une somme d'argent aux parents qui sont démunis. Le caractère urgent et immédiat, et le caractère pécuniaire du devoir de secours, autrement dit, le terme « secours » implique un risque de perte ou un danger corporel ou matériel pour celui qui en a besoin. Enfin, le devoir de secours entre époux est pourvu d'exécution forcée en cas de manquement, ce que le rejet substitue par la rupture du lien de filiation et l'éventuelle annulation rétroactive d'une donation dans le sens vertical.

B. De l'obligation d'assistance

690. À la différence du devoir de secours, les devoirs d'assistance² semblent imbriqués de caractère physique et moral : ce qui reflète l'idée d'une assistance dans le mariage de l'un des époux à l'autre qui se trouve dans la tristesse ou dans la maladie : concrètement, la personne a besoin d'un soutien moral et physique, mais aussi d'entretien et de soins médicaux, ne serait-ce que le fait d'apaiser les douleurs physiques et mentales. Le manquement aux devoirs

¹ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017, p.389.

² C.A Paris, 12 janv. 1972, D. 1972, 217, note J.C. au titre du devoir d'assistance, la jurisprudence sanctionne le désintérêt manifeste opposé par une épouse à l'égard de son conjoint, in *Ibid.* p.387.

d'assistance entre les époux ou « le refus d'assistance peut, suivant les cas, constituer une injure grave¹ susceptible de servir de base à une demande de divorce : le contenu de l'assistance n'est que les soins particuliers apportés par l'un en cas de maladie ou de fièvre de l'autre conjoint. Selon M. Campion, la reconnaissance du devoir d'assistance en tant qu'obligation légale se manifeste déjà dans les obligations alimentaires entre parents (art. 205 CCF ; art. 63 de la loi 2007-022) et de leur réciprocité art. 207, entre époux (art. 212 ; art. 55 de la loi malgache), entre alliés, gendres - belles filles et beau-père - belle-mère (art. 206 ; art. 64 de la loi malgache). Les contenus du devoir d'assistance semblent élucidés par la jurisprudence qui, entre époux, a écarté le droit à salaire pour l'aide et les soins fournis de l'un à l'autre² : « mais pour que le refus d'assistance soit illégitime, il faut que l'assistance soit un devoir juridique et non pas seulement un devoir moral³ »⁴. Le devoir d'assistance s'entremêle avec le devoir de respect en matière de mariage, et « se diversifie en devoirs de sincérité, solidarité, honneur ; les époux doivent faire part de courtoisie, prévenance ; il incluait autrefois le respect mutuel »⁵. Il en ressort de ces arguments que le devoir d'assistance entre parents et enfants majeurs correspond à venir en aide et soins aux parents devenus vulnérables ou dans certaines difficultés de subvenir à ses besoins compte tenu de leurs maladies ou de leurs dépendances dans la vie quotidienne. Son manquement justifie le rejet, à condition que les parents, ascendants, ou autres personnes aient assumé antérieurement leur devoir similaire.

1) Obligation de soins

691. Ainsi, les objets de l'assistance ou de secours sont invariables dans les relations horizontales et verticales familiales. L'obligation de secours et d'assistance, « sous son aspect moral ou affectif, une jurisprudence traditionnelle sanctionne le refus de soin ou l'abandon du conjoint malade »⁶. Cette obligation d'assistance peut être assimilée aux devoirs d'aide et de

¹ GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 21.

² CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 113. V. Cass. Civ. 2^e du 19 mars 1954, D.54, 329 ; Cass. Civ. 1^{re} du 8 juin 1963, D.64, 713.

³ CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927.p. 110.

⁴ Idée partagée et trouvée assez intéressante pareillement par ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929.p. 58, p. 91 et s.

⁵ BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ Lextenso éditions, 2010.p. 380.

⁶ TGI Lyon du 15 décembre 1977, D. 1978.201 note Breton refuse le divorce pour rupture demandé par une femme contre son mari placé en hôpital psychiatrique depuis 40 ans, mais guéri depuis longtemps et accorde le

soins entre époux dans les deux droits, même si « la mesure et les modalités du devoir sont affaire de mœurs et de circonstance ». Par conséquent, on peut tirer de son existence que l'enfant ne pourra réclamer à ses parents nécessiteux une indemnité ni toute sorte de rétribution fondée sur le devoir et inversement. Le devoir passe avant le droit, c'est l'exécution d'une obligation, née de la filiation, transcendante aux autres obligations contractuelles. La justice malgache valide le manquement à l'obligation d'assistance et de soins des parents, ascendants ou adoptants comme cause suffisamment grave pouvant entraîner le rejet¹ quand une négligence manifeste ou l'intention de nuire est prouvée.

2) L'assistance aux aînés

692. La transposition de la justification d'un motif grave en matière de divorce dans les relations intergénérationnelles pourrait à notre avis aider à contenir les causes non spécifiées du rejet malgache. Dans l'objet du devoir de respect aux aînés, nous privilégions l'idée d'un devoir juridique d'assistance fondé sur une morale idéale que celle fondée sur une morale sociale² qui réclame sans cesse un besoin social de solidarité entre individus par l'intermédiaire de l'État. Le devoir juridique d'assister sa famille, sa communauté, a été reconnu depuis la nuit des temps par les pouvoirs publics à Madagascar, de source coutumière. Il est rentré et sanctionné dans le droit sans recourir à l'« État providence », confié par l'État à la solidarité sociale de base et non à la solidarité nationale : à la proximité de l'intervention et à la conscience individuelle d'appartenir à une famille, une grande famille, c'est l'« esprit du *Fihavanana* » avons-nous dit. « L'idée d'assistance apparaît de la façon la plus nette dans les obligations naturelles relatives à la fourniture d'aliments »³, là où la loi civile ne l'impose pas expressément : p. ex., le devoir d'assistance entre frères et sœurs⁴, aux enfants naturels⁵, adultérins et même incestueux⁶. Il en fut de même pour les frais funéraires

divorce pour faute sur demande reconventionnelle du mari, in HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, L.G.D.J, 1991.p. 195.

¹ TPI de Tananarive, du 13 août 1984, n° 2615 suscité : « la défenderesse a coupé entièrement ses relations avec lui [le père adoptif] ; qu'elle ne s'est souciée ni de sa santé ni de sa personne ; que même à l'occasion du Nouvel An, elle s'abstient de lui présenter ses vœux ; ... ».

² VON JHERING Rudolf, *Evolution du droit*, Traduction Meulenaere Octave, n° 212, op. cit., in CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927.p. 135.

³ *Ibid.*p. 124 et s.

⁴ Bruxelles, 11 Janvier 1854 (sœurs et frères germains), Cass. Civ. 22 août 1826 (naturels), D.P., 1827, 1, 7.

⁵ Cass. Civ. 3 avril 1882, Recueil Sirey, 1882, 1, 404 ; Aix, 5 avril 1913, Recueil Sirey, 1913, 2, 313.

⁶ Paris, 18 février 1910, Recueil Sirey, 1910, 2, 225 ; Rennes, 31 décembre 1834, Recueil Sirey, 1836, 2, 506.

qui s'imposent aux héritiers¹, considérés par le juge comme une obligation alimentaire² avant d'être reconnus comme une obligation civile même si l'héritier renonce à la succession. Dans tous les cas suscités, il appartient au juge du fond d'apprécier la reconnaissance d'une obligation naturelle en obligation légale³ sur fondement d'un devoir moral métamorphosé en obligation naturelle qu'est une obligation juridique. Il faut avouer que l'assistance aux aînés, aux parents vulnérables, manque de mesures d'exécution forcée et directe : le rejet sanctionne en dernier recours les manquements aux obligations, d'assistance et de secours, définies comme des obligations de faire extracontractuelles de nature personnelle⁴.

II. De l'obligation alimentaire en droit comparé

693. Nous avons vu comment la justice malgache assimile l'atteinte à l'honneur familial au manquement grave aux devoirs de secours, d'assistance, et de respect envers le rejetant ou la famille : de plus, les énoncés prescriptifs et descriptifs des objets de l'honneur coïncident avec ceux du respect. Nous verrons en droit comparé le régime des obligations alimentaires : les aliments, selon l'acception technique, englobant la nourriture, l'habillement, le logement, le chauffage, les soins médicaux et chirurgicaux, tout ce qui est nécessaire pour le besoin de la vie, les frais de dernière maladie⁵ et même les frais funéraires⁶ ; l'unité des obligations alimentaires familiales⁷ ; « la tradition est constante ; la jurisprudence s'y conforme »⁸. Ce qui pourrait s'entendre d'un minimum vital, quasi physiologique, mais comporte en pratique une adaptation à la condition sociale et aux habitudes antérieures du créancier. Nous incluons l'étude des devoirs de secours et d'assistance, le secours se distingue de l'assistance par son caractère pécuniaire⁹, dans cette approche de l'obligation alimentaire au sens large du terme.

¹ Trib. Nancy, 30 janvier 1902 ; Trib. Boulogne, 28 novembre 1902, D. P., 1902, 1, 52.

² Trib. Seine, 7 janvier 1902, D. P., 1902, 1, 52.

³ Cass. Civ. 22 août 1826, Dalloz, Répertoires, Dispositions entre vifs, n° 1311

⁴ DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préf. Levasseur Georges, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1960.p. 166 et s.

⁵ Nancy, 30 janvier 1902 ; Boulogne-sur-Mer, 28 novembre 1902, Sirey 1903, 2, 52 ; Tribunal de paix d'Eygurande, 10 juillet 1907, D. 1908, 5, 9.

⁶ Seine, 7 janvier 1902, D. 1902, 2, 174, Sirey 1903, 2, 52.

⁷ PELISSIER Jean, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Lyon, 1960.pp. 439-448.

⁸ PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation)*, Tome II, 2^e édition, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.p. 31.

⁹ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 66.

A. De l'obligation alimentaire en droit français

694. « On qualifie d'alimentaire l'obligation imposée à une personne de fournir à une autre personne les secours nécessaires à la vie... l'obligation alimentaire résulte du lien familial, et la loi la consacre dans les hypothèses où ce lien est particulièrement étroit »¹, elle est « l'exécution d'un devoir de solidarité familiale »², faute d'être énuméré par la loi, ce secours ne constituerait au surplus qu'une obligation naturelle. Désormais, les personnes tenues de l'obligation alimentaire sont désignées par la loi et ne touchent que quelques catégories, à savoir, les époux (art. 212 et 214 du CCF), les parents en ligne directe (art. 203 et 205), de certains alliés (art. 206), et de la parenté adoptive assimilée à la lignée directe (art. 355). Dans la désignation des débiteurs d'aliments et du principe d'égalité des filiations (art. 334), tous les enfants légitimes, naturels et même adultérins ou incestueux se retrouvent en droit d'exiger de leurs parents des aliments et inversement, ils seront tenus de cette obligation alimentaire à leur majorité et sous réserve des besoins et de capacité, respectivement du créancier et du débiteur. Par ailleurs, l'art. 238 assimile le devoir de secours entre époux à tout ce qui est nécessaire au traitement médical du conjoint malade et apparaît comme un devoir d'assistance de venir en aide matérielle, de soins et probablement morale à son conjoint.

695. En France, l'assistance aux personnes âgées privées de ressources et aux malades incurables fut organisée par les pouvoirs publics depuis des siècles, bien avant la période révolutionnaire. La mission des Congrégations et des Confréries relayée par eux dans l'organisation des hospices régie par la loi du 14 juillet 1905 la prévoyait pour : « tout Français, privé de ressources, soit âgé de plus de 70 ans, soit atteint d'une maladie incurable ne lui permettant pas de subvenir à ses besoins »³. On aurait souhaité surtout, quitte à la mesurer plus strictement que dans la ligne directe, une obligation alimentaire entre frères et sœurs⁴. La jurisprudence⁵ a partiellement tenu compte du vœu en reconnaissant entre frères et sœurs l'existence d'une obligation naturelle de secours : si un individu verse spontanément des subsides à son frère dans le besoin, ce versement ne constitue pas une libéralité, mais le paiement d'une dette, et ne peut être remis en question (anc. art. 1235, al. 2). Le devoir d'assistance familiale n'est pas un acte de complaisance, ni des obligations qui naissent d'un

¹ PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, pp. 18-19.

² RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Droit de la famille*, 2001/2002, Dalloz, 2001, p. 772.

³ ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929, p. 20.

⁴ BONNECASE, *Philosophie du Code Napoléon*, n° 70.

⁵ Requête du 7 mars 1911, D. 1913, I, 404.

contrat, mais bien des obligations que la loi impose aux membres de la famille. Au-delà du contrat de mariage s'il en existe, les rapports de droit familiaux verticaux imposent l'entraide familiale et l'assistance à un membre de la famille qui en a besoin. Et même s'« il n'existe aucune obligation alimentaire entre les collatéraux notamment entre frères et sœurs, la jurisprudence reconnaît parfois qu'existe une obligation naturelle d'assistance »¹. L'abandon de famille faisant l'objet, par la loi du 7 février 1924 de la création (anc. art. 357-1 du CPF)², d'un délit puni d'une amende et/ou de prison le fait de rester plus de trois mois sans acquitter les arrérages d'une pension alimentaire due à son enfant mineur, à un ascendant ou à son conjoint. Ce qui nous fait constater la subsidiarité de la réponse civile à une obligation civile, la personne vulnérable ou incapable doit recourir à une action pénale pour se faire entendre, se faire respecter. La vocation alimentaire réciproque entre descendants et ascendants³ est considérée comme un dispositif de détresse, un relais de l'obligation parentale d'entretien⁴ : cependant, la tendance semble diviser l'unité de l'obligation alimentaire quand les réformes dispensent les enfants ou petits-enfants des obligations de soins et d'assistance (art. L.132-6, 2° et 3°), dans la demande d'aide sociale à l'hébergement pour les grands-parents.

696. Les enfants doivent des aliments à leur père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin (art. 205 du CCF) : l'obligation alimentaire ne connaît pas de limites de degré dans le lien de filiation ; elle est imposée à tous les descendants au nom du devoir filial. Au vu d'une filiation légalement établie, dans une famille légitime, naturelle ou adoptive, les enfants ont les mêmes droits et les mêmes devoirs envers leurs ascendants (art. 310-1 et 2, art. 258, CCF). Ce sont, en réalité, des obligations alimentaires qui naissent de la parenté et de l'alliance, nous confirmons. Or, si l'enfant est non solvable alors même qu'il dispose de quoi accueillir ses parents nécessiteux, ces derniers ne peuvent compter que sur la solidarité nationale et l'aide de l'État : « la vérité est que, de sa nature profonde, l'obligation alimentaire est une obligation qui n'a rien de monétaire, l'obligation de faire vivre autrui »⁵. L'art. 210 permet désormais de recourir à la prestation en nature de l'obligation alimentaire, mais

¹ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p.587.

² Modifié par la suite par la loi du 3 avril 1928, celle du 23 juillet 1942, entre autres et par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 et s. relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et de procédure pénale.

³ Grenoble, 8 avril 1870, D. 70, 2, 226 : Sirey, 1871, 2, 36 : la justice écarta auparavant l'extension de l'exécution de l'obligation alimentaire de l'enfant devenu adulte qui doit des aliments à ses parents.

⁴ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006. p. 235.

⁵ Civ. 29 mars 1950, D. 50, 593 ; Civ 1 10 mai 1955, D. 55, 484, J.C.P., 55, 2, 8812, n. Esmein.

impose le recours au juge. S'il arrive souvent que le petit-fils ou la petite-fille ait été élevé et éduqué par les grands-parents, il faut rajouter que l'obligation alimentaire prévue par l'art. 206 entre gendre-belle-fille et beaux-parents, ne s'étend pas aux grands-parents de son conjoint¹. De ce fait, l'obligation alimentaire avec les alliés ne doivent pas être limitée aux seuls parents, cette absence de réciprocité reposerait sur le seul devoir de conscience de l'époux « étranger » et ne trouvera force obligatoire que par l'appréciation souveraine du juge de l'intimité qui existe entre les grands-parents et le conjoint. Au fil du temps, la justice française et la loi ont étendu de plus en plus la réciprocité de l'obligation alimentaire, et reconnaissent le caractère d'obligation naturelle dans des cas contextuels les plus larges².

B. De l'obligation alimentaire en droit musulman

697. Malgré les différences notables sur l'appréciation des rapports familiaux en droit musulman par les différentes écoles, qui se répercutent dans la vie sociale selon l'interprétation des règles coraniques, parfois allant jusqu'à adopter des règles juridiques contraires aux obligations religieuses : quelques caractères généraux³ semblent réunir en droit musulman un avis partagé. L'obligation du mari de pourvoir à l'entretien de sa femme (à l'idée d'une mise à disposition de la femme pour le mari) est fondamentalement différente de l'obligation alimentaire entre parents : parce que l'homme doit à sa femme un entretien même s'il est moins pourvu de revenus et de richesses qu'elle. Par ailleurs, il est reconnu à l'unanimité des écoles que « toute personne, qu'elle soit adulte ou enfant, femme ou homme, quand elle a des ressources personnelles, ne peut réclamer d'aliments à qui que ce soit, serait-ce à son père ». Et dans une comparaison diachronique, une autre mesure juridique ressemble en droit traditionnel malgache que nous avons vu : la contrainte par corps qui au fil du temps se transforme en droit positif comme l'abandon de famille puni par des peines de prison et

¹ Grenoble, 9 août 1862, D. 63, 5, 24 ; Sirey, 63, 2, 58 ; Tribunal de Paix Quimperlé, 12 août 1937, D. 1938, 2, 120, in PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation), Tome II, 2^e édition*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.p. 25.

² Arrêt de C.A de Caen, 17 février 1918, Dalloz répertoire, cf. mariage, n° 692 : le second mari doit des aliments à l'enfant issu du premier mariage de sa femme s'il jouit de la fortune de cette dernière ; arrêt de la C.A Paris, 31 juillet 1915, D. P., 1920, 2, 148 : la veuve remariée contrainte à la pension alimentaire vis-à-vis de la femme de son fils du premier lit., in ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929.p. 77-78.

³ LINANT DE BELLEFONDS Y., *Traité de droit musulman comparé : Filiation, Incapacités, Libéralités entre vifs*, Mouton & Co, The Hage, and Maison des sciences de l'homme, 1973.p. 83 et s.

d'amendes. Enfin, les écoles sont unanimes à dire que l'obligation alimentaire n'est ni simultanée ni solidaire, c'est-à-dire qu'elle doit respecter comme la vocation successorale en ligne directe, mais en deux sens verticaux descendants et ascendants, une hiérarchie des débiteurs. Les débiteurs de premier rang ne peuvent être suppléés par ceux du deuxième rang que lorsqu'ils sont décédés ou insolvable. P. ex., les petits enfants ne doivent pas des aliments aux grands-parents que lorsque leurs parents ne peuvent assumer leurs obligations.

698. Une remarque importante est à signaler : l'obligation alimentaire dans son aspect juridique ne prend pas son fondement dans les versets et *hadiths* car « le droit positif ne leur doit presque rien »¹, pour ainsi dire que des divergences de droit musulman existent même si les normes découlent de l'application des lois coraniques. Ainsi p. ex., en droit malékite l'obligation alimentaire est due seulement par les enfants à leurs père et mère dans le besoin, et selon les conditions suscitées : inversement, la mère ne doit des aliments à leurs enfants, au surplus elle s'arrête à l'allaitement, seul le père doit assumer seul les besoins et l'entretien de sa femme et de ses enfants. Cependant, si des situations malheureuses venaient à surgir, rien n'empêche en fait de recourir à une obligation morale ou à la solidarité familiale. En outre, l'évolution du droit malékite reconnaît désormais qu'« en cas d'insolvabilité du père, l'entretien de l'enfant incombe à la mère solvable » (art. 80 du Code algérien du statut personnel) et l'obligation alimentaire s'étendrait à tous les ascendants et descendants solvables par les « mâles » comme en droit tunisien du statut personnel où elle s'étend aux descendants à l'infini de la ligne paternelle (art. 43 à 47); contrairement aux règles restrictives du statut personnel marocain. À l'inverse, le système chaféite se rapproche de l'obligation alimentaire que connaît le droit français et le droit malgache, à savoir que les aliments sont dus aux ascendants et descendants à l'infini et sans considération des lignes paternelles ou maternelles en se basant sur les extensions des versets (Coran, II, 233)² relatifs à l'obligation alimentaire du père envers sa femme et ses enfants et du droit des grands-parents d'être secourus par leurs petits enfants (Coran, XVII, 23). Alors que le système

¹ *Ibid.* p. 84 : « entre l'incurie préislamique et la perfection de la réforme du Prophète », même un juriste aussi occidentalisé que Syed Ameer Ali ne craint pas d'écrire qu'il n'existait « durant cette sombre période de rapine, de meurtre et de lisière qui a précédé immédiatement la promulgation des lois de l'Islam » aucune coutume imposant la moindre obligation alimentaire, même au père à l'égard de ses enfants. Cf. Mohammedan Law, II, 426.

² Coran Sourate dite « de la Vache » (Al Baqarah) : « au père de l'enfant de les (mère et bébés) nourrir et vêtir de façon convenable », in BOULANGER François, *Les rapports juridiques entre parents et enfants : perspectives comparatistes et internationales*, Economica, 1998.p. 145.

hanbalite considère que le texte du Coran (II, 233) indique une relation entre l'obligation alimentaire et la vocation successorale : les débiteurs d'obligation alimentaire sont ceux qui figurent dans la liste des successeurs : « l'héritier du père est tenu des mêmes obligations ».

699. Mais ce qui se rapproche surtout aux devoirs de respect aux aînés du droit malgache à travers l'obligation alimentaire est la construction hanafite¹ qui se fonde sur la parenté, la parenté cause d'empêchement au mariage : à savoir tous les parents utérins et consanguins et mêmes en ligne collatérale, les frères et sœurs, les oncles et tantes, mais exclut donc l'obligation alimentaire entre cousins germains et de tous les cousins paternels (mais le projet étant d'étendre à l'instar du droit hanbalite à tous les successibles) puisqu'il n'y a pas d'empêchement à mariage et à l'alliance. Les frères et sœurs se doivent alors des aliments si les conditions d'état de besoin et de moyens se trouvent en phase. Ce qui nous laisse penser qu'en cas de disparition des parents (ou du père seulement), l'aîné mâle de la fratrie qui dispose de ressources suffisantes doit répondre à l'obligation alimentaire envers ses puînés et ses sœurs qui ne sont pas encore mariées et se trouvent dans le foyer parental, les conditions de l'obligation alimentaire entre collatéraux sont donc d'être tous les deux de religion musulmane, ce qui n'est pas le cas en ligne directe et de l'empêchement à mariage. Mais certains droits hanafites² ont voulu corriger cette règle de leur droit sur l'obligation alimentaire basée sur le degré de prohibition à mariage et adoptaient la solution hanbalite : « le débiteur d'aliments doit être héritier éventuel du créancier, soit comme héritier à *fard* (*fardh* : héritier de premier rang), soit comme héritier *'âsib* (*aceb, universel*), à moins que ce ne soit un ascendant ou un descendant » (art. 115, al.4, Loi jordanienne sur la famille), contrairement aux pays qui gardaient les règles du droit hanafite comme l'Inde ou le Pakistan. Nous nous arrêtons à ce constat d'existence de l'obligation alimentaire entre parents et ascendants et entre collatéraux selon des divergences sur l'application et l'interprétation du Coran : parfois, se matérialise par des considérations rationnelles et humaines, ou encore par la construction jurisprudentielle, *fiqh*, qui règle les détails dans chaque ordre juridique des pays de droit musulmans. En effet, «... si en cas de nécessité, il est permis aux ascendants et aux descendants... de puiser ce qui leur est nécessaire dans les biens de leur débiteur avant autorisation de celui-ci, ou du juge... quand le débiteur est absent, une pareille faculté n'est pas accordée aux collatéraux qui ne peuvent exercer leur créance alimentaire qu'avec

¹ LINANT DE BELLEFONDS Y.p. 92 et s.

² Jordanie en 1951, Syrie en 1953, Irak en 1959.

l'autorisation du juge ou avec le consentement du débirentier » (en droit hanafite)¹, ce qui signifie qu'une action en demande d'exécution d'une obligation alimentaire entre collatéraux n'est pas interdite ou irrecevable : les règles de solidarité peuvent pallier ces lacunes.

C. Les conditions communes des obligations familiales

700. L'interdépendance entre devoirs de secours, d'assistance et d'aliments, en réalité et en droit, est confirmée dans les législations que nous venons d'aborder. Deux ou trois conditions encadrent leurs existences, nous optons pour la seconde solution, car même si les deux principales conditions sont remplies, à savoir les besoins d'aliments du créancier et le débiteur qui doit être en état de les fournir² (art. 208 du CCF, art. 63-65 de la loi n° 2007-022)), il faut que le débiteur et le créancier soient liés par un rapport familial assez étroit : en effet, les deux premières conditions ne se suffisent pas à elles-mêmes de s'imposer sans la troisième.

1) Du rapport de famille entre le créancier et le débiteur

701. En droit traditionnel et en droit positif malgache, comme en droit français, la véritable obligation alimentaire a un caractère personnel, elle repose sur un rapport de famille : elle est réciproque entre les membres de la famille légitime. L'évolution progressive du droit l'étend aux familles naturelles, par la jurisprudence dès la fin du 19^e siècle³, puis consacrée par la loi française n° 77-1456 du 29 décembre 1977 et la loi malgache n° 63-022 (respectivement : art. 342 et s. du CCF ; art. 29, 31, 32 de la loi malgache) par l'action aux fins de subsides, puis étendue aux enfants adultérins et incestueux même si l'établissement de la filiation est interdit (mais par le désaveu de paternité⁴, c'est-à-dire sans la condition classique de l'existence d'un lien de filiation). Pour ces derniers cas, la loi du 15 juillet 1955 autorisait l'action en aliment au secours des enfants adultérins et incestueux⁵. Enfin, les deux droits malgaches adoptent les mêmes solutions sur les rapports patrimoniaux entre les membres de famille à travers l'obligation alimentaire concernant les enfants naturels simples, adultérins ou incestueux, qui

¹ LINANT DE BELLEFONDS Y.p. 94.

² PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation), Tome II, 2^e édition*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.p. 26 et s.

³ En droit français : Cass. Française, 27 août 1881, Dalloz, Répertoires, v° Paternité, n° 565 ; 13 juillet 1886, Recueil Sirey, 1887, I, 65, note Chavegrin ; en droit belge : Trib. Liège, 10 juillet 1897, Pasic., 1897, III, 281 ; Bruxelles, 17 novembre 1883, Pasic., 1883, II, 382, in CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927.p. 56.

⁴ Cass. Civ. 10 novembre 1924, Gaz. Pal., 23 novembre 1924.

⁵ Cass. Civ. I, 20 mai 1969, J.C.P. 1969, II, 16113, note Blin, D. 1969. 429. Conclusion Lindon ; note Colombet.

succèdent à leurs parents naturels au même titre que les enfants légitimes, sans primogéniture, sans distinction de sexe et issus d'unions différentes (art. 735 ; principe malgache de liberté de disposer de ses biens). Ce rapport de famille inclut les cas de l'adopté et de l'adoptant, le législateur a cependant limité l'extension aux membres de la famille de l'adopté et ceux de la famille de l'adoptant selon les cas, adoption judiciaire ou adoption simple. Au-delà de certaines complexités des rapports d'obligation dans l'établissement prohibé d'un lien de filiation : au vu de l'accomplissement sans faille des versements des subsides effectués par l'amant obligé, l'enfant devenu majeur répondra à l'obligation alimentaire envers celui-ci ; mais en pratique, tout semble difficile compte tenu du non-établissement du lien de filiation. Il faudrait se tourner vers la justice et demander l'exécution de l'obligation alimentaire non de plein droit, mais en faisant faire valoir la considération des faits. Le rapport alimentaire, ainsi entendu, est un rapport d'obligation que la loi attache de plein droit à certains rapports de famille, et d'où résulte pour une personne l'obligation d'assurer la subsistance (aliments, au sens large) d'une autre personne qui est dans le besoin : l'obligation alimentaire est une obligation légale. Au regard de ces faits, on se demande si l'application des règles légales sur les obligations alimentaires et leur réciprocité engendre des effets gradués relatifs à une appréciation beaucoup plus poussée des sources de l'obligation dans un acte juridique plutôt que dans un fait juridique : une sorte de hiérarchie fictive de perception ressentie par les sujets de droit eux-mêmes (créateur et débiteur de l'obligation). Les devoirs mutuels entre les époux et les devoirs des parents à l'endroit des enfants semblent être au-dessus de ceux des enfants envers ses ascendants et de ceux des rapports familiaux collatéraux. Dans ce dernier cas, l'obligation alimentaire prétend appartenir au domaine du moral et n'est reconnue par le droit qu'à travers l'obligation naturelle prononcée par le juge.

702. Enfin, l'art. 207, al. 2 prévoit que le débiteur peut être déchargé par le juge de tout ou partie de son obligation alimentaire, lorsque le créancier a manqué à ses obligations envers lui. La solution donnée par la loi dans les rapports familiaux verticaux coïncide donc avec celle de la réciprocité des obligations dans un contrat synallagmatique, mais diffère de celle donnée aux devoirs mutuels entre époux, en l'occurrence, le devoir de fidélité où l'infidélité du mari ne libère pas la femme de sa foi¹ et inversement (notons au passage que le devoir de fidélité est d'ordre public). C'est la consécration du devoir moral dans l'obligation alimentaire où les parents défaillants risqueraient l'inapplicabilité de la solidarité familiale verticale quant

¹ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 50.

à leur tour, ils veulent solliciter l'aide de leurs enfants devenus majeurs¹. Les lois malgaches sur le mariage et la filiation ne précisent pas cette option du droit français, cependant l'application du principe de réciprocité de l'obligation alimentaire suppose que si le débiteur initial ne s'exécute pas, le créancier principal devenu débiteur de l'obligation d'aliments par la suite pourrait être déchargé de tout ou partie de son obligation par la justice au nom de l'équité. La sanction ne frappe pas toute conduite fautive, mais seulement la faute que le créancier a commise par manquement aux obligations (d'ordre familial) qui le liaient spécialement au débiteur (ex. mère qui avait abandonné son enfant² ; fils qui avait maltraité sa mère), déchéance introduite par la loi du 3 janvier 1972, laissée à la libre appréciation du juge. Le créancier d'aliment est déchu de son droit s'il a manqué gravement à ses propres obligations envers le débiteur. L'exception de faute a vocation à s'appliquer dans toutes les autres exécutions d'obligations alimentaires³, outre les cas de devoir de secours entre époux et celui des enfants mineurs dans le cadre des obligations parentales de nourriture et d'entretien (en raison de leur âge, l'enfant mineur ne peut subir l'exception pour faute en tant que créancier⁴) : en effet, « pour tout débiteur, sa défaillance peut justifier que par la suite, il soit déchu de tout droit alimentaire contre son créancier »⁵.

2) Des besoins du créancier

703. L'appréciation du besoin du créancier porte sur ce qui semble nécessaire à sa vie et de son aptitude à travailler et à celle de se subvenir seul. Le besoin englobe le contenu de l'obligation alimentaire à savoir la nourriture, le logement, les dépenses sanitaires, les vêtements et tout ce qui touche les besoins de la vie quotidienne normale. Si la règle étant l'adage « les aliments ne s'arrêtent pas »⁶ dans l'obligation alimentaire, c'est-à-dire que le créancier qui ne réclame pas les termes échus de sa pension (p. ex., dans le cadre du devoir de

¹ Innovation de la loi du 3 janvier 1972, dispensant l'enfant de l'obligation alimentaire envers le parent auquel l'autorité parentale a été retirée (art. 379, al 2 du CCF).

² Villeurbanne, 19 juillet 1977, GP, 1978, 1, somm. p. 208.

³ CORNU Gérard.p. 68.

⁴ Cass. Civ. 2^e, 17 juillet 1985, Bulletin n° 139, Gazette Pal. 1987.175, note Massip.

⁵ BÉNABENT Alain, *Droit civil, La Famille*, Juris-Classeur, 11^e édition, Litec, Groupe LexisNexis, 2003.p. 571.

⁶ Il faut toutefois préciser que suivant la jurisprudence, les dettes non versées par le débiteur pèsent sur son patrimoine et que les héritiers sont tenus de verser les arrérages échus : Cass. Civ. 8 juillet 1857, D.P. 1857.1.351 ; Cass. Civ. 27 novembre 1917, D.P. 1917.1.193 ; Cass. Civ. 30 mars 1925, Sirey, 1926.1.69 ; D.P. 1927.1.92., in CORNU Gérard.p. 240.

secours entre époux) est considéré comme étant à l'abri du besoin¹. Une similitude dans les deux droits français et malgache est à noter concernant la règle qui caractérise l'obligation alimentaire qui ne s'arrêrge pas : toute pension alimentaire non réclamée est jugée non indispensable, et le droit musulman² souligne que toute personne ayant un revenu suffisant ou des biens conséquents ne peut prétendre à une créance d'aliments. À quel moment peut-on considérer que tel membre de la famille débiteur de l'obligation pourrait encourir la sanction de rejet d'enfant. Il va sans dire que dès qu'il prend connaissance du besoin de son créancier, par ce dernier ou par toute autre personne et par tout moyen, s'il ne s'exécute pas ou s'il ne se manifeste pas, il y a une volonté manifeste de nuire ou de négligence, et donc un manquement grave à ses obligations. L'exemple en est confirmé par la décision de justice de reconnaître les dettes échues d'aliments soit au parent du défunt soit à l'enfant naturel de celui-ci pesant sur le patrimoine du défunt. De cette première condition d'obligation d'aliments découle une autre qui repose uniquement sur l'état de besoin du créancier : le besoin s'entend bien évidemment du minimum vital pour répondre à la survie de la personne ; et si l'enfant majeur dispose des moyens pour subvenir aux besoins de ses parents devenus vulnérables. Si les parents sont aptes à travailler, ils doivent assurer leurs propres besoins, leur paresse actuelle pourrait leur être opposée comme une fin de non-recevoir pour demander des moyens de subsistance et l'obligation de l'enfant majeur serait temporaire. Celui qui prétend faire jouer à son profit le rapport alimentaire doit se trouver dans un état d'indigence ou de besoins absolus : il importe peu que ce soient ses vices (prodigalité, débauche) qui aient fait tomber le créancier d'aliments dans la misère : le créancier doit se trouver dans l'urgence.

704. De l'urgence. La faute inexcusable consiste dans la création d'un danger particulièrement grave pour la sécurité corporelle d'autrui, dont l'auteur pouvait ou devait avoir conscience. L'appréciation du danger est corrélative à celle de l'urgence. Les besoins du nécessiteux se trouvent actuellement et non dans le passé ou encore moins dans le futur. L'urgence est rattachée aux conditions de vie actuelles du créancier, du minimum vital : il s'agit donc de tout ce qui touche le logement, la nourriture, les vêtements, les soutiens moraux et physiques. Au-delà d'un apport financier du débiteur, la prise en charge de l'urgence peut se traduire par un accueil temporaire du créancier par le débiteur dans son logement, ou la

¹ BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ Lextenso éditions, 2010.p. 501 et s.

² Kâsâni, Badâ'i', IV, 38, in LINANT DE BELLEFONDS Y., *Traité de droit musulman comparé : Filiation, Incapacités, Libéralités entre vifs*, Mouton & Co, The Hage, and Maison des sciences de l'homme, 1973.p. 84.

fourniture des besoins alimentaires et vestimentaires et bien évidemment de la présence et du soutien moral du débiteur. Rien ne s'oppose donc à une exécution en nature des obligations de secours étant donné l'urgence des besoins du créancier, il n'y a pas lieu à faire une distinction entre l'exécution en nature et la compensation pécuniaire. Il se peut que le caractère urgent se manifeste dans la sauvegarde des biens familiaux, sauver la maison de l'effondrement, etc.

3) Des ressources du débiteur

705. En droit malgache comme en droit français, l'obligation alimentaire est exigible en considération des ressources du débiteur¹. Les ressources sont entendues comme les revenus salariaux, les placements de capitaux, les fruits des valeurs mobilières et immobilières. Elles sont appréciées de part et d'autre des parties concernées de l'obligation alimentaire : en général, chacun doit travailler pour faire face à ses besoins, ses devoirs et obligations. Mais l'obligation des descendants ne se présente pas sociologiquement ni psychologiquement, comme celle des ascendants (cf. proverbe « un père peut plutôt nourrir 10 enfants que 10 enfants, un père », le malgache dit « *Ny zanaka no manary ray aman-dreny fa ny ray aman-dreny tsy manary zanaka* ». Dans l'hypothèse où le créancier détient des biens (p. ex., une maison, ou la jouissance de son usufruit), peut-il avoir le droit d'exiger un secours à ses enfants majeurs pour couvrir ses besoins ? Une simple différence de niveau de vie suffit à mettre en jeu l'obligation, ce qui implique l'évaluation des revenus du débiteur : en effet, il serait injuste de faire payer les charges de celui qui dispose plus de revenus par celui qui en perçoit moins : c'est un des cas d'abus du droit de rejet que la loi de 1963 a dénoncé : le devoir de secours et d'assistance ne repose que sur la vulnérabilité du créancier.

SECTION C. Sanction des manquements graves au devoir de respect

706. Un des motifs justifiant la demande de l'autorisation de rejet retenu par le législateur consiste aux manquements graves au devoir de respect que l'enfant majeur est tenu envers le rejetant ou la famille. Il découle de cette prescription que l'acte grave peut être sanctionné même s'il ne touche pas directement le père et/ou la mère, mais la famille, c'est-à-dire que le rejet protège tous les membres de la famille, mais il revient au père ou à la mère de demander au tribunal d'autoriser la sanction. Le respect, objet de notre étude s'applique en matière familiale et indique un principe de droit fondamental que le rejet sanctionne en cas de non-

¹ Art. 65 de la loi n° 2007-022 et art. 208 du CCF sont rédigés dans les mêmes termes : les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit.

respect, de violation, de transgression, de non-conformité, d'inconduite, d'un enfant majeur envers sa famille. C'est un principe de droit sur un objet abstrait dépourvu de valeur pécuniaire appartenant à tout un chacun et aux membres d'une famille : en effet, le droit au respect endosse son caractère indépendant et autonome dans le cercle familial. Nous pouvons classer le respect parmi les droits de la personnalité qualifiés de droits extrapatrimoniaux par opposition aux droits patrimoniaux¹, ce qui explique leurs caractères d'incessibilité, d'intransmissibilité et d'imprescriptibilité. Le droit extrapatrimonial est enseigné comme un droit en dehors de toute considération patrimoniale, les droits de la personnalité font partie de ce droit extrapatrimonial : le rejet est une sanction à la protection des droits de la personnalité.

I. De l'atteinte à la personne

707. Les droits de la personnalité s'étaient révélés au début du 19^e siècle dans un discours officiel sous la formule de « mur de la vie privée »², qui au fil du temps passaient de l'œuvre doctrinale, puis prétorienne à la consécration légale. M. Lindon énumère les droits de la personnalité en commençant par le respect de la vie privée (image et voix), les divers modes de désignation de la personne (par le nom), la sépulture, les souvenirs de famille, les lettres missives, la défense de la considération, le droit moral de l'auteur et de l'artiste, et enfin les droits de la personnalité portant sur la notion de famille. Mais la paternité du droit ou des droits de la personnalité ne semble pas si facile à attribuer, car si la doctrine suisse en parle effectivement, il serait le corollaire des auteurs allemands. Or, dans le système anglo-saxon et simultanément vers la fin du 19^e siècle surgissaient les œuvres doctrinales développant l'idée d'un « *right of privacy* » par Samuel D. Warren et Louis D. Brandes et en France l'idée du « droit au respect de l'individualité » mentionné dans la notion des droits innés des œuvres de M. Beaussire Emile (*Les principes du droit*, 1888) et de Boistel A. (*Cours de philosophie du droit*, 1889)³. P. ex., en milieu social, un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁴ confirme la décision du Conseil des prud'hommes (9 mars 2020), déboutant la contestation d'un employé licencié pour ses « pets » au travail et pour la cause avancée par son employeur de « comportement irrespectueux au travail, incompatible avec l'exercice de ses fonctions » et des motifs que les juges ont retenus sur la réitération des faits et « des propos déplacés » tenus envers ses collègues, confirmant sa mauvaise foi et de son manque de respect et de

¹ BATTEUR Annick, p. 67.

² LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983, p. 9.

³ BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992, p. 46.

⁴ C.A Paris, 11^e chambre, du 31 mai 2022.

considération envers eux. La décision n'est pas surprenante, car le tribunal suisse validait déjà le licenciement d'un employé qui « empeste l'atelier »¹, constituant une faute grave justifiant le renvoi de l'employé non seulement pour avoir moins d'égards avec ses collègues, mais de les manquer de respect en créant une ambiance insupportable et improductive au travail.

708. Le contexte familial est tout autre, il serait abusé de transposer de telle impolitesse, ou faute grave en milieu de travail dans les rapports familiaux. Néanmoins, si les faits se répètent et créent une mauvaise ambiance dans la famille pendant une réunion ou lors des événements de grande importance, il pourrait être envisagé d'exclure ce membre de la famille temporairement et pour des occasions qui peuvent altérer l'honneur familial par un manque de respect répétitif. Nous pensons que certains droits de la personnalité peuvent affecter la personne visée et toute sa famille : l'interaction entre les divers aspects des droits de la personnalité crée en effet des conséquences plus étendues. De ce fait, l'atteinte à la vie privée par la violation du droit à l'image peut être une atteinte au droit moral de l'auteur, la divulgation d'une lettre missive écrite par un membre de la famille peut affecter la famille tout entière. « Les droits de la personnalité peuvent être définis comme des droits inaliénables qui assurent à l'individu la protection des attributs de sa personnalité et garantissent son honneur »² : le rejet étend sa protection à tous les membres de la famille. Ces définitions des droits de la personnalité³ ne partagent pas l'avis de M. Beignier qui affirme « l'idée fausse de pluralité, il faut tout d'abord retenir qu'il s'agit bien ici d'un véritable droit : il n'existe pas des droits de la personnalité, mais un droit général visant au respect de la tranquillité et de la dignité de tout un chacun... en démontrant l'inexistence d'un droit à l'image indépendant, et en confirmant qu'il [le droit de la personnalité] s'agit d'un droit fondamental »⁴.

709. Le droit au respect de la personnalité « consistant à maîtriser ce que le sujet désire garder secret et la manière dont il entend se présenter à autrui... »⁵. Ce qui renvoie au sujet lui-même la faculté de gérer les informations personnelles qu'il compte divulguer et celles

¹ Obergericht ZH, Revue Suisse de Jurisprudence, 1953, 313, in STEULLET Alain, *La victime de l'atteinte à l'honneur, Étude de droit pénal et de procédure pénale suisses*, Éditions Ides et Calendes, 1983.p. 37.

² ESOAVELOMANDROSO Faratiana, Les Personnes, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 55.

³ Le législateur malgache choisit la pluralité des droits de la personnalité par l'art. 17 de l'ordonnance n° 62-041, les droits de la personnalité sont hors commerce.

⁴ BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 45.

⁵ RIGAUX François, *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, É. Bruylant Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.p. 9.

qu'il veut tenir hors d'atteinte d'accessibilité et de publicité sous réserve des dispositions de la loi, des libertés d'autrui et de la volonté manifeste de nuire à la personne. « Le droit de chacun à ce que sa personnalité ne soit dénaturée, le droit au respect de son honneur, dans la mesure où l'on érige ces prérogatives à l'état de situation juridique préétablie, le droit au respect de la vie privée et le droit de la personne sur son image sont régis par certaines règles communes qui les distinguent des droits patrimoniaux. La spécificité de leur régime, durant la vie de leur titulaire, est la conséquence de leur finalité première : ils défendent avant tout, ses intérêts moraux »¹. Et la protection de chacun aux atteintes à la vie privée correspond effectivement au droit au secret, ce dernier implique d'ailleurs l'existence d'informations soumises ou pas à la connaissance d'autrui, que ça soit les autorités publiques, que ça soit le public tout court. Il en dérive même de cette protection que son objet se porte sur des informations que la personne soustrait aux regards indiscrets. Ainsi, les droits français et malgache se sont munis de la graduation de la sphère privée en modifiant ou en ajoutant les articles du Code civil et du Code pénal des dispositions indiquant l'« intimité de la vie privée »², nous pensons plutôt que l'intimité de la vie privée n'est autre qu'un ensemble de contenus faisant partie de la vie privée et au-delà de tout essai de distinction ou de graduation quand l'intimité de la vie privée est protégée, la vie privée en bénéficie systématiquement et inversement. Quel qu'en soit les explications d'un droit de la personnalité de caractère général et fondamental ou d'un droit à contenu variable ou encore de pluralité de droit rattachée à la personnalité, la doctrine semble d'accord de nos jours que le droit au respect de la personnalité, à sa vie privée, à sa vie de famille, bref la protection des droits des personnes et de ses biens ne fait plus de doute. Et cette protection des droits des personnes peut très bien être de nature patrimoniale

¹ RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978.pp. 432-433.

² Pour la distinction ou la différence de niveau entre « la vie privée » et l'« intimité de la vie privée », l'art. 9, al. 1 du CCF : « chacun a droit au respect de sa vie privée » ; « les jugent peuvent... à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée... » (al.2), loi du 17 juillet 1970 (art. 22), de l'art. 259-2 du CCF de la loi du 11 juillet 1975 : « les constats dressés à la demande des époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée » et enfin dans l'art. 226-1 du CPF (anc. Art. 368). Ce « dégradé » de la vie privée et de l'intimité de la vie privée, comme « une sphère hétérogène, qui engloberait en son sein, tels des cercles concentriques, des éléments privés au sens large et des éléments plus privés que les premiers » se voit dans les art. 20 al. 1 et 2, constitue une atteinte à la vie privée, la divulgation de l'intimité de la vie privée d'autrui de la loi malgache n° 2016-029 portant Code de la communication médiatisée.

qu'extrapatrimoniale. Dans notre objet, tout manquement au respect des droits de la personnalité des ascendants directs peut justifier le rejet d'enfant majeur : une sanction civile.

A. De l'atteinte à l'intégrité physique

710. En ce qui concerne les violences physiques, de leur gravité et de leur accroissement dans le cercle familial horizontal ou vertical, entre les époux ou envers les enfants¹, elles se manifestent de plus en plus dans le sens ascendant. L'atteinte à l'intégrité physique est doublement sanctionnée, et par la loi civile, et par la loi pénale² : « ... c'est un principe admis chez les peuples civilisés par la morale comme par le droit que le corps est inviolable. Il doit être respecté, comme la personne qu'il enveloppe, dans sa dignité, dans son intégrité, dans son existence comme dans sa mort. Le cadavre, lui aussi, est traité avec respect »³. Le droit à la vie, le droit à la dignité, composant des droits fondamentaux influencent le droit civil : le droit à la dignité humaine est les prémices du droit à ce qui est nécessaire à sa subsistance ; dignité matérielle et substantielle, mais aussi un respect à l'inviolabilité et à l'extrapatrimonialité du corps humain (intégrité corporelle des personnes humaines ou inviolabilité du corps humain : les lois bioéthiques⁴). Le corps humain fait l'objet d'une protection voire même d'une prévention à toutes atteintes des tiers, mais également de la part de la personne elle-même. Ainsi, il peut être refusé tout prélèvement sanguin⁵ en vue d'établissement de preuve d'une filiation sans préjudice toutefois de l'appréciation du juge du refus ou pour une intervention chirurgicale, le consentement du patient est nécessaire sauf dans l'impossibilité et du caractère urgent de l'intervention dans le but de lui sauver la vie. La sanction des atteintes à l'intégrité physique et de l'inviolabilité du corps humain par des tiers peut être civile, par une

¹ HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, L.G.D.J, 1991.p. 197.

² Loi malgache n° 2016-039 portant dispositions du Code de la communication médiatisée, prévoit la protection de l'intégrité morale de la personne, et complète la loi n° 2008-008 sur la protection de l'intégrité physique, ou sur l'interdiction de la torture définie comme « Tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou morales, sont intentionnellement infligées à une personne ».

³ MARQUISET Jean, *Les Droits Naturels*, 1 petit vol. in-16, PUF, Paris, 1961, p. 10, op.cit., in THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache moderne, Tome I, Fascicule I : Le nom, l'absence, les actes de l'état civil*, Librairie de Madagascar, 1962.p. 70.

⁴ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (art. 16 à 16-9 du CCF) et la Loi n° 93-654 du 29 juillet 1994 relative aux principes généraux applicables au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain (Code de santé publique), LOI n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 2 avril 1968, D. 1968, 705, note Rouast.

ordonnance d'arrêt des atteintes et l'octroi de dommages-intérêts¹, ou pénale² pour les violences légères, pour les coups et blessures volontaires ou involontaires entre autres. Enfin, il ne pourra être apporté une limitation à l'exercice de ces droits de la personnalité, y compris l'atteinte à l'intégrité physique qu'en conformité avec l'ordre public (art. 17, al. 2, ord. n° 62-041), et selon la procédure d'arbitrage³. Le rejet malgache constitue une offre supplémentaire de sanction à toutes atteintes physiques portées à l'encontre des parents, des ascendants, des aînés et des autres membres de la famille, au surplus à toutes atteintes à l'intégrité morale.

B. De l'atteinte à l'intégrité morale

711. Le respect de l'intégrité morale de la personne peut découler d'une nécessité ou d'une obligation d'une personne de ne pas divulguer un secret d'une autre. Ainsi le respect de la vie privée vise celui de l'intimité et de la tranquillité de la personne⁴ aussi que de son autonomie et de sa liberté⁵. Le rejet peut être demandé ou soulevé devant les autorités quand un enfant ou un parent manquait au respect des droits de la personnalité de l'un de ses ascendants ou de la famille, outre le droit à réparation civile (art. 217, al. 2 de LTGO). S'il est quasiment impossible, sous réserve d'un droit spécial, de demander une sanction par l'exécution de ce droit au respect, ou encore la réparation d'un dommage moral entre membres de la famille : le rejet offre une sanction atypique, qui ne se rapporte pas à l'aspect pécuniaire à la protection des droits de la personne. Or, si la protection des personnes et de leur personnalité est considérée comme un droit extrapatrimonial, « elle est un droit qui a valeur constitutionnelle, car certains principes fondamentaux du droit civil doivent être tenus au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Plus exactement, ce droit est un « droit fondamental qui, en tant que tel, a valeur constitutionnelle »⁶ et même si ce droit est extrapatrimonial, la sanction que réserve sa protection ne peut être que de nature patrimoniale

¹ L'art. 18 de l'ordonnance n° 62-041 prévoit que toute atteinte illicite à la personnalité donne à celui qui la subit le droit de demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la responsabilité qui peut en résulter pour son auteur ; l'art. 17 : les droits de la personnalité sont hors commerce, équivaut à l'art. 1128 du CCF prévoit en effet que le corps humain est hors commerce.

² Art. R. 38, 1° et R.39 ; art. 309 et s., R. 40, 1° et R. 41 du Code pénal français.

³ Art. 439 et s. du CPCM.

⁴ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004. n° 86 et 87 : « Le respect de la vie privée se traduit essentiellement par un devoir d'abstention : il faut laisser l'individu tranquille ».

⁵ VIAL Géraldine, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Grenoble II, 2006.p. 84.

⁶ BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Presses universitaires de France, 1992.p. 77.

en droit français par l'intervention de la réparation. Le rejet est une alternative à une sanction de nature patrimoniale, car il s'attaque aux valeurs extrapatrimoniales, c'est-à-dire aux droits des personnes par le nom, le domicile, et surtout la filiation. Les effets du rejet sur le patrimoine ne pourraient être que secondaires ou par ricochet entre le rejetant et le rejeté.

1) Sanction de l'atteinte à la vie privée et familiale des parents et ascendants

712. Quant à la dignité morale et son interaction avec l'intégrité physique des personnes, un exemple nous est cité sur l'atteinte à la dignité humaine « lorsqu'une personne monnaie sous une forme particulièrement choquante la divulgation des faits qui sont relatifs aux vices de sa conformité sexuelle initiale »¹ : la cour de Paris déboute la demandeuse sur toutes ses demandes². Il peut en résulter de cette décision que l'intégrité physique d'une personne et le droit à la dignité de la personne humaine ne puissent être l'objet de commerce, que les bonnes mœurs défendent à une personne d'étaler en public les vices de sa conformation sexuelle initiale et de ses opérations chirurgicales par voie de presse, réclamant l'exécution en paiement d'une obligation contractuelle de son interview. De ce fait, il serait porté atteinte à l'intégrité morale des parents et ascendants de les étaler en public, pire encore d'utiliser la vie privée et intime des parents et ascendants dans un but lucratif. L'atteinte à la vie privée familiale en droit malgache est définie par le Code de communication médiatisée comme la divulgation de l'intimité de la vie d'autrui par la captation sans consentement de leurs droits de la personnalité et de leur publication par quelque moyen que ce soit (art. 20 al. 2, 1-2). La jurisprudence française pose les remparts de la protection de la vie privée à travers le respect au secret, l'intimité et la liberté d'autrui en affirmant qu'« est illicite toute immixtion

¹ RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978, p. 302.

² Cour d'appel Paris, 1^{re} Chambre, suppl., 21 janvier 1972, Dame Thorel c. « Ici Paris », dont le versement de la somme de 25000 F sur son contrat dans son interview et de 100000F de dommages-intérêts (que le Tribunal de grande instance accordait), bref en précisant : « qu'il est contraire aux bonnes mœurs de monnayer la divulgation de tels d'ordre intime ; que l'utilisation de celle-ci dans un but lucratif par une entreprise de presse soucieuse de satisfaire une clientèle friande de récits scabreux accentue le caractère immoral de la convention ; que l'obligation invoquée, en admettant qu'elle soit prouvée, reposerait sur une cause illicite et partant ne saurait produire d'effets juridiques par application (des anciens art. 1131 et 1133), remplacée par celle de « but » conforme à l'ordre public (art. 1162 nouveau du CCF) ; que la nullité absolue du contrat priverait dame T... de la possibilité d'agir en justice pour obtenir son exécution », Gazette du Palais, 1972, 1^{er} semestre, p. 375, note anonyme ; obs. R. Nerson, RTDCiv. 1972, p. 589 à 591.

arbitraire dans la vie d'autrui »¹. Le droit au respect de la vie privée implique le respect d'une pudeur, du secret de la vie personnelle et professionnelle, le tout peut être contenu dans la protection du secret de la personne et de la famille. Nous excluons l'admission des preuves révélant des informations personnelles et de la vie intime d'une personne dans un contentieux familial porté devant la justice où « des nécessités de bonne justice autorisent que l'on porte atteinte à l'intimité de la vie privée, cette atteinte revêtant par là même un caractère licite »².

2) Sanction de l'atteinte à l'image des parents et autres ascendants

713. Le respect du droit à l'image quant à lui peut être relié à une personne physique ou morale, il arrive parfois que l'image d'une personne soit liée à son activité elle-même. De ce fait, le droit à l'image d'une personne est doublement protégé en tant que personne physique, mais aussi en tant que personne morale. La protection de l'image implique le droit à toutes personnes physiques ou morales d'interdire sans leur consentement exprès l'utilisation de leur image. Il en découle que le fait de ternir volontairement l'image d'une personne est une atteinte au droit à l'image qui pourrait entraîner des préjudices matériels et moraux. Le droit à l'image intéresse le « respect de l'individualité des personnes par leur protection contre la dénaturation de leur personnalité lors de la publication de leur image »³ où « l'individualité est ce caractère ou cet ensemble de caractères par lesquels une personne ou une chose diffère des autres »⁴. La question est donc de savoir comment on peut prendre en considération, ou plus exactement comment on peut établir que l'image d'une personne a été non respectée ou a fait l'objet d'une atteinte malveillante. D'abord, si le respect du droit à l'image relève de son caractère extrapatrimonial par le fait de la protection de la loi de sa représentation visuelle, de

¹ Cour Cass. Civ. 1^{re}, 19 mai 1998, n° 96-17112, inédit – 25 janvier 2000, n° 97-21846, Bull. civ. I, n° 26 ; Cour Cass. Civ. 2^e, 3 juin 2004, n° 02-19.886, Bull.civ. II, n° 273 ; Juris-Data n° 023914 ; D. 2004, jur.p. 2069, note J. Ravanas ; RTD Civ. 2004, 489, obs. J. Hauser et 736, obs. J. Mestre et B. Fages ; 2005, p. 1821, obs. M. Douchy-Oudot et p. 265, obs. L. Marino : « Attendu qu'est illicite toute immixtion arbitraire dans la vie privée d'autrui ».

² MAYAUD Y., L'adultère cause de divorce depuis la loi du 11 juillet 1975, RTD Civ. 1980, 494, n° 40., in VIAL Géraldine, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Grenoble II, 2006.p. 86.

³ RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978.p. 21 et s.

⁴ Étymologie du mot « Individualité, 1. Didact. Ce qui existe à l'état d'individu. 2. Caractères par lesquels une personne ou une chose diffère des autres. -> Originalité, particularité... 3. Individu dans ce qui le différencie des autres. -> Personnalité, in LE ROBERT (dir.), *Le Robert illustré 2022*, Dictionnaires le Robert-Sejer, 2021.p. 1003.

son individualité, de sa manière d'être, de sa personnalisation : l'utilisation à l'insu de la personne de son image et de la transformation non désirée de sa personne contre son gré pourrait porter gravement préjudice à son patrimoine. Mais le droit à l'image peut relever également de l'inviolabilité du domicile : p. ex., «le placement d'un appareil permettant d'écouter ou d'enregistrer les conversations... ou la photographie d'une personne prise dans un lieu privé à l'aide d'un téléobjectif»¹. Dans notre aperçu du droit à l'image, nous excluons l'utilisation de l'image à des fins publicitaires ou du domaine contractuel : par conséquent, nous restons dans la transformation ou la modification de l'image d'une personne par la volonté de son auteur de nuire à cette personne. «L'altération² de la personnalité lors de la représentation tangible de l'image d'une personne doit être définie comme toute modification de ses traits physiques, intellectuels, moraux, qui trahit la réalité de son être concret»³ : ce qui inclut effectivement l'altération par cette image non physique mais visuelle de la personnalité que chacun essaie par soi-même et par le droit de protéger et de soigner autant que possible, pour être perçu et traduit par de bonnes représentations externes plutôt qu'un aperçu honteux, déshonorant et incorrect aux regards d'autrui. C'est ainsi que les actes illicites touchant l'image d'une personne en causant des préjudices à son encontre se voient réprimés par l'engagement de la responsabilité civile de son auteur, mais aussi du droit de réponse⁴. Ce droit de réponse «de la personne représentée dans un journal ou dans un écrit périodique est destiné à assurer la protection de son individualité, d'une manière générale, de sa personnalité, face à la presse»⁵, la reconnaissance de ce «[chacun a] droit au respect de la vie privée» fut entérinée suite à l'œuvre prétorienne par les lois françaises et malgaches suscitées. L'acte illicite peut provenir d'une œuvre malveillante de peinture, de photographie, de

¹ RIGAUX François, *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, É. Bruylant Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.p. 325.

² Étymologie du mot « altération » vient du verbe « alterare » qui signifie altérer, « rendre autre », 1. Changement en mal par rapport à l'état normal. -> dégradation, détérioration... in LE ROBERT (dir.).p. 61.

³ MESTRE J., La protection indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales, contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public, J.C.P. 1974-I-2623 et Revue de l'étudiant en droit, n° 6, Janvier 1975, pp. 91-98.op. cit, in RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978.p. 29.

⁴ Introduit dans le droit positif par la loi du 25 mars 1822 dans son art. 11 et modifié par l'art. 13 de la loi du 29 juillet 1881 sur une publication écrite et par la loi n° 72-553 du 3 juillet 1972 sur une publication radiotélévisée, relayé par des dispositions ultérieures dans les RGPD..., la création du CNIL, et par la nécessité de la création des lois sur la cybercriminalité, etc.

⁵ Pour aller plus loin, RAVANAS Jacques.p. 321 et s.

publicité contre la réalité de la personne ou de ce qui la représente, c'est-à-dire de sa société, de ses activités professionnelles, de sa famille, de son nom. Parfois, même la réalisation spontanée d'une photographie d'une personne peut la ternir sans autre volonté de nuire, mais le fait de la rendre publique sans son consentement caractérise l'intention de nuire : « pour l'homme non prévenu, la photographie ne peut mentir, puisqu'elle est la reproduction exacte de la vie. Peu de gens se rendent compte en effet qu'on peut complètement en changer le sens... »¹. C'est un acte malveillant par lequel on rend publique l'image d'une personne de manière à faire comprendre un sens inversé ou non représentatif de l'effigie de la personne, de ses activités, de ses valeurs morales et spirituelles, etc. Or c'est exactement pour les mêmes causes et les mêmes effets des actes illicites et nuisibles que le rejet intervient comme sanction civile à la place et au lieu, sans préjudice, de la responsabilité civile. La protection de l'image d'une personne se fonde sur la nécessité d'une faute commise entachant son image personnelle, familiale, privée ou publique, produisant un préjudice personnel, certain et direct.

3) Sanction de la présomption de disparition de l'affection

714. Même si la définition de l'affection est souvent large et imprécise, nous pouvons concevoir qu'elle est « un attachement qu'une personne peut manifester pour une autre »², et cette « inclination élective » que les auteurs parlent ne peut se traduire comme une haine ou un mépris pour les personnes non élues. Dans le contexte relationnel familial, nous constatons souvent la préférence d'un enfant pour son père ou pour sa mère, et inversement tel ou tel parent a plus d'affection pour un de ses enfants. Comment déterminer qu'un enfant peut manquer d'affection envers un de ses parents ? D'une part, la justice présume le manque d'affection quand la source originelle de l'affection a été anéantie, c'est-à-dire par le décès ou par le divorce, et considère que l'enfant du conjoint est présumé sans affection envers son beau-père ou sa belle-mère quand l'attache entre ces deux personnes disparaît (le lien matrimonial). Mais cette présomption n'implique pas qu'il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve de manque d'affection et que la preuve du décès de la personne qui a créé l'attache ou de l'acte du divorce suffit à elle-même. La justice³ validait ce motif du rejet comme manquement au devoir de respect et d'honneur, assorti d'un mépris de l'enfant à l'égard de son père adoptif à travers le fait de ne pas adresser des vœux pendant les événements majeurs

¹ FREUND G., *Photographie et Société*, Ed. Seuil, Paris, 1974, pp. 138-139, in *Ibid.* p. 30.

² POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain, *L'affection et le droit*, Préf. F. Rigaux, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.p. 19.

³ TPI de Tananarive, du 13 août 1984, n° 2615 suscité.

de l'année ou de la vie (Nouvel An, fête nationale, anniversaire, etc.), par l'absence de nouvelles, de dialogues et d'information. La coutume malgache et le droit traditionnel acceptaient sans condition le manque d'affection comme motif grave, il est désormais consacré par la jurisprudence moderne dans les relations familiales verticales « normales » que l'affection ne signifie pas amour, mais d'entretenir un lien de famille, de donner des nouvelles ne serait-ce qu'une fois par an, au-delà des obligations légales. D'autre part, la loi présume parfois le manque d'affection et annihile les obligations qui en découlent dans certains liens de filiation ou de parenté (p. ex., entre gendre-belle-fille et beaux-parents, art. 206 du CCF ; art. 64, al. 2 de la loi n° 2007-022). Si cette présomption ne peut régir les relations des parents et enfants légitimes, naturels reconnus ou adoptés, il s'avère très difficile de pouvoir constater et prouver ce manque d'affection : de plus, comme dans les procédures de divorce, la preuve testimoniale des descendants et membres de la famille est irrecevable.

715. Nous pensons donc que le manque d'affection peut se manifester directement par le mépris ou la haine exprimée dans une lettre, et indirectement par l'inexécution des obligations de faire ou de ne pas faire en les négligeant en toute connaissance de cause. En effet, toutes personnes ayant un attachement, tout au moins une considération, ne pourraient rester indifférentes à la détresse de ses parents, de ses enfants ou d'un parent proche. Dans le sens montant, l'enfant doit à tout âge honneur et respect à ses parents, à l'inverse, les parents doivent assumer leurs obligations au-delà même de la majorité si l'enfant n'arrive pas à s'assumer et à être indépendant. À côté de ce manque d'affection, existe le « détournement d'affection (qui) peut revêtir deux formes : il peut être direct et consister en une destruction du lien affectif ou être indirect par le biais d'un excès d'affection »¹. Dans la première forme, le détournement d'affection se manifeste par des actes de l'un des conjoints à discréditer ou à dénigrer auprès des enfants en commun l'autre conjoint : c'est une manœuvre malsaine que la justice française condamne de comportement injurieux ; cet acte condamnable est également opposable aux tiers voulant éloigner les enfants de ses parents. La deuxième situation démontre un « trop d'affection » qui paralyserait l'intérêt des enfants et toutes les relations familiales. P. ex., les grands-parents possessifs ont été privés de leurs relations personnelles avec leurs petits enfants par la justice qui invoque les sentiments excessifs des grands-parents comme un motif suffisant², il en est de même pour une marraine qui s'est vue refusée de droit

¹ POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain.p. 328.

² Poitiers, 19 mars 1986, Rev. Jur. Centre Ouest, n° 0, p. 85, note A. Mazeaud.

de visite par son excès d'affection¹ : l'inverse justifie certainement le rejet de l'enfant majeur qui prive les grands-parents des relations avec leurs petits-enfants.

II. De l'atteinte au patrimoine du rejetant

A. Sanction des immunités familiales contre le vol ou la dégradation des biens

716. Dans le jugement autorisant le rejet n° 940 du 16 octobre 2013 suscité, malgré la contestation du fils aux allégations du requérant concernant la dégradation de clôtures et de toutes les cultures (riz, letchis, maïs, haricots, etc.) appartenant au père, la justice a reconnu la véracité des faits par des témoignages et des constats des forces publiques suite à une plainte à parquet. Le rejet se présente ici comme une sanction alternative à l'exécution et à la réparation des préjudices subis : le rejetant ne demandait pas à son fils des dommages-intérêts. Même si l'affaire a fait l'objet d'un déferrement au parquet suite aux différentes plaintes de part et d'autre, et après médiation infructueuse du Conseil de famille et du *Fokonolona*, elle n'aboutissait pas à une condamnation du tribunal, mais d'une ordonnance du juge sur réquisition du procureur de la République au partage en deux parts égales des biens communs entre le père et la défunte mère, source de dispute entre le rejeté d'un côté, de ses frères et sœurs et de leur père de l'autre. Il en ressort de ce jugement que le juge a motivé sa décision en invoquant le manquement du requis « à ses devoirs de secours, d'assistance et de respect », alors même qu'en l'espèce, il n'y avait pas de motifs justifiant un manquement aux devoirs de secours et d'assistance : ce qui nous laisse penser qu'il n'existe qu'un seul droit de secours, d'assistance et de respect et non des droits séparés.

717. Une autre affaire² citée plus haut démontre également comment l'atteinte au patrimoine du rejetant et de la famille pouvait être sanctionnée par le rejet. Le père rejetant a exposé ne plus pouvoir supporter les agissements du fils envers sa personne et l'ensemble de la famille, notamment par ses vols à répétition mettant en péril non seulement ses biens, mais portant préjudice à la famille : faute de pouvoir porter plainte au pénal à son encontre et malgré les conseils de famille, le fils délinquant récidiviste faisant la sourde oreille. Le père appuyait sa requête en évoquant que le jour où il disparaîtra, ses filles ne pourraient se protéger des agissements de leur frère compromettant ainsi leurs intérêts et ceux de la famille. Pouvons-nous inclure la violation du domicile dans cette catégorie de vol ou de dégradation des biens, et ce par la volonté de nuire aux membres de la famille pour divulgation des secrets

¹ Cass. Civ. 22 mars 1961, J.C.P. 1961, II, 12143 ; P. Brazier, « Parrains et marraines devant la loi », Gaz. Pal. 1961, p. 43, in POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain.p. 329.

² TPI de Tamatave, du 18 mai 1994, n° 231 suscité.

de famille portant atteinte à la vie privée¹, et tombe de ce fait dans la protection des données à caractère personnel liées notamment à l'état civil, au nom, au domicile, à la correspondance et en cas de diffusion de menaces, injures et diffamations sur les réseaux sociaux². Il va sans dire que ces actes récriminés par ses lois spéciales constituent des motifs graves justifiant l'autorisation de l'enregistrement du rejet, sanctionnant le vol entre membres d'une famille.

B. Sanction de la transgression de la volonté en matière de droit de succession et des libéralités

718. Le droit de succession est l'effet le plus tangible de la parenté, de la communauté de sang, mais ne s'y limite pas, car il profite aussi au conjoint qui n'est pas un parent. Que le patrimoine d'un défunt soit attribué dans un certain ordre, et suivant certaines proportions, à ses enfants, à ses parents, à son conjoint, cela ne s'explique que si l'on admet que la parenté ou le ménage avait sur ce patrimoine des droits virtuels de copropriété. «De fait, historiquement, c'est sur une idée de copropriété familiale que se fonde le droit de succession *ab intestat*... Mais, à partir d'une certaine époque, on a voulu, l'individualisme ayant fait du progrès, lui donner pour fondement la volonté humaine... en désignant les parents qui succéderont au mort, la loi fait en quelque sorte le testament de celui-ci. La succession *ab intestat* de celui qui est mort sans avoir fait de testament est son testament tacite»³. Si les règles de la dévolution successorale *ab intestat* font, dans le droit malgache et le droit français, les enfants, des successibles, les règles de partage ne sont pas les mêmes en présence de la réserve héréditaire et de conjoint survivant dans celles du droit français. Depuis la loi de 1963, le rejet testamentaire n'est plus qu'une exhérédation du fait que la forme du rejet doit passer nécessairement par l'autorisation du juge à enregistrer le rejet, de la transcription du jugement dans les registres de l'acte de rejet et en marge de l'acte de naissance du rejeté. Cependant, l'art. 82 de ladite loi prévoit que l'ascendant peut rejeter l'enfant majeur si celui-ci est orphelin de père et mère : nous avons vu comment est rédigée la volonté d'un Malgache dans un testament et en conformité avec son droit de disposer de ses biens comme il l'entend, de ce fait l'enfant orphelin qui arrive à sa majorité peut contester ce testament et la volonté de ces parents décédés. Cette attitude constitue un manquement grave au respect d'un défunt et à l'honneur familial permettant à l'ascendant, aîné, oncle ou tante, l'adoptant ou le tuteur : celui

¹ Loi n° 2020-006 portant modification de certaines dispositions de la loi n° 2016-029 du 24 août 2016 portant Code de la Communication médiatisée

² Loi malgache n° 2014-038 relative à la protection des données et loi n° 2014 - 006 sur la cybercriminalité.

³ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991. p. 575.

qui exerçait l'autorité parentale de demander l'autorisation de rejet. Même si nous n'avons pas trouvé de cas similaire dans nos recherches, cette hypothèse ne peut être écartée, étant donné que les affaires de pétition d'hérédité, de contestation de partage, des problèmes fonciers et d'héritage inondent la justice civile malgache. Dans cette bataille judiciaire abondante sur l'accaparement des biens familiaux laissés *ab intestat* par un défunt : une veuve mère de huit enfants nés d'un mariage coutumier demandait à rejeter son fils aîné devant la justice. Dans les faits, l'aîné de la fratrie aurait déjà, du vivant de son père, refusé de lui apporter aide et assistance pour les travaux utiles au bien-être familial. Depuis le décès du père, il a détourné tous les biens de la famille en reniant même ses collatéraux et en nuisant volontairement à la vie de la famille. La justice¹ a reconnu que le fils aîné a sciemment porté atteinte à l'honneur familial, a manqué gravement aux devoirs de secours, d'assistance et de respect envers sa mère, ses frères et sœurs : elle a constaté aussi le préjudice moral des membres de la famille et du préjudice matériel par la perte des biens familiaux.

SECTION D. Le régime juridique du rejet

719. La connexité des motifs graves s'exposant aux sanctions civiles dans les relations familiales offre aux victimes le choix de les ouvrir simultanément, de les cumuler ou selon les circonstances d'actionner celle qui pourra aboutir : p. ex., une action cumulée de révocation de l'adoption simple et de la donation² ou de l'atteinte aux droits de la personnalité et le rejet.

I. L'établissement des motifs graves du rejet

720. L'établissement des motifs graves du rejet implique la gravité des faits, mais se conditionne surtout par la volonté manifeste de porter atteinte au droit des parents et ascendants en enfreignant consciencieusement les devoirs et obligations, en se rapprochant de la faute intentionnelle. Nous nous rapprochons volontairement de la définition de la faute donnée par M. Lefebvre pour essayer d'en déterminer les traits caractéristiques du devoir de respect aux aînés : ainsi, il considère qu'« il y a faute, manquement à un devoir quand on fait ce qu'on n'a pas le droit de faire et quand on ne fait pas ce qu'on a l'obligation de faire, obligation était prise dans le sens de lien de droit »³. Nous abordons notre sujet dans cette considération où les devoirs moraux coïncident avec les obligations légales en rajoutant

¹ TPI de Tamatave, du 27 mai 1992, n° 280 suscité.

² Cass. Civ. 1^{re}, du 11 octobre 2017, 16-19.057, Inédit ; C.A de Nîmes du 19 mai 2016 ; TGI de Charleville-Mézières, du 03/04/2015.

³ LEFEBVRE, *Revue critique*, 1886, p. 485.

l'obligation de donner qui joue un rôle à la fois moral, social et juridique dans le droit de la famille, la faute n'est autre que l'acte dommageable. La faute grave, motif déterminant de la rupture du lien de filiation, est celle de l'appréciation du juge et non de la faute morale corollaire du devoir de conscience. Faute grave ou motif grave, deux notions que les deux Codes civils en comparaison ne définissent pas et n'énumèrent pas leurs contenus : c'est ici d'ailleurs que le rôle de construction du droit positif par la jurisprudence se manifeste le plus. La doctrine ne manque pas non plus d'intervenir à la notion de faute depuis des décennies, voire des siècles pour apporter de son côté des lumières sur cette problématique juridique : c'est la raison pour laquelle nous préférons écarter la qualification de la faute lourde qu'est largement évoquée dans les obligations contractuelles.

A. La jonction de la faute morale à la faute civile

721. Dans l'appréciation de la faute grave, motif de rejet, nous avons démontré précédemment comment la faute morale doit obligatoirement correspondre à une faute civile, c'est-à-dire à la violation d'une obligation civile pour que la faute grave puisse être constituée. La jonction de la faute morale et de la faute civile semble à notre avis être le point directif d'une solution de la jurisprudence. En matière de responsabilité, la faute est la défaillance de l'homme qui n'accomplit pas son devoir¹. La théorie de la responsabilité nous impose le lien de cause à effet, et donc de la faute et du dommage causé à autrui, qui ouvre la porte de la réparation à la victime. « On est en faute quand on se conduit mal : si cette mauvaise conduite ne cause de préjudice à personne, la morale seule peut la flétrir ; si elle crée un dommage, il y a obligation de réparation... »², mais « la responsabilité a un fondement moral »³. D'un côté, à défaut d'un dommage causé intentionnellement ou volontairement, la faute morale n'est même pas constituée et l'agent est libéré de son devoir de conscience, la réparation qu'il exécute ultérieurement ne découle que d'une dette morale, un ressentiment de culpabilité sans faute. De l'autre côté, la faute civile est constituée essentiellement par des faits : un manquement au respect d'une obligation ou aux usages. Elle ne considère pas forcément l'intention ou la volonté de l'agent, la faute civile se concrétise par l'inobservation des obligations civiles et est basée sur la conduite des hommes « en fonction de ce qui se fait,

¹ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.39.

² RIPERT Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1948.p. 305.

³ RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.p. 112 et s. (3^e édition, 1936).

autant que de ce qui devrait se faire... »¹ : l'intention et la conscience ne jouent qu'un rôle complémentaire à la classification graduelle de la faute civile. Cette notion sur la faute morale semble à notre avis constituer un substratum social considérable dans la construction du droit à Madagascar, outre les règles coutumières justifiées par des règles morales dans la société malgache. M. Julien a constaté au début du siècle dernier que le droit malgache et la réalité sociale malgache étaient façonnés par les principes « *Tsy mety* » et le « *Mety* »², c'est-à-dire de « ce qui se fait » et « de ce qui ne se fait pas ». C'est dans cette optique que le régime des obligations dans le droit traditionnel malgache, comprenant le droit écrit, les règles orales coutumières et les usages, considérait que c'était un abus de droit « *Tsy mety* » de faire subir au civilement responsable et le dommage et les intérêts : il excluait catégoriquement le « *lucrum cessans* » (les intérêts ou manques à gagner de la victime) pour ne laisser exigible que le « *damnum emergens* » (strictement le dommage subi).

1) L'exclusion de la faute non intentionnelle

722. « Si l'objet du droit est bien de réaliser la justice... ce n'est pas d'une justice particulière, commutative ou distributive qu'il s'agit, mais de la justice sociale »³, cette justice que l'on pourrait appliquer dans ce concept de sanction civile visant une rupture du lien de filiation repose sur des motifs graves, une faute grave que l'on apprécie non seulement objectivement, mais également subjectivement du fait de la considération et de la prise en compte de la volonté de nuire à un membre de la famille de l'auteur de l'acte dommageable. Les seules fautes d'imprudence, de maladresse ou de négligence ne peuvent ainsi constituer de motifs aux fins de rompre le lien de filiation, nous avons déjà souligné plus haut que les dommages causés non intentionnellement ne doivent pas servir de cause pour établir la faute grave et engendrer une sanction radicale et sévère de la rupture de filiation. Il est en effet possible de détourner la finalité de la rupture de filiation pour masquer des formes de discrimination ou d'exhérédation : nous avons déjà étalé ce problème d'abus de droit en ce qui concerne le rejet. L'exclusion de la faute non intentionnelle comme motif grave permet également d'écarter toute convention contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, ce qui signifie que l'appréciation de la faute subjectivement de la volonté par le juge se trouve encore une fois très importante et nécessaire. Ainsi, si la faute non intentionnelle faisant jouer

¹ RABUT Albert, *La notion de faute en droit privé*, Thèse, Paul Cézanne, 1949.p. 134.

² JULIEN Gustave, *Questions de droit .malgache, Etudes de sociologie et d'ethnologie juridiques, dirigées par Maunier René*, Domat-Montchrestien F. Loviton et Cie, 1931.p 3.

³ RABUT Albert.p. 196.

la responsabilité civile ou pénale : pour la première, l'objet de réparation du dommage causé involontairement ne pourra pas être compris comme faute grave du fait de l'absence de la volonté de nuire et ne justifie pas de motif grave permettant de demander l'autorisation de rejet de la part de la victime. Ainsi, nous considérons que la seule réalisation du dommage, et du jugement des faits *in abstracto* ne permettent pas d'autoriser la demande du rejet. Si en matière de responsabilité civile ou pénale « toute atteinte à l'intégrité de la personne ou du patrimoine d'autrui constitue une faute »¹ : p. ex., si les parents titulaires de l'exercice de l'autorité parentale sont responsables des actes et des dommages causés par les enfants mineurs dont ils ont la garde, dans notre objet la faute du père ne peut constituer un motif grave sauf s'il est lui-même reconnu comme investigateur de l'acte illicite de son fils mineur ou encore il a sciemment provoqué l'agissement indigne de ce dernier : dans ce cas, les grands-parents peuvent rejeter leur fils et étendre les effets du rejet à leurs petits-enfants. L'idée de l'existence d'un devoir général de ne pas nuire à autrui que l'on voit dans les pensées de certains auteurs² ne doit être prise en compte dans le motif grave permettant le rejet que lorsque ce devoir peut être identifié chez l'auteur de l'acte dommageable contraire à des obligations légales et qu'il a volontairement investi ou aidé à la réalisation du dommage.

2) Les traits caractéristiques de la faute intentionnelle

723. En droit romain, si nous reprenons les classifications décisives pour l'appréciation de l'infraction de l'« *injuria* »³, la deuxième classification porte sur le degré de la gravité de la faute, si les injures sont simples ou atroces, ces dernières sont d'une gravité exceptionnelle même si les jurisconsultes romains ne décrivent pas d'une manière absolue l'atrocité. Mais en s'appuyant particulièrement sur Labéon (L. 7, § 8, de *injuria*) et sur un passage des Institutes (L. 4, t. 4, § 9), on peut admettre que l'atrocité provenait des quatre hypothèses suivantes⁴ : de la nature du fait accompli, du lieu, du temps de sa perpétration, de la qualité de la personne

¹ M. LECLAERCQ, Procureur Général de la Cour de cassation de Belgique, Discours à l'audience solennelle de rentrée du 15 septembre 1927, Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton commet-il un acte illicite ?, Cass. Belgique 17 novembre 1927, Pasier, Belge 1928, I.I.

² SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916. ; JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006.

³ Ou « *Iniuria* » - au sens large, tout acte contraire au droit-s'entend en matière délictuelle de certains délits à l'égard de la personne » : GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2000.p. 278.

⁴ FOURCAND Pierre, *Des injures en droit romain, De la diffamation en droit français*, Thèse, Bordeaux, 1891.p. 20 et s.

atteinte. À travers l'appréciation de ces classifications sur le dommage causé à autrui, notamment par la nature du fait, son aggravation est même supposée quand il s'agit de voies de fait et quel qu'il en soit le résultat, il en est de même de la diffamation qui est l'imputation ou l'allégation d'un mensonge ou d'un discrédit. L'aggravation de la faute est liée au lieu et aux circonstances de sa production, nous l'avons vu sur la publicité des injures et de la diffamation. Enfin, la qualité de la personne atteinte peut aggraver ou atténuer la circonstance des faits, selon son rang social ou du rapprochement du lien entre l'agresseur et l'agressé. Cependant, elle est à relativiser de nos jours où l'égalité des individus devant la loi prime avant toutes autres considérations même « si plus il y a de distance entre l'offenseur et l'offensé, plus le respect s'impose de l'un à l'autre, et plus on est coupable de manquer à ce respect »¹. La notion d'intention est généralement caractérisée par le résultat qu'elle extériorise : mauvaise ou bonne, si le droit ne gratifie pas la bonne intention, il réprime la mauvaise et suppose la conscience et la volonté de causer le dommage à autrui. Elle s'identifie à l'intention de nuire en droit civil, comme en droit pénal où l'on distingue les infractions intentionnelles des infractions non intentionnelles², différente de la faute lourde qui ne provient pas de la volonté de nuire (même si elle est équivalente à la faute dolosive : *culpa lata dolo aequiparatur*), mais retenue par le tribunal dans le domaine contractuel³.

a. La conscience de la nuisibilité de son acte ou la faute inexcusable

724. La faute intentionnelle ou dolosive implique nécessairement la volonté de l'auteur de l'acte dommageable de causer le dommage à autrui, il en découle de cette définition que le dommage a été provoqué et voulu par son auteur d'atteindre sa victime. D'après M. Josserand sur l'anc. art. 1382 (1240 du CCF), à l'instar de l'art. 204 de LTGO sur la responsabilité extracontractuelle pour faute et la réparation du dommage causé : « la responsabilité délictuelle naît non pas de prétendus devoirs préexistants, mais bien de la faute même... »⁴. « Une règle de responsabilité... est en même temps une règle de conduite... le droit ne peut tolérer qu'on porte intentionnellement préjudice à autrui »⁵ : l'intention est le rapport de la

¹ *Ibid.* p. 21.

² MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.44.

³ P. ex. : Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1983, Bull. civ. I, n° 82, « la faute lourde consiste en une négligence grossière que l'homme le moins averti ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires ».

⁴ JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006.p. 422.

⁵ RIPERT Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1948.p. 305.

volonté au dommage¹, c'est-à-dire la volonté de commettre un fait dommageable dont le résultat a été recherché. La constatation de cette intention de nuire à son prochain constitue un élément suffisant à caractériser la faute grave, voire illicite (faute intentionnelle ou délictuelle) qui dispense par elle-même la recherche des autres éléments de la responsabilité en confirmant le rapport de causalité : c'est la responsabilité subjective. P. ex., dans la coutume Betsileo et du sud-est et sud-ouest du pays, la reconnaissance par le conseil de famille et de leur déclaration devant l'autorité locale de la « commission d'une « faute lourde » » constitue le motif du rejet, mais excluant l'exhérédation automatique (ou par représentation) des enfants du rejeté². L'intérêt réside dans la présomption de l'illicite que le défendeur doit combattre par des faits justificatifs : quels seront les potentiels justificatifs ou exonérateurs de responsabilité dans notre objet ? Une faute grave, accentuée par la volonté de nuire, correspond souvent à des délits répréhensibles également par le Code pénal : cependant, dans un contexte familial où la relation privée s'entremêle avec le sentiment ou l'affection, il arrive souvent que la victime n'ose pas parler ou ne veuille pas porter l'affaire devant la justice pénale. Or si la faute pénale est reconnue par la justice, il ne pourrait plus y avoir de doute sur l'établissement de la faute grave de la rupture du lien de filiation : écartant ainsi tous faits justificatifs³ de responsabilité subjective. La preuve de l'intention de nuire est confirmée⁴ parfois par l'absence d'utilité personnelle, mais la Cour de cassation maintenait les arrêts condamnant l'abus de droit sans intention de nuire quand le défaut d'intérêt personnel est caractérisé⁵. La volonté de nuire dans notre objet d'étude ne doit pas trouver sa base dans la preuve de défaut d'intérêt personnel ou dans l'abus d'un droit, mais strictement dans la faute commise intentionnellement dans le but de nuire ou de l'intention de causer le dommage⁶, et

¹ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 359.

² COMMISSION DE RÉDACTION DU CODE CIVIL, « Rapport de synthèse, présenté par la Commission Provinciale de Constatation des Coutumes de Fianarantsoa », Ministère de la Justice, 1961.p. 19.

³ Le CCF n'a pas déterminé ni la définition ni une liste des faits justificatifs ; il faut se rapprocher du droit pénal et faire une transposition des art. 122-4 (ordre de la loi conjugué avec le commandement de l'autorité légitime) et art. 122-5 (légitime défense de soi-même ou d'autrui). Ces faits justificatifs spéciaux incluent l'état de nécessité, le consentement de la victime, et la licéité de certaines activités, et enfin l'exercice d'un droit (que l'on a envers une personne) qui peut lui causer un dommage ne peut pas engager en principe la responsabilité.

⁴ C.A de Pau, 15 février 1973, RTDCiv.1974.152, obs. Durry : « Il y a abus lorsque l'usage du droit apparaît tout à la fois inutile (pour celui qui l'exerce) et préjudiciable (à autrui), cette jonction relevant l'intention de nuire ».

⁵ Cass. Civ, 3^e, 17 janvier 1978, Bull., III, n° 41, RTDCiv, 1978, p. 655 obs. Durry ; Cass. Civ, 3^e, 20 mars 1978, Bull, III, n° 128.

⁶ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 29.

d'atteindre son objectif, la faute est la « réalisation de la volonté de nuire à autrui »¹. « À défaut de volonté d'injustice, il ne peut en principe, y avoir d'injustice » disait M. Dabin², une idée philosophique se rapportant indirectement sur la faute dont la réparation du dommage, de l'injustice, répond à une volonté malveillante de provoquer le dommage, un but recherché : œuvre de l'esprit se transformant en acte dommageable. Cette recherche de la volonté nuisible caractérise la faute morale qui ne se transforme pas systématiquement en faute juridique. La faute civile est quant à elle, matérialisée par un fait, elle correspond au dommage : si ce dernier est constaté, la justice fera en sorte qu'il est imputable à une personne et engagera sa responsabilité, avec ou sans la volonté de causer le dommage.

725. C'est dans cette optique que le juge doit trouver non seulement le lien de causalité entre la faute et le dommage, mais aussi de considérer exceptionnellement la faute morale à travers l'existence ou pas d'une volonté de nuire à autrui. La faute est analysée dans cette étude pour justifier les motifs du rejet et n'est pas aux fins d'aboutir à une réparation selon le Code civil en faisant jouer la responsabilité³. Les cas de responsabilité sans faute ne trouvent pas d'application dans les nouveaux motifs du rejet du fait de l'exigence de la loi : « sciemment porté atteinte à l'honneur familial ou gravement manqué aux devoirs de secours, d'assistance et de respect (art. 80) qui repose sur la volonté nuisible du prétendu rejeté. En effet, la faute grave envers le rejetant ou la famille constitue le motif déterminant de la cause du rejet que le juge appréciera en toute liberté. La faute répond donc à un manquement des obligations que la loi impose à l'enfant majeur de faire ou de ne pas faire à destination de ses ascendants, parents, sa famille, sa communauté, et de sa personne même. Il peut s'agir d'une faute pénale ou d'une faute civile qui implique la conscience de l'auteur dans son acte de commission ou d'omission. Nous la rangeons par conséquent dans le champ de la faute inexcusable, c'est-à-dire non justifiée, l'illicite. La responsabilité pour faute intentionnelle ou dolosive de l'anc. art. 1382 (1240) du CCF nécessite apparemment un jugement de valeur sur une conduite humaine⁴. La transgression de la loi suppose la sortie de l'individu du cadre légal, « soit parce qu'il a empiété sur un droit subjectif appartenant à autrui, soit qu'il a dévié de la ligne droite, celle que suit le bon père de famille, le modèle de sagesse abstraite, soit

¹ MORIN, *La révolte du droit contre le Code*, p. 1.

² DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique*, n° 152, p. 526., in RABUT Albert, *La notion de faute en droit privé*, Thèse, Paul Cézanne, 1949.p. 132.

³ Étymologie : du latin *respondere*, supporter un poids ; « obligation de payer » au sens primitif selon Astruc, in ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929.p. 1.

⁴ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 363.

qu'il a violé une règle de conduite imposée aux hommes»¹, la troisième acception se rapproche mieux de notre contexte : la transgression d'une règle légale ou la violation d'une règle coutumière.

b. Une faute par commission ou par omission

726. Un acte positif ou négatif, acte de commission ou d'omission, l'intérêt de soulever l'intention de nuire à un individu s'entremêle avec la notion de faute : cette dernière n'est autre que la condition d'existence du délit civil ou du quasi-délit ; acte ou fait illicite, dommageable commis ou omis avec l'intention de nuire. Et que si le comportement d'un individu coïncide en effet avec sa volonté, il y a faute intentionnelle et mérite une sanction, civile et/ou pénale selon les cas. « Quand on dit qu'un homme a commis une faute, chacun comprend que cela veut dire que cet homme ne s'est pas conduit comme il aurait dû se conduire, qu'il n'a pas fait ce qu'il aurait dû faire »², une acception largement partagée : « nul n'a le droit de nuire à autrui en sachant, ou en étant à même de prévoir qu'il va lui nuire. L'acte fait en contravention de cette règle est une faute qui l'oblige à réparation... »³. Le fait personnel est compris comme une certaine conduite, un certain comportement de l'homme⁴, il inclut non seulement l'attitude positive de faire, mais aussi celle négative de ne pas faire. La faute par commission enfreint les règles de l'obligation de ne pas faire, chacun devant s'abstenir des actes qui pourraient préjudicier aux autres⁵. Placée sous la sanction de l'art. 1240 du CCF et de l'art. 204-206 de LTGO qui nous intéresse, à côté des sanctions pénales contre les personnes prévues par les art. 221-1 et s. R. 621-1 et s. du CPF, même si ces dernières sont forcément civiles : la faute par commission s'apprécie par le fait du corps et aussi de l'esprit de l'homme, il en est ainsi des mensonges, des diffamations et des injures. La faute peut se matérialiser par toute extériorisation d'expression orale ou écrite dans le cas d'une activité de l'intelligence⁶. Par ailleurs, notre étude s'intéresse aussi à l'établissement de la faute par omission des obligations d'assistance entre parents, au surplus entre individus d'une même communauté. La non-observation ou le non-accomplissement de l'acte prévu par

¹ *Ibid.*p. 363.

² COLIN et CAPITANT, t. II, p. 379, in CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927.p. 25.

³ SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916.p. 21.

⁴ CARBONNIER Jean.p. 356.

⁵ *Ibid.*p. 357.

⁶ *Ibid.*p. 357.

la loi viole les obligations légales, constitue une faute et engage la responsabilité¹ de son auteur. Un des motifs de l'ancien rejet avait pour but de permettre aux parents donateurs de rejeter un enfant majeur qui refuse des aliments ou manquait de reconnaissance à leurs égards.

727. Du principe : « Qui peut et n'empêche, pêche » ; « Ceux qui, pouvant empêcher un dommage que quelque devoir les engageait de prévenir, y auront manqué, pourront être tenus, suivant les circonstances »². En droit malgache, nous confirmons que le devoir de respect et d'honneur est une obligation légale, et non un devoir moral nécessitant la reconnaissance de la justice, de même qu'en l'espèce : « nul n'est censé ignorer la loi », la loi naturelle, la loi coutumière, confirmée par le droit positif ; celui qui peut prévenir le dommage sans le faire encourt la même sanction que le fautif. En France la faute par omission d'assister à son prochain entraîne la responsabilité quasi délictuelle des art. 1240 et 1241 du CCF et de la responsabilité pénale de non-assistance en danger de l'art. 223-6, al. 2 du CPF. Or, l'omission ou l'abstention par le père de reconnaître son enfant naturel n'est pas une faute³ : même si les décisions sont abondantes et parfois contradictoires, surtout concernant les activités professionnelles, la faute par omission est reconnue pour autant qu'il y ait manquement à un devoir juridique, une obligation légale. Généralement en Europe⁴, la faute par omission d'assister une personne en danger sans risque pour un individu entraîne l'engagement de sa responsabilité civile ou pénale selon le degré du danger encouru et du préjudice subi par la victime, il faut évidemment établir un lien de cause à effet entre le préjudice et la faute de l'individu. L'omission dolosive est sanctionnée par l'art 826 du Code civil allemand du fait de l'immoralité de la faute : un individu en s'abstenant à rendre service à son prochain sait qu'il va lui causer un dommage considérable sans en courir aucun risque ni préjudice pour lui.

B. Le lien de causalité entre l'obligation violée et le dommage

728. Vérifier et confirmer un lien entre le dommage et l'acte dommageable (ou l'obligation violée) est l'une des trois étapes importantes en amont de la délibération et du prononcé du jugement. Il revient au juge d'investiguer, d'approfondir les preuves que le demandeur

¹ AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VI, § 444, p. 337 : « ... la responsabilité par omission ne peut être admise qu'en présence d'un texte impératif et formel créant l'obligation d'agir dans telles conditions déterminées (prévue par une convention : responsabilité contractuelle, ou imposée par la loi : responsabilité quasi délictuelle par omission) », in CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, LGDJ, 1927.p. 24.

² DOMAT, in *Ibid.*p. 24.

³ Cass. Civ., 20 octobre 1935, D.H. 35, 537.

⁴ Droit comparé : hollandais, italien, turque, portugais, autrichien, belge, français, in CAMPION Lucien.p. 31-35.

rapporte devant le tribunal et qui constatent les dommages subis par lui par suite d'une violation d'une règle de droit ou d'une obligation, justifiant ainsi sa prétention : c'est le pouvoir d'appréciation des faits par le juge. À partir du principe et des solutions affirmés par la jurisprudence de considérer que la faute est, de par sa nature, un manquement à une obligation préexistante : nous arrivons à considérer que l'acte dommageable doit être illicite ou contraire à un devoir juridique que l'agent doit se conformer. Le dommage subi par la victime doit nécessairement être le corollaire de la violation ou de la transgression d'une obligation : l'acte illicite expose son auteur à une sanction civile ; le rejet par la victime, sans préjudice des sanctions pénales ou des réparations en dommages-intérêts. Trois conditions découlent du postulat : la violation ou le manquement à un devoir juridique, l'existence d'un préjudice grave et l'imputabilité de la faute à l'auteur de l'acte dommageable.

1) La violation ou le manquement aux devoirs de respect

729. La violation ou le manquement à un devoir juridique n'est autre que la faute largement étayée au cours de cette étude, une restriction reste à spécifier pour écarter toute faute indépendante d'une volonté réelle de transgresser les règles posées. Cette restriction repose sur la notion de faute de M. Carbonnier que nous avons déjà soulevée plus haut : « point de faute là où il n'existe pas de volonté »¹. La faute déterminante d'un motif grave autorisant la rupture du lien de filiation ne peut se suffire à la seule violation ou au manquement à un devoir juridique, elle doit absolument être provoquée par l'intention de nuire, supposant que l'auteur de la règle violée ou transgressée savait pertinemment que son acte est illicite et que la finalité de son acte est de porter préjudice à celui à qui il est adressé. Il arrive en effet qu'un comportement dommageable ne vise pas expressément sa victime, le précepte moral de « ne pas nuire à autrui » est jugé très vague et indéfinissable d'où la réticence des juristes de l'adopter : même si « en droit français, pour qu'il y ait faute, il faut et suffit qu'il y ait violation d'une obligation préexistante, manquement à un devoir juridique antérieur »². D'une part, le premier rôle du juge est donc de vérifier si les faits constituent une faute (au sens de l'art. 204 de LTGO ; art. 1240 du CCF), qui signifie la violation d'une règle de droit ou à un manquement d'une obligation. Le manquement au devoir de respect constitue des notions à contenu variable, avons-nous dit, le juge s'efforcera alors de classer ou pas les faits reprochés dans la catégorie que les textes prévoient pour l'autorisation de la rupture du lien de filiation. D'autre part, le juge a un rôle majeur pour faire cesser les atteintes à l'intimité de la vie privée

¹ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 358.

² RABUT Albert, *La notion de faute en droit privé*, Thèse, Paul Cézanne, 1949.p. 64.

(art. 9 du CCF ; art. 17-18 de la loi n° 62-041 ; art. 20 al. 2, 1-2 du Code de communication) et particulièrement du juge des référés. En effet, l'al. 2 de la loi française est plus explicite même si le principe est partagé en droit malgache ; « le juge peut, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que le séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ». Il en découle de ces dispositions que lorsqu'une personne subit des atteintes à l'intimité de sa vie privée, quel qu'il soit l'auteur de l'acte attentatoire et le mode de diffusion des informations, presses, télévisions, revues, réseaux sociaux, la victime peut déjà sans préjudice d'une demande de rupture de la filiation saisir le juge civil et s'il y a urgence le juge des référés, pour faire cesser ou retirer les informations de la scène publique. Cependant, la simple constatation du juge de l'atteinte à la vie privée constituera-t-elle un motif grave justifiant la rupture du lien de filiation ?

730. À priori, la réponse est négative puisque le motif du rejet ne peut reposer que sur l'intention de nuire. Faut-il préciser dans le contexte et dans l'appréciation de la faute grave ou des motifs graves que si une obligation préétablie juridiquement a été violée et qu'aucun dommage ne peut découler de cet acte illégal envers celui qui demande la rupture du lien de filiation : ce dernier devra être débouté de sa requête non seulement parce qu'il n'a subi aucun préjudice, mais il ne peut pas apporter la preuve des motifs graves qui supposent un dommage subi, une règle violée et la volonté de porter atteinte expressément et exclusivement à son enfant ou à sa famille. Les juges doivent d'abord vérifier l'existence d'une règle de droit et de ses conséquences, de l'existence d'une obligation à observer et des faits qui la violent, « le mot droit est aussi indicateur d'une direction... le « droit chemin », ou encore le juge qui tranche « à bon droit » un litige sur le fondement de la règle appropriée ; l'image de la ligne droite, dont il ne faut pas dévier, s'impose à l'esprit »¹. Les obligations découlent des règles précises de l'art 371 du CCF français et de la loi malgache n° 63-022 sur le rejet, facilement et clairement identifiables, même si elles contiennent des imprécisions demandant l'appréciation souveraine du juge. De plus, avons-nous dit, il faut que l'acte illicite entraîne par ses effets directs un dommage certain et conséquemment grave à l'endroit de celui qui le subit. Un autre exemple, en droit français et en matière de violences conjugales, la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 précitée permet de saisir le juge pour la délivrance d'une mesure de protection, et l'art. 220-1 al. 1 et s. du CCF permettent au JAF de prescrire toute mesure urgente lorsqu'un époux manque à ses obligations et met ainsi en péril l'intérêt de la

¹ ATIAS Christian, *Devenir juriste, Le sens du droit*, LexisNexis SA, 2011.p. 1.

famille. Et en cas de violences intrafamiliales aggravées, le JAF peut ordonner en urgence des mesures de protection des victimes (dans un délai maximal de six jours) : des interdictions, des mesures antirapprochement, des propositions de résidence et d'accompagnement judiciaire et extrajudiciaire (art. 515-9 à 515-13 du CCF de la loi de 2020). Nous avons déjà vu précédemment les notions de la faute et du dommage, nous allons analyser comment le juge doit procéder à l'appréciation du conflit et de justifier sa décision sur la présence ou pas d'un motif suffisamment grave avant d'autoriser la rupture du lien de filiation.

2) L'existence d'un préjudice suffisamment grave

731. En matière civile, si par déduction l'acte a été jugé illicite, la responsabilité de son auteur est engagée à ce stade : en matière de rupture du lien de filiation, ils doivent assurer qu'un dommage (physique, moral et/ou matériel) a bien été causé au demandeur et d'une manière directe, ou au moins immédiatement ressenti par lui. Le dommage doit être ainsi la conséquence d'une violation d'une obligation à l'encontre de la victime préalablement visée, d'où la considération importante de l'intention de nuire. La seule présomption de faute corollaire de la réalisation du préjudice ne suffit pas à établir la faute grave, il faut que le dommage soit le résultat d'une obligation sciemment violée. « Or si le dommage est facile à établir [nous nous permettons d'une réserve au dommage moral], la preuve de la faute, et aussi celle du lien de causalité entre la faute et le dommage, est souvent une preuve diabolique »¹, nous soulignons. De plus, dans ce contexte de violation volontaire d'une obligation, encore faut-il, nous le répétons, que le juge apprécie l'intention de nuire, c'est-à-dire la conduite de l'auteur de l'acte dommageable, constitutive d'évaluation graduelle de la faute. P. ex., en matière de demande en divorce ou de séparation de corps, le manquement au devoir matrimonial et à l'obligation familiale peuvent justifier les motifs graves fondés sur le manquement à l'obligation de nourriture, de sécurité², de faire subir à la femme de mauvais traitements³ ou de lui faire accepter l'existence d'une maîtresse : le dommage subi par la femme n'est seulement pas matériel, mais aussi moral : une mauvaise condition, loin du cadre paisible et épanouissant de la famille.

¹ RIPERT Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1948, p. 307.

² Req., 20 novembre 1861, D. 61. 1. 305, Sirey, 61. 1. 965.

³ Req., 27 janvier 1908, D. 1908. 1. 54.

a. Du préjudice physique

732. Le préjudice physique ou corporel (art. 206 de LTGO) : incapacité physique, douleur, privation de jouissances, etc., ne peuvent être admises que subies personnellement par un membre de la famille du potentiel demandeur de rejet ; un préjudice subi directement, immédiatement et certainement par la volonté de nuire et d'atteindre la victime en personne. Une intention de nuire à autrui prise comme critère fondamental d'asseoir les griefs justifiant les demandes en autorisation du rejet, mais aussi la nécessité de l'existence d'un préjudice moral, physique et/ou matériel. À l'inverse de l'essai sur les éléments constitutifs du délit civil de M. Bosc qui se base sur les éléments dommageables et les éléments constitutifs du préjudice au-delà de l'existence ou pas d'une intention de nuire qu'il juge inutile dans ses recherches vu que la responsabilité civile s'applique et repose sur l'existence d'un préjudice : nous estimons de notre côté que l'établissement d'un motif grave repose essentiellement sur l'intention malveillante ou dolosive d'un membre de la famille. L'auteur juge en effet que pour la mise en jeu de la responsabilité civile de l'anc. art. 1382 (art. 1240 et 1241 du CCF ; art. 204, 206, et 212 de LTGO), il n'est point besoin de faire la distinction entre le délit civil et le quasi-délit (nous acquiesçons : l'auteur ne s'exonère pas de ne pas avoir commis une faute) déterminés par Pothier comme respectivement : « ... délit, un fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre... et quasi-délit un fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre »¹. Puisqu'elle est incomplète, « en ce sens qu'elle ne tient pas compte à côté de l'imprudence, de la négligence, de l'omission ou de la réticence... du moment que les conséquences de l'un et de l'autre sont les mêmes, nous ne voyons pas quelle importance pratique peut avoir la distinction »². Si telle est la position de la doctrine sur la responsabilité civile et sur la démonstration du lien de causalité entre le dommage subi et l'acte dommageable : dans notre objet, le dommage suite aux atteintes physiques doit exclusivement découler des violences intrafamiliales et de la volonté d'atteindre directement la victime. Celles-ci pourraient provenir des coups et blessures volontaires sur les père et mère, sur un ascendant, sur les membres de la fratrie, sur les enfants et autres descendants, ou d'une tentative de meurtre, de meurtre avec ou sans préméditation.

¹ POTHIER, *Traité des obligations*, n° 116.

² BOSCH Jean, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, Montpellier, 1901.p. 5.

b. Du préjudice moral

733. La reconnaissance du préjudice moral. Dès le début du XX^e siècle, la justice anglaise¹ reconnaissait le dommage moral de l'intrusion dans les espaces privés, le Tribunal fédéral suisse² appliqua à la même situation le dommage causé par des indiscretions ou d'intrusion dans la vie privée d'une personne, ces atteintes graves affectent « la personnalité de la victime, le dommage subi est purement moral, il trouble la paix, la sensibilité, le confort de la victime »³. Nous sommes en quelque sorte épargnés de cette controverse doctrinale qui au début du 20^e siècle opposait les partisans de la réparation en argent du dommage moral et ceux qui s'y opposent (« Le fait de monnayer son chagrin a quelque chose de malsain, voire de scandaleux », et M. Morange⁴ en a fait une remarque en disant que : « *Battre monnaie de ses larmes est une étrange alchimie* » ou encore de l'avis du Conseil d'État français qui a pendant longtemps affirmé que : « *la douleur morale n'étant pas appréciable en argent, n'est pas susceptible de réparation* »)⁵. Mais, quelle qu'en soit l'idée, il faut tout d'abord acquiescer son existence, comment il se manifeste, car apparemment il doit s'extérioriser par des comportements, par des signes sur le physique, sur la manière de décider ou toutes autres formes pouvant laisser croire que la victime est atteinte intérieurement.

734. Le préjudice moral (désagrément, souffrances, etc.) n'est pas une atteinte directe à une valeur pécuniaire (caractère négatif), mais un préjudice très personnel. P. ex., les atteintes à la réputation, à l'honneur, au nom⁶, au respect de la vie privée, au droit moral de l'auteur sur son œuvre, à l'inviolabilité de la correspondance, au préjudice esthétique, préjudice d'agrément. Le préjudice purement moral est constitué par le préjudice d'affection qui « s'entend de la

¹ Hickman v. Maisey [1900], 1 Q.B. 752.

² Visinghoff c. de Niederhausen, ATF, 44, II, 319 ; ATF, 44 II, 320 : « L'inviolabilité de la vie privée ne constitue pas seulement un principe moral, c'est aussi une règle de droit, un « bien juridique » (Rechtsgut) ; elle est un attribut de la personnalité ; la loi la protège ».

³ RIGAUX François, *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, É. Bruylant Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.pp. 325-326.

⁴ MORANGE G., « À propos d'un revirement de jurisprudence... la réparation de la douleur morale par le Conseil d'État », D. 1962, chron. P. 15

⁵ POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain, *L'affection et le droit*, Préf. F. Rigaux, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.p. 305.

⁶ Chambre com., 6 nov. 1979, D. 80, I.R., 416, n. C. Larroumet : jugé qu'une entreprise fabriquant des vêtements éprouve un préjudice moral du fait qu'un film pornographique utilise de façon ostentatoire des badges publicitaires portant la marque de ses vêtements, in MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.145.

douleur éprouvée à la suite de la mort d'un être cher ou de la constatation de sa déchéance physique ou mentale »¹. Si la souffrance morale peut entraîner au fil du temps une souffrance physique, il est aussi concevable de juger la perte d'affection comme un préjudice subi par les proches de la victime. Ainsi si nous avons débattu sur l'existence d'une obligation de donner une affection, le droit reconnaît la perte d'affection, ne serait-ce que par la simple considération de recevabilité d'une action réclamant en justice le préjudice d'affection². De nos jours, il est reconnu comme totalement légitime de demander la réparation d'un préjudice moral pour celui qui est directement atteint d'une déconsidération sur sa personne, d'une souffrance physique du fait de l'atteinte morale, de la douleur causée par la perte d'un être cher, du chagrin, des inquiétudes liées à une situation exceptionnelle, ou encore du préjudice moral subi par une personne victime d'adultère et pour finir cette liste non exhaustive, du manquement à des obligations de respect et d'honneur : que la personne soit victime directe ou médiate (par ricochet) ou les deux à la fois³. Et c'est cette dernière de la liste des causes du dommage qui rentre dans notre objet d'étude, mais non pas dans le sens de la réparation en argent. En effet, ne serait-il plus juste de réparer un préjudice moral par des moyens de droit non évaluable en argent également ? Le préjudice moral indépendant, c'est-à-dire qui ne relève pas ou ne se répercute pas sur la fortune de la victime ou du moins n'atteint pas directement ses biens ou son intégrité physique, est le plus difficile à établir puisqu'il n'est pas visible par les tiers, la question faisait d'ailleurs l'objet de cette controverse doctrinale, mais que l'œuvre prétorienne a pu tracer une ligne régulière en la matière. Depuis quelques décennies, l'existence d'un préjudice moral ne fait plus de doute, la jurisprudence⁴ le

¹ POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain.p. 305.

² Cass. Chambre mixte du 27 février 1970 reconnaît le droit de la concubine de réclamer des dommages-intérêts par la mise en jeu de la responsabilité civile du fait de la perte de son concubin après un accident mortel survenu à celui-ci, « parce que son préjudice (matériel ou moral) est une réalité ».

³ Cass. crim., 2 avril 2019, n° 18-81.917 ; Cass. civ. 2°, 23 mars 2017, n° 16-13.350 : JCP G 30 octobre 2017, n° 44-45, in MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2021.

⁴ Cass. Civ., du 22 octobre 1946, J.C.P. 1946, II, 3365, note A.S ; D. 1947, 59 : « le préjudice d'affection existe et doit être réparé non seulement lorsque la personne est décédée, mais aussi lorsqu'elle n'est que blessée, car les soins et les chagrins que cause l'infirmité d'un être cher ne sont pas moins réels » ; Cass. Civ., 2° du 8 décembre 1971, RTDCiv. 1972, p. 595 obs. Durry : « ... la seule preuve exigible (est), celle d'un préjudice personnel, direct et certain subi par le fils », termes repris par la Cour suprême, Cass. Civ. 2°, 23 mai 1977, D. 1977, I.R., p. 441, obs. Larroumet ; RTDCiv. 1977, p. 768, obs. Durry., in POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain.p. 322.

reconnait à chaque fois qu'il constate des liens d'affection entre la victime et les personnes qui prétendent être atteintes moralement de la disparition d'un être cher ou du préjudice moral suite à des atteintes physiques ou matérielles que la victime elle-même subit, même s'il existe des décisions plus exigeantes¹. En effet, la certitude qu'une personne est affectée par une situation créée volontairement à son encontre par l'auteur du dommage reste à démontrer.

735. Il importe toutefois de faire une distinction dans la protection du nom, si « le nom semble effectivement se rattacher au droit de propriété »² et qu'il fait l'objet de sanction pénale en cas d'usurpation, de changement et de port du nom d'un tiers indépendamment de tout préjudice : le nom faisant l'objet d'un préjudice moral vise le nom de famille et de la vie familiale des membres de la famille ; les premières personnes concernées seraient donc les ascendants et les descendants en ligne directe. Mais ceci n'épargne pas la famille en ligne collatérale de subir des préjudices moraux portés contre les ascendants en commun. Le but de la réparation par des dommages-intérêts du préjudice par la responsabilité civile étant de rétablir l'état du patrimoine matériel de la victime tel qu'il était avant la production du dommage subi par la faute de l'auteur ou de l'acte dommageable, mais il est devenu admissible de l'esprit de la loi sur la réparation que particulièrement les droits de la personnalité ne reposent plus sur le caractère distributif de la réparation, c'est-à-dire « rendre à chacun ce qui lui est dû », mais plutôt du caractère dissuasif à des sanctions privées visant le patrimoine, à savoir la réparation en argent³.

¹ Cass. Civ., 2^e, 16 février 1967, Bull. civ., II, 54 ; Cass. Civ. 2^e, 14 décembre 1972, D. 1973, I.R., p. 26 ; Cass. Civ. 2^e, 5 janvier 1973, D. 1973, somm. P. 65 : exigent que la douleur ressentie par les proches soit d'une *gravité exceptionnelle*. Irrecevabilité des constitutions de parties civiles par la Chambre criminelle : « art. 2 al.1 du CPP, l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. » Dans le cas où la victime a survécu et dans un préjudice réfléchi, le caractère personnel et direct fait défaut, « la victime immédiate faisant écran entre l'infraction et le nouveau dommage », Ch. Crim. 26 novembre 1966, J.C.P. 1966, II, 14979 ; Ch. Crim. 23 janvier 1975, J.C.P. 1976, II, 18333, note J.H Robert ; Ch. Crim. 1^{er} mars 1973, J.C.P. 1973, J.C.P. 1973, II, 17615, note G. Viney ; Ass. Plén. Cass. 12 janvier 1979, Bull. civ., n° 1, p. 1 ; J.C.P. 1980, II, 19335, rapport Ponsard, note M.E Cartier ; RTDCiv., 1979, 141, obs. G. Durry, in *Ibid.* p. 321.

² BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ Lextenso éditions, 2010.p. 49.

³ MEYNIAL, *De la sanction des obligations de faire ou de ne pas faire*, Revue pratique, 1884, in BOSC Jean, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, Montpellier, 1901. p.207. : « Le seul usage auquel les dommages-intérêts soient propres, consiste à remettre dans la fortune du créancier la valeur pécuniaire dont elle a été diminuée ».

736. La sanction civile de rejet répond d'un préjudice moralement subi, de rendre à la victime immédiate ou par ricochet de ce qui lui est dû naturellement en retour : une rupture du lien de filiation ; peut-on l'imaginer dans la vie quotidienne, dit-on « couper les ponts » ou « *tapaka ny fihavanana* » en malgache. Mais, elle restreint les personnes admises à demander la réparation en nature (sanction civile de rejet) du préjudice moral aux seules personnes ayant une hiérarchie supérieure d'ascendance familiale et de la condition d'avoir exercé l'autorité parentale ou d'avoir créé un lien de filiation fictive. Ce qui la différencie fondamentalement de la réparation en dommages-intérêts et des personnes recevables à l'actionner. La jurisprudence française en matière criminelle a fini par trancher recevable¹ l'action de l'épouse et des enfants mineurs de la victime d'un accident de circulation, après avoir estimé qu'ils ont éprouvé un préjudice personnel et direct en raison de la souffrance qu'ils ont ressentie au spectacle des graves blessures subies par leur mari et père². En droit français comme en droit malgache, le préjudice moral est souvent étudié dans les cas dérivant d'un accident ou d'une promesse non tenue de mariage : il n'en est rien de notre objet qui découle du manquement aux devoirs de respect et des obligations qui naissent dans la famille, dans la parenté ; une complication à surmonter pour déterminer à quel moment et dans quel cas le préjudice moral pourrait être retenu. La justice reçoit la requête de tout membre de la famille pour faire cesser l'usurpation ou l'usage du nom de famille par autrui, nous pensons aussi recevable l'action en justice pour faire cesser les dommages subis par le fait de l'un des leurs.

737. Le second intérêt de la distinction, après celle des personnes pour lesquelles les actions sont accueillies en justice, réside dans le fait de la production de la preuve des préjudices subis soit par soi-même, soit par un membre de sa famille en l'occurrence les parents et ascendants. La réparation du préjudice moral des proches en cas de décès de la victime directe est conditionnée « à la preuve d'une communauté de vie affective qui a été effective »³. En effet, en dehors de l'usurpation du nom et des faits d'inscription et usages de faux, le préjudice subi moralement doit être prouvé par celui qui le soulève. P. ex., un changement de comportement majeur : une personne gaie et souriante devint fermée, triste, chagrinée ou encore une personne dynamique, active, ou sportive devint sédentaire : nous pouvons parler

¹ Ch. Crim., 9 février 1989, Gaz. Pal., 24-25 mai 1989, p. 8, note J.P. Doucet ; D. 1989, 614, note C. Bruneau.

² POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain, *L'affection et le droit*, Préf. F. Rigaux, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.p. 322.

³ Cass. Civ. 2^e, 21 novembre 2013, n° 112-28.168 : Gaz. Pal. 9 janv. 2013, p. 5, note C. Quézel-Ambrunaz ; Gaz. Pal. 23 janv. 2014, n° 23, p. 15, obs. M. Mekki.

de « constatation de sa déchéance physique ou mentale », « un déficit fonctionnel qui désigne la perte de joies de la vie... [Ou encore] le préjudice moral d'anxiété ou d'angoisse »¹, un préjudice immédiat ou par ricochet. Autre exemple : si son propre enfant, tout en étant averti de la situation difficile d'un parent, refuse catégoriquement de venir en aide à ce dernier laissant la charité publique ou la solidarité sociale s'en occuper, le caractère non déterminable d'un préjudice matériel ou moral corollaire d'un manquement à un devoir familial ne facilite pas l'acceptation morale du parent d'être abandonné par les siens. Et même si le préjudice moral n'est pas quantifiable ni mesurable, sa reconnaissance relève plutôt de l'œuvre prétorienne, seul le juge pourrait apprécier souverainement l'existence certaine, actuelle et directe du préjudice moral.

c. Du préjudice matériel ou pécuniaire

738. Le préjudice matériel ou pécuniaire : perte d'une rentrée d'argent, manque à gagner (*lucrum cessans*), perte d'un bien mobilier ou immobilier (*damnum emergens*) ; « peut être défini comme un dommage objectif portant atteinte au patrimoine, et susceptible d'être évalué en argent »². On pourrait penser que le dommage subi par un membre de la famille provient d'un fait volontaire ou d'un acte malveillant de ses parents proches. P. ex., si la personne décide, suite à une rixe familiale, de détruire le bien d'un membre de sa famille : si le dommage subi est certain (réellement subi : l'établissement d'une relation de cause à effet entre la faute et le dommage après avoir établi séparément l'existence d'une faute et du dommage), actuel (écartant le préjudice futur) et direct (point de vue personnel : c'est la personne qui a subi le dommage qui demande ou reçoit la réparation) ; provenant des relations familiales néfastes, faute de se faire indemniser ou d'action en réparation du préjudice subi, il serait judicieux de trouver une autre solution au conflit pour qu'il ne s'envenime pas davantage, au mieux de résoudre le problème définitivement par la sanction civile de rejet. La relation du dommage matériel subi à la volonté de nuire de son auteur en matière familiale dépasse largement le domaine pécuniaire. Le dommage pourrait provenir d'un sentiment de vengeance, de haine, de rancune sur le passé de la famille elle-même, entraînant des conséquences suffisamment graves indépendamment du préjudice matériel. Sauf que le dommage subi, corporel ou matériel peut pareillement affecter indirectement le moral : le mental d'une personne voyant ses capacités de mouvement ou de mobilités réduites, ses biens

¹ MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2021.p. 587.

² *Ibid.*p. 585.

accumulés pendant des années détruites en un instant par volonté de nuire d'un des membres de sa famille. Même si la responsabilité civile de l'auteur de l'acte est engagée pour réparer les préjudices matériels et physiques subis : au-delà de toute estimation de valeur et de proportion d'indemnisation, notre réflexion porte sur la gravité du dommage et de sa quantification ; de plus, le dommage vient de sa propre famille déterminée à la nuire. Il faut alors considérer la situation de la victime, si le préjudice matériel qu'il a subi impacte fortement ses moyens d'existence et du reste de la famille : à savoir le travail, les moyens et matériels pour exercer son métier ou encore son habitation principale et de ses biens. Il en découle de cette situation que l'acte dommageable est grave. Au contraire, si la victime est fortunée et à l'abri de l'acte dommageable de toutes conséquences dramatiques, est-ce qu'il peut être minimisé par la justice pour autoriser la sanction de rejet ? Telle est la question qui anime notre analyse sur la gravité du dommage matériel subi et de l'intention de nuire de son auteur. Même si toute affaire de préjudice et de la fixation de son dédommagement dépendent de la libre appréciation du juge : l'application d'une sanction civile de rupture du lien de filiation n'échappe pas à cette règle, mais doit être raisonnée et suffisamment motivée par un nouveau lien de causalité entre la volonté de nuire et le résultat escompté par son auteur. C'est en ce dernier lien que repose l'appréciation de la gravité de l'acte dommageable et du préjudice déterminant le motif de la rupture du lien de filiation.

d. Le dommage mixte

739. Le dommage mixte peut être défini comme l'ensemble au moins de deux préjudices subis : le préjudice moral suite aux atteintes physiques et/ou le préjudice pécuniaire ou inversement. Il est vrai qu'à partir du moment où les caractéristiques des éléments constitutifs du dommage et les conditions de sa réalisation sont réunies, il est de réflexe de la pensée de trouver l'auteur de l'acte dommageable et de l'existence ou pas d'une faute. Des questions se posent alors sur l'appréciation de la faute grave dans la responsabilité civile et dans la sanction civile de rejet : est-ce qu'elle dépend du préjudice subi ou de l'intention de l'auteur du dommage ? L'intention de l'auteur de la faute ne serait être prise en considération que pour la graduation de la faute sur une échelle de valeurs : dans notre objet, elle provient de l'un des descendants majeurs de la famille, conscient de ses actes ; constitue en ce cas des circonstances aggravantes selon la proximité des relations intimes et « effectives ». Or c'est à cette étape que nous recherchons l'intention réelle de l'auteur de la faute ou de ses actes malveillants pour apprécier la gravité de la faute et le ressentiment du préjudice subi par la victime. Nous n'oublions pas que la responsabilité pour faute que nous voulons comprendre à

travers la responsabilité civile s'entremêle de sentiment et d'obligation familiale et ne découlant pas ni d'un contrat ni d'un accident. Certes, les conditions de la réalisation du préjudice de la responsabilité civile et des fautes graves dans les relations familiales sont les mêmes puisqu'elles incluent un préjudice certain, actuel et direct, de plus, les dommages peuvent toucher pareillement le moral, le physique et le matériel.

3) L'imputabilité de la faute à l'auteur de l'acte dommageable

740. Vérifier que la faute a bien été commise et qu'elle est imputable à son auteur : « deux conditions, d'après la jurisprudence, semblent indispensables, l'une objective et l'autre subjective ; une atteinte au droit et le fait d'avoir aperçu ou pu apercevoir que l'on portait atteinte au droit d'autrui »¹. Nous prétendons qu'il est pertinent de joindre à cette acception la conception de la faute par Planiol que les tribunaux ont admise et exploitée², pour déterminer la faute comme la violation d'un devoir juridique préexistant, une nature irréfutable de la faute, nécessaire et pratique dans la vie quotidienne et dans le travail de la justice. L'illicéité d'un acte de commission ou d'omission ne suffit pas à elle seule à déterminer la faute grave, encore faut-il qu'elle soit imputable à une personne quelconque, mais surtout de la possibilité pour elle de se conformer à ses obligations. C'est seulement dans cette exigence que nous pouvons concevoir les motifs graves que les lois en comparaison mentionnent dans des circonstances assez similaires et pouvant servir de grief à la demande de rupture du lien de filiation. L'appréciation subjective de la faute semble cruciale dans le rôle du juge où l'imputabilité de la faute serait possible à l'auteur de l'acte illicite, mais encore par une volonté manifeste de nuire non pas à untel, mais à la victime et sa famille.

741. De trouver la solution du litige, d'apaiser les conflits : « faire régner la paix entre les hommes est la fin suprême du droit »³ disait M. le doyen Carbonnier, tel est le rôle du juge en matière de rupture du lien de filiation pour confirmer l'imputabilité de la faute grave à l'auteur de l'acte. Une décision lourde de conséquences, quitte à aller dans le sens de cette séparation : cette « dé filiation » des générations de la même famille pour que la paix soit retrouvée de part et d'autre évitant forcément un recours au droit pénal. L'herméneutique (science d'interprétation) du juge se trouve ici particulièrement sollicitée de qualifier les faits,

¹ DEMOGUE René, *Traité des obligations en général. Tome I* [en ligne], Librairie Arthur Rousseau et Cie, 1923.p. 225.

² RABUT Albert, *La notion de faute en droit privé*, Thèse, Paul Cézanne, 1949.p. 23.

³ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004.p. 23.

les motifs de la rupture du lien de filiation, si l'action intentée est indépendante d'une action au pénal. Il arrive souvent que la victime d'une violence intrafamiliale n'ose pas déposer plainte contre son agresseur, parce que c'est un membre de la famille, parce que c'est honteux de dénoncer les siens, où tout simplement par peur de représailles. La procédure civile offre en plus aux parties une tentative de conciliation, une opportunité de « pardon » en matière familiale rendant la paix accessible et durable, il revient alors au juge d'apprécier les faits dans la mesure d'une « méthode d'équivalence »¹ de la gravité des motifs, « il ne s'agit plus seulement de reconnaître un équilibre spontané des forces en présence ; il s'agit d'établir une hiérarchie et de faire respecter ceux qui sont les plus respectables »². Au-delà des droits équitables reconnus au demandeur et au défendeur devant le tribunal, quels autres paramètres peuvent être ainsi hiérarchisés pour guider l'esprit du juge dans son appréciation : tout d'abord la situation et la personnalité du défendeur vis-à-vis de celles du demandeur, puis après avoir constaté les obligations violées, il faut en outre qu'elles soient imputables au défendeur en personne ou au moins sous ses instructions par un commettant. Enfin, si la faute est caractérisée et imputable à son auteur, est-ce qu'il avait les moyens d'éviter le préjudice subi ou est-ce volontairement exécuté dans le but de nuire à la victime ou sa famille ?

a. La possibilité

742. La faute grave doit être imputée à une personne capable et saine d'esprit. Il est donc exclu en matière de demande de rupture du lien de filiation de viser une personne incapable en l'occurrence les mineurs. La possibilité d'imputer la faute grave à son auteur implique logiquement que celui-ci ait connaissance de l'acte illicite dont il doit répondre et qu'il a sciemment commis. La connaissance de l'acte illicite, a contrario présume la connaissance de la règle préexistante ou de l'obligation dont il est tenu envers son créancier : cette condition enlève l'appréciation de la faute grave si les règles de droit ou les obligations dont le débiteur doit exécuter ne sont pas explicites et assez claires. Il arrive en effet qu'en usant de son droit il peut commettre un acte dommageable à la victime sans vouloir excéder et sans connaissance exacte des limites de son droit, l'exemple souvent évoqué concerne les abus de droit. Mais le rôle du juge est aussi d'apprécier si la faute a été commise essentiellement par le défendeur indépendamment d'une éventuelle faute du demandeur en rupture de lien de filiation. Il serait

¹ GENY François, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1^{re} édition, n° 155.

² ROUBIER Paul, *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit. Le droit français au milieu du XXe siècle*, Etudes offertes à G. Ripert, p. 24, in RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978.p. 16.

possible en effet que la faute grave reprochée au premier provienne d'une vengeance à la faute préalablement perpétrée par le second. Possible aussi si les moyens, dont le défendeur disposait, permettaient d'éviter l'acte dommageable et le dommage : p. ex., si on lui oppose les griefs de manquement aux obligations alimentaires, encore faut-il qu'il eût les ressources nécessaires pour assurer sa survie et de n'encourir aucun danger avant de pouvoir assumer les moyens de subsistance de son créancier alimentaire. Au contraire, s'il avait tous les moyens d'exécuter ses obligations alimentaires, mais qu'il a volontairement omis dans le but de nuire à son créancier tout en sachant que ce dernier est dans le besoin, alors la possibilité de lui imputer l'acte dommageable par le juge ne pose pas de difficultés particulières.

b. L'impossible ou la force majeure

743. La preuve de la force majeure est une preuve positive démontrant que toute faute volontaire et intentionnelle est écartée ainsi que toute faute d'imprudence ou de négligence. « À l'impossible, nul n'est tenu » dit-on, l'absence de faute est confirmée par le principe d'exonération de faute au-delà du possible, de même : « l'exigence d'une imputabilité permettra encore d'exclure tous les cas où le fautif prétendu pourrait invoquer un cas de force majeure ou le fait d'un tiers »¹. La force majeure dans le rejet pourrait découler de la maladie, de l'éloignement ou de l'isolement en rapport avec la profession de la personne à qui l'on reproche de manquer gravement à ses obligations familiales. La force majeure est caractérisée par des faits insurmontables et irrésistibles indépendamment de la volonté de la personne prétendue fautive. Il lui appartient de justifier par exemple que le manquement grave à l'obligation alimentaire dont il est tenu ne découle pas de sa faute personnelle, mais des lacunes administratives, structurelles ou de catastrophes naturelles empêchant toutes transmissions de nouvelles (pour l'absence) ou de prestations pécuniaires ou en nature.

C. La preuve de la faute grave

744. Il n'y a rien de plus difficile à établir et à prouver que la preuve de faute grave en matière familiale, nous répétons derechef : « tant il est vrai qu'un droit trop difficile à prouver est un droit qui n'existe pas effectivement »² ou dérive d'un régime dérogatoire. La justice française comme la justice malgache connaissent implicitement deux régimes de preuve, celui de la preuve libre et celui de la preuve objective ou légale. D'où découlent les différentes

¹ HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, L.G.D.J., 1991.p. 205.

² Cass. Civ. 1^{re}, 25 février 1997, rapport Sargos P., Gaz. Pal., 27-29 avril 1997, p. 274, in LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.p. 306.

catégories de preuves, des commencements de preuve, des présomptions irréfragables¹ ou simples, des preuves par témoins, de l'aveu, du serment. En matière de responsabilité extracontractuelle, la faute ne se présume pas, c'est à celui qui s'en prétend victime à l'établir et démontrer qui en est résulté². Le principe « la preuve incombe à celui qui s'en prévaut » (*actori incumbit probatio*) ne doit être remis en cause : cependant dans l'établissement d'une faute grave, en relation avec la gravité du dommage subi, les difficultés de produire des preuves semblent de plus en plus marquantes où la morale se confond à la fois au droit. Dans notre développement précédent, nous avons constaté que la volonté de provoquer le dommage joue un rôle crucial dans notre objet et que si elle est indiscutablement avérée, elle accentue la gravité de la faute tout comme la considération du contexte autoritaire d'une personne sur une autre. Nous avons également vu que cette volonté de nuire peut s'agir d'un comportement actif (un acte de commission), ou d'un comportement passif (un acte d'abstention) : les deux comportements sont dits négatifs, nous excluons de ce concept de sanction civile le domaine de la responsabilité sans faute découlant d'une maladresse, d'une imprudence ou d'une simple négligence. Mais pour alléguer des faits, justifier ses prétentions, il faut avant tout pouvoir les prouver : « l'exigence de preuve rejette hors du droit ce qui ne peut être prouvé »³.

1) Les moyens de preuve

a. La preuve littérale et les autres preuves matérielles

745. Dans la preuve judiciaire, « l'écrit est la preuve par excellence. Ou plutôt car son usage remonte à une haute antiquité c'est essentiellement la preuve rationnelle »⁴ sans pour autant négliger l'existence des preuves scientifiques qui sont de plus en plus déterminantes et infaillibles et des preuves dites sociologiques qui dépendent surtout des témoignages des faits. Mais il est rare que les fautes soient aussi laissées visibles en apparence, au contraire elles s'effacent au fil du temps et deviennent difficiles à prouver, ou pire encore si les énoncés d'un écrit comportent des erreurs ou des mensonges. Si les actes authentiques, et/ou actes authentifiés en droit malgache, validés devant l'officier de l'état civil ou devant notaire,

¹ Art. 1341 : « il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu d'un tel acte, passé devant notaire ou sous signatures privées, ou l'art. 1352 : « nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi ».

² SALEILLES Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, Éd. la Mémoire du droit, 2001.p. 436.

³ CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, LGDJ, 1988. (1979 p. 25.)

⁴ LÉVY-BRUHL Henri, *La preuve judiciaire, Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964.p. 110.

supposent une présomption de vérité et ne peuvent être écartés que par la preuve du contraire (qui est très difficile à fournir). La preuve écrite d'une faute ne se manifeste que très rarement en droit de la famille où la spontanéité, la colère et la haine ne s'extériorisent que par la voie orale ou par un geste. De ce fait, nous pensons que les preuves d'une faute grave, du moins avec l'intention de nuire ne peuvent se faire que par constatation des résultats, des dégâts retenus : par l'attestation médicale pour les violences ou agressions physiques, l'attestation d'un organisme pour le non-paiement des pensions alimentaires, la parution des articles dans les journaux et par les nouveaux moyens de communication des réseaux sociaux, au mieux dans une plainte confirmée par la police judiciaire. Il nous semble en effet impossible qu'un enfant adresse des insultes et des injures par lettre recommandée avec accusé de réception à un parent qu'il désaffectionne ou qu'il hait, qui risque évidemment d'être retournée contre lui. Sauf, l'écriture en faux et usage de faux ou usurpation d'identité que la victime détient la preuve que son enfant ou un membre de sa famille a abusée de sa confiance, ou a détourné ses biens par l'imitation d'une signature, de falsification de documents ou d'énoncés mensongers dans un contrat. Toutefois, la preuve testimoniale¹ des enfants en commun des époux relatant et confirmant l'adultère de leur père a été prise en compte par la justice pour servir de base caractérisant les faits de la cause du divorce pour faute en conformité avec l'art. 96-3 de la loi sur le mariage. Cette faculté d'admission de la preuve par les membres de la famille est laissée souverainement à l'appréciation du juge. Nous prenons l'exemple d'un enfant qui essayait de vendre illicitement les biens de la famille en apposant sa signature sur un acte (de nos jours, la signature électronique a la même valeur que celle apposée sur un papier), la preuve de la faute grave (escroquerie, usurpation d'identité, faux et usage de faux, etc.) est donc préconstituée. Le juge pourra ainsi facilement constater la faute, sans pour autant forcément autoriser le rejet : en étant neutre, il jugera en son âme et sa conscience si la faute est suffisamment grave ou pas pour accepter ou rejeter la demande. Mais il arrive que la constatation des faits par le juge ne puisse se faire matériellement et directement, selon le principe du contradictoire, l'administration de la preuve prévue par l'art. 10 du CPCM (loi n° 2001-022 du 9 avril 2003 ; art. 132 et s. du CPCF) peut se faire par d'autres moyens objectifs comme l'analyse ou l'avis des experts ou encore la preuve testimoniale.

b. L'aveu judiciaire

746. La comparution des parties devant le juge est obligatoire en matière de rejet, et même dans l'ancien droit de rejet en cas d'opposition où l'affaire est transmise par l'officier de l'état

¹ C.A de Tamatave, du 20/08/2019, arrêt n° CATO/CIV/19.

civil au tribunal compétent. L'aveu devant le juge fait pleine foi contre elle¹, la partie qui en fait une déclaration accepte l'exactitude des faits reprochés et défavorables pour elle par l'autre partie. En droit malgache, les preuves en matière civile sont contenues dans LTGO, l'art. 314 définit l'aveu comme une déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai, et comme devant être tenue pour avérée à son égard, un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques² : il est judiciaire quand la déclaration est faite en justice par la partie ou son fondé de pouvoir spécial (art. 315)³. Il est indivisible (al. 4) et fait pleine foi contre son auteur dans l'instance même où il a eu lieu (al. 2) : seule l'erreur de fait peut entraîner la révocation de l'aveu (al. 3). Enfin, l'art. 316 précise que l'aveu extrajudiciaire vaut comme preuve littérale s'il est constaté dans un acte émanant de celui à qui on l'oppose ; s'il est verbal, il n'est recevable que comme preuve testimoniale. Les deux droits français et malgache adoptent les mêmes règles en matière d'aveu judiciaire et extrajudiciaire, les mêmes termes de la loi française ont été repris par le législateur malgache. De ce fait, nous traitons cette question indifféremment des lois servant d'intérêts à notre objet. MM. Aubry et Rau⁴ avançaient que l'aveu est « la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai et comme devant être tenue pour avérée à son égard, un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques », d'autres voient l'aveu comme « la reconnaissance par un plaideur de l'exactitude d'un fait contre lui, qui constitue un mode de preuve du fait avoué »⁵.

747. La jurisprudence française⁶ faisait appel à la première acception, la ressemblance des droits applicables à Madagascar et en France est frappante : p. ex., en matière de divorce (avant la Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce⁷ : admettant le divorce par consentement et tout mode de preuve) où l'aveu ne suffit pas à justifier le divorce, puisque

¹ CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004, p. 341.

² Art. 1383 du CCF comme « l'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire pour elle des conséquences juridiques ».

³ L'aveu est judiciaire quand le juge le reçoit en sa présence pendant une instance par la partie ou son représentant spécialement mandaté (art. 1383-2, al.1)

⁴ AUBRY A. et RAU A., *Droit civil français*, t. XII, par Eismen P., Librairies techniques, 6^e éd., 1958, § 751, p. 91.

⁵ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, p. 111.

⁶ Cour Cass. Soc., 4 décembre 1958, Bull.civ. IV, n° 1281 ; Cour Cass. Civ. 3^e, 4 mai 1976, Bull.civ. III, n° 182 ; Cour Cass. 2^e, 11 février 1998, Bull. civ. II, n° 48 ; Juris-Data n° 000551 ; JCP G 1998, IV, 1746 ; D. 1998, IR, p. 77 ; D. fam. 1998, comm. n° 136, p. 17, note H. Lecuyer.

⁷ J.O du 12 juillet 1975, p. 7171.

les deux modes de preuve –l’aveu et le serment– étaient interdits, pas expressément par le législateur,¹ mais par la justice² de peur qu’ils ne soient utilisés par les époux pour masquer et convenir d’un divorce par consentement mutuel (qui était interdit à l’époque en France, encore à Madagascar de nos jours). Et les articles 1354 à 1356 du CCF (art. 297 à 300 de LTGO) estiment comme une présomption l’aveu par le fait que l’intéressé ne mentira pas contre son intérêt selon les conditions de gravité, de précision et de concordance sous l’appréciation du juge et au cas où la loi admet la preuve par tout moyen. Cette présomption doit découler toutefois d’une spontanéité ou tout au moins pendant les procédures d’interrogatoires, elle est la « reine des preuves en droit civil »³. Il peut constituer une présomption de ce fait en matière civile si d’autres éléments contradictoires ne viennent l’ébranler de sa véracité, le raisonnement indirect par présomption (simple et non irréfragable) découle d’une « coïncidence probable entre ce qu’il fallait prouver et ce qu’on a pu prouver, qui sont deux choses différentes »⁴. Et l’art. 1381-2 al.2 et al.3 du soulignent expressément que l’aveu judiciaire fait foi contre celui qui l’a fait et qu’il est irrévocable : ce qui implique que le juge est lié par l’aveu des faits par une des parties, même si sa conviction l’infirmes ; alors il devrait trancher le conflit ou essaierait de prouver par la preuve du contraire de cette présomption. Encore, il faut rajouter que l’aveu judiciaire⁵ fait au cours d’un procès précédent est considéré comme un aveu extrajudiciaire, ainsi le juge garde son appréciation souveraine pour l’affaire en cours : cependant, certains auteurs pensent que l’aveu judiciaire est « une preuve complète, qui n’a pas besoin d’être corroborée par d’autres éléments »⁶. Dans ce cas, il

¹ VIAL Géraldine, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Grenoble II, 2006.p. 54. : « ... Les juges se voyaient indirectement contraints par une interdiction légale (divorce par consentement mutuel)... La prohibition de ces modes de preuve peut donc être perçue comme une application extensive de cette interdiction. »

² Cour Cass. Civ. 1^{re}, 17 juin 1958, JCP G, 1958, II, 10 761, note P. Louis Lucas ; D. 1959, jur., p. 65, note Ph. Malaurie : « la prohibition en droit interne français de l’aveu comme seul mode de preuve ne fait que traduire la règle du fond qui interdit le divorce par consentement mutuel »

³ VIAL Géraldine.p. 57.

⁴ VEAUX D., JCCiv. 1997, art. 1354 à 1356, Contrats et Obligations, Aveu, fasc. 10.

⁵ Cour. Cass. Civ. 1^{re}, 6 janvier 2004, Juris-Data n° 021910 ; D. fam. 2004, comm. n° 31, note V. Larribau-Terneyre : « le fait de n’avoir pas invoqué des décisions de divorce dans une décision antérieure ne saurait valoir aveu de la résistance du mariage, car, en vertu de l’article 1356 du Code civil, l’aveu fait au cours d’une instance précédente, même opposant les mêmes parties, n’a pas le caractère d’aveu judiciaire » ; cour d’appel d’Angers, 4 avril 1990, Juris-Data n° 052071.

⁶ ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Introduction au droit*, Litec, 2003. n° 1821.

lie le juge, car il fait pleine foi contre son auteur, mais certaines décisions¹ exceptionnelles de la justice française trouvent qu'il ne suffit pas à caractériser la faute, cause du divorce.

748. Par ailleurs, l'aveu judiciaire implicite² est déduit par l'appréciation des juges du fait d'une personne de ne pas avoir contesté les griefs qui lui sont reprochés par l'autre partie, corroboré par ses comportements d'intempérance et d'humeur excessive : sur les motifs graves en matière de rejet, la justice malgache retenait cette solution. Enfin, si l'aveu extrajudiciaire a été fait par écrit, il rentre effectivement dans la catégorie des preuves écrites, acte authentique (art. 1383 du CCF, p. ex., devant notaire) ou acte sous seing privé ayant une force probante de la présomption légale irréfragable. Cependant si l'aveu extrajudiciaire est purement verbal selon l'art. 1383-1 (art. 316 LTGO), sa force probante est laissée à l'appréciation du juge dans les seuls cas où la loi admet la preuve par tout moyen : il est en effet reconnu par sa qualification en dehors de l'intervention du juge. P. ex., il est difficile d'établir la vérité quand une personne reconnaît par écrit ses torts et qu'elle introduit une demande de divorce ou demande de rejet aux torts de l'autre : de ce fait, le recours à d'autres modes de preuve s'impose au juge pour asseoir sa conviction.

749. En conclusion, si l'aveu judiciaire dans le droit commun lie le juge dans sa décision, et notamment dans le droit des obligations : en matière de divorce, parfois, il ne suffit pas à motiver une décision de divorce pour faute et doit être corroboré à d'autres éléments. Ainsi la question qui nous préoccupe concerne en effet la complétude d'un aveu comme cause du rejet selon le droit commun et l'appréciation souveraine du juge de son insuffisance à caractériser la faute grave qui est le motif déterminant du rejet. Nous pensons ainsi que si les faits reprochés sont clairement constatés et circonscrits apportant ainsi une réponse précise et sans équivoque de la constitution d'un motif grave, le juge ne pourrait qu'être lié à l'aveu³ ou à la non-contestation⁴ des faits par le défendeur. Toutefois, si des zones d'ombre persistent, le

¹ C.A Paris, 22 mars 1988, Juris-Data, n° 021430, a considéré que : « le seul document, dont les circonstances et les conditions de délivrance sont ignorées et qui ne fait état d'aucun fait précis, circonstancié, déterminé dans le temps ne saurait constituer une preuve de faits constituant une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune ».

² Cour Cass. Civ. 2^e, 28 septembre 2000, n° 98-22-952, inédit, in VIAL Géraldine, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Grenoble II, 2006.p. 65 ; TPI de Tamatave, 18 mai 1994, n° 231 : « attendu que le défendeur n'a pas contesté la réalité des allégations avancées par son père ; qu'il s'en rapporte à la sagesse de la justice, sur la décision qu'elle aura à prendre ».

³ TPI de Tamatave, du 16 octobre 2013, n° 940, suscité autorisant le rejet.

⁴ TPI de Tamatave, du 18 mai 1994, n° 23, suscité autorisant le rejet.

juge devrait demander des éclaircissements avec d'autres éléments corroboratifs même si l'on sait que l'aveu est une déclaration par une personne de la reconnaissance de la vérité d'un fait produisant des conséquences juridiques contre elle, « un témoignage contre soi-même »¹.

c. Les problématiques de la preuve testimoniale en matière familiale

750. Le risque de la preuve revient au demandeur, car il doit démontrer à l'appui de ses allégations l'existence des faits : le risque est conséquent pour lui pour convaincre le juge. Tous les motifs de rejet ou de divorce ainsi que tous les faits découlant de la réalisation ou non des obligations familiales sont soumis à la liberté des preuves, cependant ils peuvent toucher « à la vie privée : la liberté des preuves subira certaines restrictions », ² aggravée par le contexte familial. Nous avons vu la preuve par témoignage que peuvent fournir les membres du *Fokonolona*, la crédibilité de cette preuve testimoniale est toujours constante au vu des affaires et des procédures administratives dont la présence de témoins est formelle. P. ex., les insultes et injures portées à la connaissance du public ou faites devant les membres d'une communauté ou de la famille élargie peuvent être prouvées par témoignage des personnes qui étaient présentes au moment des faits, encore faut-il qu'elles soient suffisamment graves pour atteindre la victime et provoquer des dommages moraux au moins.

751. En droit français, la preuve testimoniale est définie comme des déclarations faites par un tiers³ dont la valeur probante conformément au Code de procédure civile est laissée à l'appréciation du juge (art. 1381 du CCF). Elle est admise surtout quand la preuve écrite est impossible (par la force majeure : perdue, déchirée, retirée...), ou encore dans la mise en jeu de la responsabilité découlant des faits juridiques qui ne nécessitent pas de preuve préconstituée de l'art. 1348, al.1 du CCF (p. ex., sur la compensation). C'est un moyen de preuve subsidiaire prévu par la loi tout comme l'aveu et le serment. Cependant, en matière familiale, la jurisprudence élargit la notion de descendants de l'art. 205 du CPCF en disant qu'il : « est interdit non seulement le témoignage des enfants communs, qu'ils soient légitimes, naturels ou adoptifs, mais également celui des descendants de l'un des époux »⁴ en

¹ BENTHAM Jeremy et DUMONT Étienne, *Traité des preuves judiciaires*, Édition Bossange, 1830. p. 356.

² HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, L.G.D.J, 1991.p. 190.

³ Étymologie du terme « témoignage », vient du latin « testis » qui signifie « un tiers ».

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 24 février 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, p. 185 ; Cass. Civ. 1^{re}, 4 janvier 1984, Gaz. Pal., 1984, 2, p. 187 ; Cass. Civ. 1^{re}, 5 février 1986, J.C.P. 1986, IV, p. 101., in POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain, *L'affection et le droit, Préf. F. Rigaux*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.p. 283.

matière de divorce. « Si les déclarations sont conformes aux vraisemblances et ne sont pas contredites par d'autres preuves, le juge se borne souvent à enregistrer cette déposition qui constituera un des mobiles de sa décision »¹, dans le cas contraire, le juge tranchera en son âme et conscience. La preuve d'une faute reste difficile à prouver quand le manquement à l'obligation qui la caractérise repose sur des moyens subjectifs, c'est-à-dire des déclarations de l'une des parties au procès. C'est ici que l'intervention du juge semble très délicate, il pourrait être appelé effectivement à juger la sincérité d'une déclaration par témoin ou d'un aveu. Les dispositions de l'art. 1360² dérogent à la rigidité de la preuve par écrit de l'art. 1359, ainsi « la preuve du paiement, qui est un fait, peut être rapportée par tous moyens »³ ; « l'impossibilité morale de préconstituer un écrit peut résulter d'un lien affectif entre concubins, entre amants »⁴ à l'instar des relations affectives familiales verticales.

2) La prise en compte de la hiérarchie de la faute

752. Devant l'imprécision et la non-limitation des motifs de rejet, et de l'appréciation stricte de la gravité de la faute les justifiant, le juge est le seul maître du destin du lien de filiation. Il doit à cet effet, de sa propre conscience et de son pragmatisme, être amené à situer la faute dans une échelle de valeur et de graduation, prenant en compte les circonstances de temps et de lieu, des mobiles divers animant l'esprit de nuire des uns et des autres, tout en considérant les effets considérables et irréversibles de la rupture du lien de filiation tout comme la rupture du lien de mariage. C'est ainsi que nous pensons être utile de porter un

¹ LÉVY-BRUHL Henri, *La preuve judiciaire, Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964. pp. 126-127. ; ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Introduction au droit*, Litec, 2003. n° 1777.

² Art. 1360 : « en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure ».

³ Cass. Civ. 1^{re}, 6 juillet 2004, Bull. civ. I, n° 202.

⁴ MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick, *Introduction au droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2022. p. 234. Cass. Civ. 1^{re}, 18 sept. 2008, n° 06-21384, inédit (relation sentimentale) ; C.A de Paris, Pôle 5, ch. 1, 12 janv. 2011, n° 09/16 085, inédit : « Les parties entretenaient des rapports particuliers de confiance et d'affection dans le cadre d'une relation intime établie depuis plus de deux années. L'appelante se trouvait, en de telles circonstances, dans l'impossibilité morale de se constituer la preuve littérale de l'obligation pour l'intimé de lui octroyer une rémunération en contrepartie du travail accompli (rédaction d'un livre) », entre parents (Cass. Civ. 1^{re}, 20 mai 2009, Bull. civ. I, n° 97, C.A d'Aix-en-Provence du 15/01/2008 [« liens de parenté et d'affection »] ; voir aussi C.A D. 2008, Pan., 2825, obs. Ph. Delebecque) ou d'un rapport de confiance (Cass. Civ. 3e, 7 janvier 1981, Bull. civ. III, n° 7, des « liens particuliers et quasi familiaux d'estime et d'affection » avaient mis un débirentier « dans l'impossibilité morale de se procurer une preuve littérale du paiement de la rente viagère qu'il devait ».

regard sur les motifs de divorce dans les deux droits malgache et français et dans les décisions respectives des tribunaux pour essayer de comprendre et de comparer la notion de faute grave dans les relations familiales horizontales et verticales. Certainement, « c'est par l'analyse de la volonté de l'agent du fait illicite que nous avons pu éclairer les rapports entre les notions de faute et d'atteinte à un droit. C'est encore par l'analyse de la volonté du défendeur que la jurisprudence souligne la gravité de la faute »¹ : nous confirmons.

a. Quelques exemples des motifs graves du divorce en droit malgache

753. L'exclusion de la faute légère. Suivant des critères intangibles à l'établissement des fautes par le principe du lien entre le dommage et la cause du dommage, et éventuellement l'immixtion de la volonté humaine, la construction du droit positif passe nécessairement par l'herméneutique et l'appréciation du juge de l'intention réelle du prétendu fautif. Ainsi, faute de critères fixés par le droit objectif, le juge doit se référer aux différences de degré que le droit lui offre et qui « établit seulement quelques paliers, il ne connaît que quelques situations nettement différenciées (faute très légère, faute légère, faute lourde, faute inexcusable, faute intentionnelle) »². Au regard du régime de la responsabilité du droit commun, « point de faute là où il n'existe pas de volonté »³ dont les degrés permettent de faire une distinction des fautes, l'acception de la faute civile de M. Carbonnier ressemble plutôt à la détermination de la faute morale et de son impossibilité de coïncidence avec la faute civile que M. Rabut⁴ avançait : cependant, les deux auteurs affirment que la considération de la volonté permet de faire une distinction de la faute selon une classification de sa gravité. Nous acquiesçons. Mais la conséquence de la prise en compte du degré de la faute d'après la commission volontaire ou pas du dommage par son auteur entraîne un souci sur le besoin de sécurité que nécessitent toutes les exigences techniques des règles juridiques. Il en découle de cette situation du rôle très important et arbitraire du juge dans l'appréciation de la gravité de la faute et l'estimation du dommage subi. De ce fait, la faute grave doit être déterminée d'après l'ampleur du dommage subi ou d'après l'intention malveillante et volontaire de son auteur : toute faute non intentionnelle, considérée légère et moins grave, est exclue du motif de rejet.

¹ RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978.p. 376.

² RABUT Albert, *La notion de faute en droit privé*, Thèse, Paul Cézanne, 1949.p. 134.

³ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 358.

⁴ RABUT Albert.p. 137 et s.

754. En matière de responsabilité civile, la réparation ne doit être proportionnée à la culpabilité, à la notion morale, la règle juridique de la non-proportionnalité est le corollaire de la sécurité juridique contre l'arbitraire et la fantaisie même si des exemples sur l'atteinte à la vie privée des personnes « stars » du cinéma ou de la chanson démontrent que « ... le degré de culpabilité du défendeur... constitue, en pratique, un des critères essentiels d'appréciation du préjudice moral subi par la victime »¹. Ce qui semble être une grande différence de ce que nous attendons dans notre sujet où la conscience et la culpabilité trouvent leur place dans l'appréciation d'une circonstance particulièrement aggravante dans les rapports familiaux. En matière de divorce, il ne pouvait être une cause de divorce dans le droit coutumier comme dans le droit positif malgache : 1) le *Misintaka*², le droit pour la femme malgache de quitter provisoirement le domicile conjugal, pendant un délai ne dépassant pas deux mois (6 mois par la législation coutumière), pour aller chez ses parents ou sa famille proche, en l'occurrence sa sœur aînée, ses grands-parents : et que le mari ne pourrait pas demander le divorce sans avoir essayé de ramener sa femme à la maison en présence des membres de sa famille propre ou du *fokonolona* ; 2) la stérilité de la femme ne peut plus depuis la décision de la Cour d'appel de Tananarive du 5 novembre 1908 être considérée comme une cause de divorce. C'est une jurisprudence qui révolutionna la cause du divorce dans le droit coutumier malgache puisqu'auparavant, il fut toléré par la morale malgache que faute de pouvoir procréer et assurer sa descendance avec son épouse stérile, l'homme pouvait « remercier » sa femme (une des manifestations du droit de répudiation abolie par l'art. 56 du Code de 1881, mais pouvant justifier la demande au divorce) et aller chercher ailleurs, « *Ny hanambadian-kiterahana* » dit l'adage, « se marier, c'est pour procréer des rejetons », une idée largement dépassée de nos jours et par la réalité sociale et par la jurisprudence ; 3) la simple incompatibilité d'humeur³ ; 4) les simples allégations sans justification ou de preuves sérieuses⁴ ; 5) le fait pour le mari de

¹ Pour aller plus loin, RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978.pp. 369-378.

² Loi n° 2007 - 022, art. 52. - La jouissance du « droit de Misintaka » lui est accordée lorsque le mari a gravement manqué aux obligations et devoirs résultant du mariage. À cet effet, elle doit résider chez ses parents ou ses proches parents, à défaut, dans un centre d'accueil pour victimes de violences ou toute autre personne de bonne moralité pour une durée qui ne peut excéder deux (2) mois.

³ C.T du 9 octobre 1905.

⁴ Cass. Civ. M., du 16/08/2019, n° 534, rejette le pourvoi et confirme l'arrêt de la C.A de Fianarantsoa confirmant le jugement du TPI de Fianarantsoa, du 27/04/2012, n° 29-C ; C.S. de Madagascar, Chambre civ. et soc., du 15/11/2002, n° 174, suscité ; C.S. de Madagascar du 25/03/2003, n° 49 : rappelle l'appréciation

quitter le domicile conjugal, ou de changer de domicile si « ce départ est justifié par l'obligation où il est de gagner de quoi vivre et qu'au surplus sa femme refuse de le suivre dans sa nouvelle résidence »¹. Cette liste n'est pas exhaustive, mais permet d'avancer que la faute légère peut résulter de l'usage non excessif d'un droit.

755. La faute grave. Le législateur malgache prévoit dans l'art. 66 de la loi n° 2007 - 022 relative au mariage² que « lorsqu'un des époux a gravement manqué aux obligations et devoirs réciproques des époux résultant du mariage, et que ce manquement a rendu intolérable le maintien de la vie commune, l'autre époux peut demander le divorce au Tribunal de Première Instance compétent » et poursuit que l'adultère ou la condamnation à une peine afflictive et infamante constitue une cause suffisante du divorce (art. 67). Les nouvelles dispositions du droit malgache sur le divorce donnent alors au juge des indications sans être exhaustives sur les causes du divorce contrairement à celles du droit français qui laissent entièrement au juge³ l'appréciation des motifs de divorce pour faute (art. 229, al. 2 des cas de divorce) en faisant disparaître expressément les causes anciennement énumérées (p. ex., l'art. 243 abrogé, cause du divorce par la condamnation des peines afflictives et infamantes de l'art. 7 du CPF). Depuis la genèse du droit de la famille à Madagascar, l'adultère de l'homme ou de la femme était considéré comme une injure grave à l'encontre du conjoint trompé. La doctrine malgache sans exception le confirme : l'adultère est une cause grave de séparation depuis l'avènement du divorce par le Code ancien malgache⁴. La pénalisation de l'adultère¹

souveraine des éléments de la cause par les juges du fond « et soulignant en substance le défaut de preuve des faits allégués, la Cour d'appel, qui n'est d'ailleurs pas tenu par aucun texte de loi de se référer aux motifs du premier juge, a légalement justifié sa décision sans encourir les reproches du moyen ».

¹ C.T du 23 mai 1907, in GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 32.

² En droit français, L'art. 242 du CCF prévoit que « Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune ».

³ Cass. Civ. 2°, 4 octobre 1978, 2 arrêts, D. 1979. I.R. 211 obs. Breton ; 17 octobre 1979, Bulletin, II n° 240, RTD.Civ. 1980.335., in HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, L.G.D.J, 1991.p. 186.

⁴ En ce sens, l'art. 56 du code de 1881 la reconnaît comme une raison valable de divorce : d'autant plus que l'art. 60 des Instructions aux Sakaizambohitra, ordonnait ces derniers d'amener les coupables devant la justice royale pour s'acquitter de leurs amendes respectives même si la victime avait pardonné.

est d'actualité et renforce notre thèse de le considérer comme une injure grave, la justice applique les mêmes peines pour l'auteur et sa complice², l'adultère est admis jusqu'à nos jours pour constituer un motif grave du divorce³. Le caractère de la sanction à l'infraction d'adultère (de nature spéciale)⁴ nous montre une autre manière de réprimer un délit civil⁵. La pénalisation d'une obligation civile née du mariage justifie la qualification de sa gravité puisque le Ministère public saisi d'une plainte d'adultère peut poursuivre le délinquant même si le ou la plaignant(e) s'est désisté(e) ou accordait son pardon. Mais, en la matière, la simple tentative ne saurait être réprimée forcément par le droit pénal, que par la considération des preuves des faits allégués et des circonstances⁶, ni de simples soupçons⁷ si « l'union sexuelle avec une personne autre que son époux ou son épouse »⁸ caractérise l'élément matériel. Néanmoins, la justice admet à l'unanimité que l'adultère, motif grave du divorce, est constitutif d'un manquement grave aux obligations mutuelles de respect⁹ entre les époux (art. 55). P. ex., dans la coutume Betsileo, il a été constaté que l'infidélité ou l'adultère ainsi que les injures graves (appréciées par le tribunal) constituent des fautes, motifs graves de divorce, tout comme la condamnation à des peines afflictives et infamantes¹⁰, la débauche : ivrognerie et la mauvaise conduite habituelle¹¹, une vie errante et vagabonde laissant sans ressource sa famille. Dans la coutume Betsimisaraka (région est de la grande ile), un exemple

¹ CPM, art. 337 : La femme convaincue d'adultère ou le mari convaincu d'adultère subira la peine d'une amende de 200 000 Ariary à 3 000 000 Ariary ou de l'emprisonnement de trois mois au moins et un an au plus. (Loi n° 96-009 du 09.08.96).

² TPI d'Antananarivo, Chambre Corr., du 14 octobre 2005, n° 5107/FD, amendes et 4 mois avec sursis chacun.

³ Jurisprudence constante : TPI d'Antananarivo, 3^e section, du 09/02/2021, n° 572 ; de la même juridiction, du 28/01/2020, n° 344 ; C.T du 20/10/2008, n° 1561 ; C.T du 5 août 1909 ; 7 novembre 1907 ; 14 juin 1906.

⁴ C.T du 15 décembre 1898 ; 14 juin 1906 ; 7 novembre 1907.

⁵ Art. 58 du Code de 1881, par des amendes et à défaut de paiement par la mise aux fers pendant un an ; nous rappelant par conséquent de l'existence d'une sanction civile de caractère pénal.

⁶ Flagrant délit, lettres écrites ou autres pièces écrites par le prévenu : preuves admises contre le complice qui est également puni de la même peine que le conjoint adultère (art. 338 du CPM).

⁷ TPI d'Antananarivo, 3^e section, du 11/05/2021, n° 2260, jugement refusant le divorce pour faute.

⁸ HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, L.G.D.J, 1991.p. 188.

⁹ TPI d'Antananarivo, 3^e section, du 09/02/2021, n° 572 ; de la même juridiction du 24/11/2020, n° 4431 ; du 12/05/2020, n° 344 ; du 28/01/2020, n° 1994.

¹⁰ COMMISSION DE RÉDACTION DU CODE CIVIL, « Rapport de synthèse, présenté par la Commission Provinciale de Constatation des Coutumes de Fianarantsoa », Ministère de la Justice, 1961.p. 6.

¹¹ C.T du 29 mars 1900.

(isolé) d'injustice du droit coutumier local où les règles et les sanctions de l'adultère nous semblent assez discriminatoires et inéquitables : si une femme a été surprise par son mari en commettant l'adultère, le mari peut, tout de suite après avoir constaté les faits, rompre le mariage par le tort de la femme. Cette dernière ne peut prétendre aux biens du couple, le mari peut réclamer même les vêtements qu'elle porte et elle sera indigne de demander quoi que ce soit, ni au partage des acquêts¹. Or si c'est le mari qu'est surpris d'adultère, il peut tout simplement payer sa femme à titre de compensation une somme d'argent plus ou moins conséquente selon l'affection qu'il a envers sa femme : mais cette coutume ne semble pas représenter la coutume générale suivie par les autres tribus de la grande île. Enfin, le droit positif reconnaît comme motif grave le manquement à l'obligation de vie commune du mari² et à son tort exclusif. Le juge en outre doit déterminer la période où cette absence de résidence commune du couple pourrait constituer une faute : au-delà de la période du *Misintaka* pour la femme (ne peut excéder deux mois, art. 52, al. 2), ce droit de la femme devient abusif et constitue un motif grave lorsqu'elle refuse de réintégrer le domicile conjugal³ après l'invitation expresse du mari à revenir dans le domicile conjugal « *Fampodiana* »⁴ (qui doit être prouvé)⁵, portant atteinte au devoir de vie commune reconnu par le droit coutumier et le droit positif (art. 50). Depuis longtemps, la jurisprudence considère que ce délai d'absence de vie commune du couple doit être assez important, environ deux ans,⁶ mais encore faut-il qu'il coïncide avec le délaissement de la femme sans ressource (anc. art. 56 du Code de 1881) de l'art. 55 de la loi nouvelle sur le mariage des obligations mutuelles de fidélité, de secours, assistance et respect, l'abandon de famille ou délaissement de famille : « le défaut d'entretien

¹ Pour aller plus loin, RAVELSON Jérôme, « Ny Betsimisaraka, Ny fombafombam-panambadiana, veliranom-panambadiana, raha misy teraka », *LAKROAN'I MADAGASIKARA*, 1929,01, n° 65, p. 2.

² C.A de Tamatave, du 20 octobre 2015, n° CATO/373/CIV/15, Trib. Civ. d'Ambatondrazaka du 15/01/1980, n° 17.

³ TPI d'Antananarivo, 3e section, dossier n° 4804-20, ONC n° 10235 du 19/11/2020, rendu en 2021. ; C.T 30 avril 1908.

⁴ Le « *Fampodiana* », institution coutumière reprise par la loi, est obligatoire conformément à l'article 52, al. 3 de la loi n° 2007-022 du 20 août 2007 relative au mariage : il est substantiel à l'imputation de la faute de l'un des époux, par le refus de la femme ou par le défaut du mari de réintégrer le domicile familial : Jurisprudence constante, Cass. Civ. M., du 03/05/2019, confirmant la décision de la C.A de Tamatave n'a pas violé la loi sur le mariage et le droit du *Misintaka* », arrêt n° CATO/373/CIV/15 du 20 octobre 2015 suscité ; Cass. Civ. M., du 20/09/2013, n° 119, C.T du 01/03/2010, n° 223.

⁵ Cass. Civ. M., du 14/07/2015, n° 221, C.A de Fianarantsoa, du 13/12/2006, n° 372.

⁶ C.T du 27 mars 1908 ; C.T du 2 avril 1908.

pendant plusieurs années de la femme et de l'enfant né du mariage »¹. Toutefois, si l'homme était amené à déménager pour des raisons professionnelles (justifie la couverture des besoins vitaux de la vie de son foyer), il pourrait demander le divorce pour rupture de vie commune² en appuyant sa demande sur la gravité de l'injure³ qui est faite. Enfin, les mauvais traitements exercés sur la femme, violence physique ou morale, tous excès, sévices ou injures graves⁴, le fait de ne pas honorer de sa présence un deuil familial et l'interdiction aux enfants de venir aux obsèques de leurs grands-parents constitue un manquement grave aux obligations nées du mariage et notamment au devoir de respect⁵ et d'assistance entre époux.

b. À la lumière du droit français

756. Dans le mariage, la loi du 4 avril 2006 a rajouté à l'art. 212 du CCF l'obligation de « respect » mutuel entre les époux par l'effet du contrat de mariage. Une autre revendication du « droit au respect » que l'évolution de la réalité sociale propulse au-devant du juridique. Le législateur par les courants dominants s'efforce à rééquilibrer les forces en mouvement dans la société et dans le droit de la famille : à commencer par le respect dû à la personne de l'enfant, par l'égalité des sexes dans le mariage, et en faisant même bouger les règles sur l'indignité successorale et l'ingratitude à la donation sanctionnant toutes violences physiques ou morales : dans la confirmation de « la notion juridique de respect ». Et sur la présentation de la même loi, les auteurs nomment le paragraphe qui mentionne cette protection de la femme et des enfants mineurs en phase avec les dispositions du Code pénal concernant les délits commis entre les conjoints, ou couples pacsés ou en simple concubinage : « le respect physique de la personne »⁶. Les dispositifs de protection de la femme et de toutes les victimes de violences intrafamiliales prévues par la loi du 12 décembre 2005, dont la mesure d'éloignement du coupable du domicile de sa victime, se trouvent justifiés par l'existence de cette obligation nouvellement intégrée dans le Code civil de « respect mutuel » entre les conjoints. Le viol et les agressions sexuelles en tout genre semblent de nos jours constituer des phénomènes sociaux de plus en plus inquiétants, la loi prévoit et renforce la répression et

¹ C.T du 8 décembre 1904, in GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 31. ; Juris. constante : C.T du 27 mars 1908 ; 2 avril 1908 C.T du 31 mars 1906.

² C.T du 31/01/2011, n° 70.

³ CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, Librairie Maresq Ainé, 1900.p. 179.

⁴ TPI d'Antananarivo, 3° section, du 12/05/2020, n° 1994, précité.

⁵ TPI d'Antananarivo, 3° section, du 12/10/2021, n° 5232 -bis.

⁶ LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Editions Dalloz, 2010.p. 139.

la prévention de tout acte de violence familiale : il serait reproché aux hommes par leurs femmes de viol et d'agressions sexuelles lorsque leur consentement à l'acte sexuel fait défaut.

757. Une preuve irréfragable souvent très difficile à établir¹ concernant les conjoints, mais le pire serait les actes sexuels incestueux touchant un enfant sur dix selon des chiffres avancés. Si la violence physique ne faisait pas de doute quant à son existence et à la sanction civile et/ou pénale prévue à cet effet, la violence orale et/ou morale semble à un degré en dessous de la première (non moins difficile à prouver puisqu'elle ne laisse pas de traces ou d'hématomes visibles de l'extérieur de la personne). Toutefois, toutes violences physiques, les maltraitances et les violences verbales font bien évidemment partie des motifs graves, cause déterminante de la demande de divorce pour faute : à condition qu'elles soient « graves ou renouvelées »² et rendent intolérable la vie commune. La loi du 9 juillet 2010 a introduit dans le Code civil dans ses articles 515-9 à 515-13 des mesures permettant au juge d'ordonner un éloignement de l'auteur de violence. Celle du 30 juillet 2020 relative à la protection des victimes de la violence modifie aussi les articles 515-11 et 515-11-1, si respectivement les violences alléguées peuvent mettre en danger la victime ou un ou plusieurs enfants et du port de bracelets antirapprochement par les deux parties si l'agresseur ne respecte pas la distance. Cependant, tout semble laissé à l'appréciation du juge du fond, que ça soit les contenus du devoir de respect, que ça soit les causes de leur manquement, et en particulier le danger que représentent l'individu, les faits allégués et les contours de leurs sanctions. Bref, nous essayons d'apporter notre contribution à l'évolution et à la connaissance de ce devoir moral de respect métamorphosé en obligation légale en droit de la famille afin d'éviter une personne de passer à un acte grave et irréversible. Outre les dispositions légales pour accueillir tout moyen de preuve et notamment par le constat civil ou l'aveu³, le droit français a connu d'énormes progrès en essayant d'exclure la rigidité du mode de la preuve écrite et/ou matérielle irréfutable en matière familiale. Les dérogations sont énumérées dans les articles 259⁴ en matière de divorce et 136 en cas d'impossibilité matérielle ou morale de produire une preuve écrite ou matérielle. Le progrès est significatif dans la considération du

¹ Cycle de Conférences, « *Consentement et violences sexuelles : Regards croisés entre professionnels* », le 3 février 2023, dir. Pomart Cathy, Médecin légiste du CHU, Belle-Pierre, La Réunion.

² BÉNABENT Alain, *Droit de la famille*, LGDJ, 2022.p. 229.

³ HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, L.G.D.J, 1991.p.190 et s.

⁴ Art. 259 : « les faits invoqués en tant que causes du divorce... peuvent être établis par tout mode de preuve ».

« sentiment », de l'« affection » ou de l'« empathie » longtemps désavoués par le droit français et par la tendance moniste du droit « qui ne voit que lui et qui ne jure que par lui ».

758. Les causes objectives ou subjectives du divorce sont tirées de faits constitutifs d'une faute, nous écartons les causes du divorce « par consentement mutuel » ou autres, compte tenu de notre appréciation de la notion de faute grave ou de motif grave. De ce fait, nous ne verrons ici que le divorce qui « n'intervient qu'à titre de sanction d'un manquement aux obligations du mariage »¹. Dans les anciennes règles sur le divorce du droit français², la loi a déterminé les causes du divorce en énumérant respectivement : l'adultère, les sévices, injures graves³, l'abandon de domicile conjugal ou la condamnation du conjoint à une peine infamante⁴, mais au-delà de ces comportements fautifs il faut rajouter une condition, celle qui rend la vie commune impossible et intolérable. La définition des fautes, causes de divorce, reste malgré les efforts successifs du législateur, entre les mains du juge du fond⁵ or vers la fin du XXe siècle, nonobstant l'existence du consentement mutuel au divorce (demande conjointe) et de l'acceptation de la demande en divorce, les statistiques démontrent que le divorce pour faute resta « le cas de divorce le plus important »⁶. Il a été jugé comme manquement au devoir de respect : « les violences physiques, scènes et propos injurieux, vexations et humiliations systématiques, attitudes de mépris, d'indifférence ou d'ignorance⁷, accusations ou dénonciations injustifiées⁸ »⁹, les comportements déshonorants ou délictueux portant atteinte à la solidarité d'honneur familial. P. ex., il a été admis par la jurisprudence que porter atteinte à l'honneur familial, envers les grands-parents du conjoint, constitue des

¹ RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Droit de la famille*, 2001/2002, Dalloz, 2001.p. 108.

² La grande réforme de la Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 mettant en place plusieurs types de divorce.

³ Selon les enquêtes menées à cette époque, sur 308 479 affaires, l'adultère apparaît pour motif 77 000 cas et les excès, sévices et injures graves dans 205 000 cas, in *Le divorce en France*, Tome II, p. 83 et 241, op.cit., in HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, L.G.D.J., 1991.p. 184.

⁴ RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.).p. 111

⁵ HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle et GHESTIN Jacques.p. 186.

⁶ En 1995, 1,4 % des divorces ont été prononcés pour rupture de la vie commune, dont 0,07 % pour altération des facultés mentales, 43,13 % pour faute, 41,90 % sur demande conjointe et 13,31 % sur demande acceptée (Source : Annuaire statistique de la Justice), in RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.).p. 104.

⁷ Cass. Civ. 2^e, 9 février 1986, Gaz. Pal. 1986 : « parler comme si les enfants n'ayant pas de père » ; Cass. Civ., 1^{re}, 9 mars 2011 : « désaffection réciproque... un défaut de cohabitation, comme un manque de respect naturel ».

⁸ Cass. Civ. 2^e, 14 novembre 2002, Bull. civ. II, n° 256 : pour une tentative de placement sous tutelle.

⁹ BÉNABENT Alain, *Droit de la famille*, LGDJ, 2022.p. 227.

injures graves envers la famille du conjoint, un manquement grave aux devoirs des époux : dans les faits, le mari « prétendait que la grand-mère de son épouse avait été une fille publique et que le père de celle-ci avait été condamné à l'emprisonnement »¹.

c. Une solution analogue des deux droits

759. La faute grave en matière familiale implique alors un dommage causé par la violation d'une obligation légale ou contractuelle, respectivement des rapports familiaux verticaux et horizontaux, et dont la finalité de l'acte est de nuire à autrui : le point commun dans ces rapports réside dans la violation au devoir de respect. Dès lors, la faute intentionnelle et la connaissance de la gravité de ses actes et de ses effets constituent le régime des motifs graves du rejet : toutefois comme en matière de divorce, la conciliation des parties met fin à la procédure de divorce ou de rejet : « l'appréciation objective de la gravité devrait progressivement céder la place à une appréciation plus subjective »², plus particulièrement en matière familiale. L'appréciation de la faute, cause de divorce, repose sur la gravité de la faute ou sur le caractère renouvelé³ (à répétition) d'une faute jugée légère qui affecte significativement la vie et la paix familiales, il en est de même en matière de rejet.

II. Les effets du rejet depuis la loi n° 63-022

A. La rupture définitive du lien de filiation pour le futur

760. Le législateur entend limiter la portée de l'effet du rejet en prévoyant que le rejet ne produit d'effet qu'entre le rejetant et le rejeté, à moins que l'acte de rejet ne spécifie que le rejet s'étendra aux enfants du rejeté (art. 83). Une faculté est attribuée par la loi au rejetant à enregistrer l'acte de rejet de son enfant majeur auprès de l'officier de l'état civil de sa résidence et de spécifier par sa propre volonté d'étendre les effets du rejet aux descendants du rejeté si la requête est accueillie par la justice.

¹ C.A Paris, 27 mars 1896 : D.P., 1896, 2, p. 222 ; C.A Chambéry, 25 janvier 1904, D.P. 1904, p. 49, in GARÉ Thierry, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Editions du Centre national de la recherche scientifique : Diffusion, Presses du CNRS, 1989.p. 119.

² HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, L.G.D.J., 1991.p. 201 ; aussi : « ... en général... les juges, pour apprécier la gravité, tiennent compte du milieu social, de l'éducation, du genre de vie des époux [des relations filiales] » op. cit., in PLANIOL Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation), Tome II, 2e édition*, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.n° 514.

³ Cass. Civ., 1^{re}, 18 mai 2011, n° 10-12912, in BÉNABENT Alain.p. 229.

1) Exclusivement, entre le rejetant et le rejeté

761. Tous les droits et devoirs de l'une des parties envers l'autre disparaissent : les obligations familiales sont anéanties. Dorénavant, si des manquements de respect se manifestent touchant directement les droits de la personnalité des parties, le litige ou le dommage subi par les parties passeront dans les affaires correctionnelles ou dans le domaine de la réparation civile. Tout comme le droit grec, « l'*apokeryxis* entraînant l'expulsion de la maison paternelle doit avoir pour résultat le changement de nom de l'enfant abdiqué »¹, mais à moindre degré, les effets du rejet sur les droits extrapatrimoniaux du rejetant s'apprécient d'abord par la disjonction des noms du rejetant avec le rejeté, c'est-à-dire que les tiers ne peuvent plus dans l'avenir considérer que le rejeté est le fils du rejetant. Puis, le rejeté ne peut plus désigner le domicile du rejetant comme étant celui de sa famille. Enfin, le dernier effet et non le moindre étant la rupture du lien de filiation qu'existe entre le rejeté et le rejetant : il s'agit non de la filiation d'origine de fait, mais d'origine de droit. Et c'est exactement dans la résistance de cette filiation établie d'une personne et de son caractère d'ordre public que l'interdiction à mariage entre les parties intéressées et leurs familles proches subsiste. Nuances certaines car si l'origine biologique, l'origine de fait, ne peut être effacée ou gommée : l'origine de droit, la filiation, cette parenté fictive que le droit a créée entre les parents et l'enfant ou l'adoptant et l'adopté, subit un anéantissement de tous droits et obligations dans le futur : dont l'un des effets extrapatrimoniaux les plus sévères aux yeux et à l'esprit des Malgaches n'est autre que la privation de l'accès au tombeau familial².

2) Sauf par la volonté du rejetant de l'étendre aux descendants du rejeté

762. Encore une fois, le législateur malgache privilégie l'autonomie de la volonté dans le droit familial, il laisse au rejetant le choix de décider s'il lui est nécessaire d'étendre les effets du rejet aux descendants du rejeté ou au contraire garder les effets du lien de filiation entre lui et ses petits-enfants. Les effets du rejet et du désaveu de paternité ou de l'annulation d'un acte de reconnaissance de paternité se différencient : dans ces deux derniers cas, ils s'étendent de plein droit aux descendants de l'enfant désavoué alors que pour le rejet ils doivent être spécifiés expressément dans l'acte de rejet auprès de l'officier de l'état civil. L'officier de

¹ JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.p. 22.

² Réserve est faite cependant dans les règles coutumières du Sud de la grande île, par exemple dans le pays Mahafaly où le tombeau est personnel et ne sera construit qu'à la mort d'une personne et que l'enterrement ne se fera qu'après suivi du rite s'appelant le « *Fisa* » (grande fête sacrifiant des zébus selon la fortune du défunt pour la communauté locale), mais toujours est-il inimaginable que le rejetant et le rejeté soient enterrés côte à côte.

l'état civil constatant le jugement demandera alors au rejetant s'il entend inclure dans l'acte sa volonté de rejeter également les descendants du rejeté¹. Cette mesure peut notamment éviter les effets pervers de la loi privant les petits-enfants de leurs relations affectueuses et respectueuses avec leurs ascendants, tout particulièrement des enfants mineurs du rejeté.

3) La subsistance de l'interdiction à mariage

763. L'art. 79, al. 2 de la loi n° 63-022 énonce les effets du rejet comme la rupture du lien de filiation entre le rejetant et le rejeté sous réserve des dispositions des articles 11 et 12 de l'ordonnance 62-089 relative au mariage : étant donné que ladite ordonnance a été abrogée par la loi n° 2007 - 022 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux ; néanmoins, ces dispositions ont été reprises dans ses articles 9 et 10. D'abord, le mariage est prohibé entre parents et alliés légitimes ou naturels en ligne directe à tous degrés (art. 9-1), et en ligne collatérale, entre frère et sœur, oncle et nièce, tante et neveu (art. 9-2) : puis, en l'absence d'une filiation légalement établie, l'existence d'un lien notoire de filiation suffit à entraîner les empêchements prévus à l'article précédent. Ce lien peut être établi par la commune renommée (art. 10) : à contrario, ces dispositions sous-entendent que l'enfant naturel, simple, adultérin ou incestueux (même si la filiation n'a pas été légalement établie) peut être rejeté.

B. Le rejet et la rupture du lien de filiation en droit français

1) La rupture du lien de filiation de l'adoption plénière

764. Comme les effets de l'adoption plénière, négativement avec la famille d'origine² : il y a rupture du lien de filiation entre le rejetant et le rejeté, sans pour autant entraîner l'effacement des données de l'état civil du rejeté. Nous nous permettons de répéter inlassablement cet effet du rejet pour qu'il n'y ait à aucun moment une ambiguïté en ce sens. Dans l'adoption plénière du droit français comme celle du droit malgache, il y a une substitution de filiation (art. 356 du CCF), création et anéantissement corrélatifs des liens de filiation³ : l'adoption plénière⁴ crée une filiation entre l'adoptant et l'adopté, et fait disparaître la filiation d'origine s'il en existait. Cependant, « La Cour de cassation, dans deux arrêts retentissants, a posé, presque contre les textes qui supposent une rupture totale avec la famille

¹ Acte n° 1 du 9 février 1984 à Antananarivo IV, sur autorisation de rejet par jugement n° 173 du 20 janvier 1984 du TPI de Tananarive, une mère a rejeté sa fille adoptive et a étendu le rejet aux descendants de la rejetée.

² CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 544.

³ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p.537 et s.

⁴ Loi n° 2017-014, art. 99 suscité : « ... emporte rupture de tous liens entre l'adopté et sa famille d'origine... ».

d'origine... »¹. D'abord, les grands-parents d'origine peuvent bénéficier de l'art. 371-4 qui donne à l'enfant un droit à des relations personnelles avec eux² : puis dans une autre affaire, elle considérait que l'adoption pour couper les liens que l'enfant entretenait avec ses grands-parents était entachée de dol³. Ce qui nous laisse penser que des exceptions à cette règle rigide et intangible de la rupture du lien de filiation existent et peuvent effectivement être prises en compte dans des cas de configuration malveillante et contre l'intérêt de l'enfant si ce dernier commence à discerner et à comprendre l'existence de son entourage familial d'origine.

765. La dissemblance des effets de l'adoption plénière aux effets du rejet se situe à deux degrés, celui de la perte du nom de l'adopté pour revêtir celui de l'adoptant⁴ dans sa nouvelle famille (effet extrême que le rejet n'engendre pas) et de l'effacement de la filiation d'origine (effet extrême que le rejet n'engendre pas également). Les effets du rejet ne concernent que le rejeté et le rejetant (sauf si l'acte de rejet vise aussi les descendants du rejeté) et ne donne pas lieu à la faculté de changement de nom ni au rejeté ni au rejetant : de ce fait, le rejeté reste néanmoins dans la famille ou tout au moins envers ceux qui ne l'ont pas rejeté. P. ex., si le père adoptif rejette son fils adoptif, la mère qui l'a adopté dans un même acte d'adoption garde son lien de filiation avec ce dernier si elle ne l'a pas rejeté. La loi du 22 décembre 1976 a rajouté un second alinéa à l'art. 356 pour restreindre les effets de la rupture du lien de filiation avec la famille d'origine de l'adoption plénière dans le cas d'une adoption de l'enfant du conjoint : p. ex., le beau-père adopte judiciairement l'enfant de son conjoint, ce dernier devait perdre sa filiation d'origine, c'est-à-dire ses liens de filiations paternelle et maternelle au vu de la loi du 11 juillet 1966. Dorénavant, le lien de filiation à l'égard de ce parent conjoint de celui qui adopte l'enfant est conservé, en quelque sorte, l'adoption plénière a été faite par les deux conjoints et non par l'adoptant seul. Enfin, l'adoption plénière peut conférer à son propre enfant biologique, enfant naturel, adultérin ou incestueux⁵, une situation

¹ RUBELLIN-DEVICHI J., *L'enfant d'abord*, 1989, in SOUS LA DIRECTION DE JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Centre National de la Recherche scientifique, 1991, p. 159.

² Cass. Civ. 1^{re}, 21 juillet 1987, RTDCiv, 1988, p.319, obs. J. Rubellin-Devichi.

³ Cass. Civ. 1^{re}, 7 mars 1989, Bull. civ. I, n° 112 ; Rev. Dr. Enf. et fam. Vaucresson 1990/2, p.30, obs. J. Rubellin-Devichi ; D. 1990, p. 447, note J. Hauser.

⁴ Avant la Loi du 17 mai 2013 (ouvrant l'adoption aux personnes de même sexe) en France, désormais l'Art. 357, laisse le choix du nom, l'enfant « prend le nom de l'adoptant et de son conjoint ou chacun des deux adoptants, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique »

⁵ Rennes, 24 janvier 2000 : JCP, 2000, IV, 2338.

entièrement assimilée à celle d'enfant légitime¹ : des exceptions à la prohibition de l'art. 346, mais qui reposent essentiellement sur des motifs graves et l'intérêt de l'enfant. Alors que la ressemblance entre les effets de l'adoption plénière et le rejet est obligationnelle : du fait de la rupture des liens de parenté antérieurs, le rejetant et le rejeté, ainsi que l'adopté et sa famille d'origine se conduiront comme étrangers (sous réserve des empêchements à mariage, art. 161 à 164) ; les parties concernées sont dédouanées des devoirs et obligations familiales.

2) Les effets de l'accouchement anonyme

766. Au-delà de l'effet de la loi sur l'accouchement anonyme écartant toute action en recherche de maternité prévue par les articles 311-4 et s., 464 al.3 du CCF, dans un délai de trente ans à compter de la naissance (art. 311-7). Le contour des effets de l'accouchement sous X est verrouillé par la loi elle-même, tributaire de la volonté de la femme : un droit absolu, exorbitant², exclusif et discrétionnaire, qui engendre trois effets majeurs. Premier effet de l'accouchement sous X, l'art. L. 147-7 du CASF prévoit que « l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation ». La loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes et pupilles de l'État renforce le principe de protection à l'endroit du droit de la mère et du droit de l'enfant dans sa filiation adoptive établie postérieurement et facilite l'accès aux origines personnelles en établissant le CNAOP³. Deuxième effet et non moins considérable de l'art. L. 147-7, ressemblant aux effets du rejet malgache : « Il (l'accès aux origines) ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit », ce qui laisse penser que l'accouchement sous X a pour effet de rompre les effets du lien de la filiation en annihilant toutes les obligations découlant de la filiation biologique : à savoir le respect et l'honneur dus à ses parents, les obligations alimentaires, mais aussi les droits successoraux et bien évidemment les droits extrapatrimoniaux (nom, caveau familial...), et ce d'une manière réciproque. Troisième effet : l'accouchement sous X prive le présumé père de son droit de reconnaître l'enfant ; un effet par ricochet du verrouillage de l'accès à l'identité de la mère de l'enfant. Pour pallier cette injustice du fait de la mère de l'enfant à l'égard du père, la loi de 2002 dans les dispositions de l'art. 62-1 du CCF a apporté une avancée notoire en permettant au père de signaler

¹ BÉNABENT Alain, *Droit civil, La Famille*, Juris-Classeur, 11^e édition, Litec, Groupe LexisNexis, 2003.492 s.

² VERDIER Pierre et MARGIOTTA Nathalie, *Le droit à la connaissance de son origine : un droit de l'Homme, Pour en finir avec l'accouchement sous X et le secret de la filiation*, Éditions Jeunesse et droit, 1998.p. 18.

³ Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, Organisme administratif centralisant les données relatives à l'identité des parents de naissance et des renseignements non identifiants concernant l'enfant.

l'éventuelle naissance de son enfant auprès du Procureur de la République qui procède à la recherche des informations sur l'établissement de l'acte de naissance sous X de l'enfant. Cette possibilité de permettre au père d'établir sa paternité doit cependant respecter la volonté de la mère de s'opposer à la divulgation de son identité et de son admission à la maternité. En effet l'art. 62, al. 2 prévoit que « tous renseignements utiles sur la naissance, sous réserve des dispositions de l'art. 341-1 » peuvent être contenus dans la reconnaissance faite par le père : or en combinaison avec la circulaire¹ du 3 mars relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, si la mère demandait à bénéficier des dispositions dudit article, son nom apparaîtrait sur la reconnaissance paternelle. Les réformes récentes permettent dans un délai de deux mois de faire une reconnaissance de paternité si celle-ci n'a pas été effectuée avant la naissance de l'enfant. Il est donc possible pour le père de faire une reconnaissance prénatale de l'enfant et d'une reconnaissance paternelle pendant ce bref délai. Sinon, le père est dans l'impossibilité de reconnaître l'enfant, encore moins, si une décision judiciaire intervient ouvrant aux candidats de l'adoption de l'enfant².

767. Au-delà de ces trois effets remarquables, il convient de rajouter que l'art. L. 147-2, 3° du CASF admet à la famille proche, en l'occurrence les ascendants, les descendants et collatéraux privilégiés des parents de naissance à formuler des déclarations d'identité. L'ouverture à l'accès aux origines par l'enfant à travers cette déclaration de la famille proche coïncide avec la restriction de la portée du rejet qui ne concerne que le rejeté et le rejetant. On ne peut négliger les intérêts juridique, familial et social que de telles institutions traditionnelles dans les deux droits civils en comparaison mettent en jeu de nos jours. Les effets de l'accouchement sous X ressemblent sensiblement à ceux du rejet : d'abord par la rupture du lien de filiation (du côté du premier, si elle va jusqu'à rejeter l'inscription au registre de la maternité³ : du côté du rejet, il ne peut effacer cette inscription de la maternité

¹ Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, JORF, 24 mars 1993, p. 4551.

² Cass. Civ. 1^{re}, 7 avril 2006, D. 2006. IR. 1065, a décidé qu'un enfant faisant l'objet d'une reconnaissance prénatale de paternité respecte le secret de l'accouchement demandé par la mère, et que seul le père doit consentir à l'adoption en arrêtant que la reconnaissance paternelle est intervenue chronologiquement (prend effet à la date de naissance) avant le consentement à l'adoption du Conseil de famille, et casse l'arrêt de la Cour de Nancy prononçant la décision du Conseil de famille de consentement à l'adoption.

³ « L'accès aux origines ne mérite pas d'être érigé en droit absolu. Mais l'accouchement sous X ne mérite pas davantage d'être maintenu comme un droit absolu. C'est en lui-même qu'il est contestable, parce qu'excessif : excessif relativement à l'état civil qui est une histoire, en ce qu'il efface l'histoire ; excessif à l'égard du père et

du fait de son établissement découlant de l'accouchement lui-même) ; puis de cette rupture de filiation, de l'un comme de l'autre, les effets sont exactement les mêmes, ils ne procurent aucun droit ni devoir à qui que ce soit. Les deux institutions annihilent les droits et obligations nés de la filiation : les devoirs d'honneur et de respect envers les parents et la famille, et les obligations alimentaires ; anéantissent les droits patrimoniaux comme ceux qui sont extrapatrimoniaux, que nous avons cités.

C. La faculté de demander la restitution de la donation en nature

768. L'art. 84 de la loi sur le rejet précise : si les choses qu'avaient données le rejetant au rejeté existent encore en nature dans le patrimoine de ce dernier, le rejetant peut en exiger la restitution, mais dans l'état où elles se trouvent au jour de la déclaration du rejet. Cette disposition confirme encore l'autonomie de la volonté si chère aux yeux et à l'esprit des Malgaches, nous avons remarqué tout au long de cette étude concernant le rejet que la sévérité de l'institution n'emporte pas systématiquement ses effets du moins patrimoniaux. La faculté de réclamer les biens en nature en l'état offre au rejetant la possibilité de les laisser au rejeté comme le rejet contre donation du droit traditionnel. De même, rien n'empêche le rejetant d'accorder au-delà de ce qui a été donné une part supplémentaire au rejeté dans un testament. Par contre, cette faculté de réclamer une donation concerne exclusivement des donations en nature et exclut toute restitution pécuniaire : ce qui réduit presque à néant les effets rétroactifs du rejet. Par conséquent, le rejet n'a aucun effet rétroactif à l'égard des tiers, une disposition des biens faite par le rejeté avant la demande d'autorisation de rejet qui lui a été signifiée ne pourra être remise en cause par les effets du rejet. Cependant, toutes manœuvres frauduleuses de la part du rejeté en connaissance de l'action en justice aux fins de rejet pourraient atteindre le rejeté et le tiers de mauvaise foi de restituer le bien en nature ou du prix de son aliénation.

D. L'irrévocabilité pour aucun motif

1) Du rejet malgache

769. L'art. 91 de la même loi reconduit un des effets du rejet de la législation orale et du droit traditionnel écrit : « le rejet ne peut être révoqué pour aucun motif ». Dans l'ancienne législation, dès lors que l'enregistrement du rejet est effectif par le paiement des droits y afférents : dorénavant, une fois que le rejet a été autorisé par la justice à être inscrit dans le registre de l'état civil, il a un effet absolu et n'est plus susceptible d'action en annulation ni être révoqué par la volonté du rejetant ni par une demande en révocation comme dans

de l'enfant, parce qu'il occupe une place dominante exorbitante et dommageable pour autrui... », in CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006.p. 423.

l'adoption simple. Comme toute « action personnelle et volontaire et notamment l'action en reconnaissance de paternité »¹, le législateur prohibe souvent la rétractation ou tout au moins conditionne restrictivement et fermement les exceptions. Le rejet trouve les mêmes effets d'irrévocabilité de l'action personnelle et volontaire d'intenter une action en justice pour son enregistrement à l'état civil comme ceux de l'adoption plénière (art. 68, l'adoption plénière est irrévocable). Le rejetant et le rejeté sont considérés comme étrangers l'un de l'autre sous réserve des interdictions à mariage : une fois le rejet prononcé, il ne peut être révoqué². Concrètement, si le rejetant et le rejeté trouvent plus tard un terrain d'entente par une demande de pardon, ou de reconnaissance expresse de tort, ce qui n'est pas rare dans la philosophie de la sagesse malgache, le rejetant ne pourra réintégrer le rejeté dans sa famille que par l'adoption. En effet, rien n'interdit dans les nouvelles règles de l'adoption malgache (loi n° 2017- 014) d'adopter un enfant majeur rejeté : cependant, c'est seulement l'adoption simple qui est ouverte puisque l'adoption plénière ne peut concerner qu'un enfant de moins de quinze ans (art. 59 de ladite loi ; art. 345 du CCF), ni même l'exception de l'adoption plénière intrafamiliale de moins de dix-huit ans (art. 81). Dans l'adoption simple, il suffit de se présenter devant l'officier de l'état civil de la résidence de l'adoptant et de faire la déclaration (art. 23), en présence de l'adopté et de deux témoins (art. 24) : un nouveau lien de parenté fictif est créé, remet les pendules à l'heure des droits et obligations ; de la réciprocité des devoirs de secours, d'assistance, de respect et d'honneur entre adoptant et adopté simple.

2) De l'adoption plénière du droit français

770. Selon l'art. 359 du CCF également, « l'adoption est irrévocable » : « l'adoption ne peut être ni annulée, pour aucun motif, ni révoquée : si l'adoptant manque à ses devoirs éducatifs, c'est à des mesures d'assistance éducative qu'il faudra recourir »³. Mais la loi de 1996 a introduit quelques modifications à cette irrévocabilité, et ce pour des « motifs graves » quand l'adoptant manque à ses devoirs, p. ex. d'« abandon d'enfant », permettant une nouvelle adoption cette fois-ci simple, pour combler des atteintes à l'intérêt de l'enfant (art. 370-1-6)⁴. Et qu'en est-il lorsque c'est l'adopté devenu majeur qui manque à ses devoirs envers son

¹ Cass. Civ. M., du 03/03/2017, n° 139 ; C.T du 15/09/2014, n° 1120.

² RAHARIJAONA Henri, *Droit civil II : Successions - Testaments - Donations*, Université d'Antananarivo, Etablissement supérieur de Droit, d'Économie, de Gestion et de Sociologie, 1989.p. 31.

³ BÉNABENT Alain, *Droit civil, La Famille*, Juris-Classeur, 11^e édition, Litec, Groupe LexisNexis, 2003.p. 495

⁴ Art. 370-1-6 : L'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par l'autre membre du couple, en la forme simple.

adoptant et à sa nouvelle famille ? Le Code civil n'a pas prévu de telle hypothèse, sauf que l'adopté à tout âge considéré comme enfant légitime de l'adoptant et membre à part entière de la famille de celui-ci devra respect et honneur. Si l'enfant arrive à la majorité, se trouve de ce fait hors de portée des mesures éducatives, et que l'adoption est définitivement irrévocable pour aucun motif : alors il ne reste pour les parents que l'action pénale pour tenter de se faire justice outre les cas exceptionnels d'ingratitude ou d'indignité successorale. Mais encore faut-il qu'elles soient précédées d'une donation, d'un legs ou d'un droit à l'héritage d'un bien. L'irrévocabilité de l'adoption plénière entraîne des effets absolus : l'adopté entre dans la famille de l'adoptant avec les droits et devoirs et les vocations successorales qui en découlent. Elle s'impose aux ascendants, aux grands-parents par adoption, qui peuvent avoir désapprouvé l'initiative de l'adoptant (p. ex., l'adoption d'un enfant adultérin¹) ; ce petit-fils artificiel s'impose à eux, à la fois comme créancier d'aliments et comme héritier réservataire. Des droits lui sont conférés, des obligations² aussi : une vocation successorale, une vocation alimentaire, les droits de l'adopté dans sa famille adoptive lui attribuent des conséquences patrimoniales à l'égal d'un enfant légitime, mais il est débiteur également des devoirs de respect et d'honneur envers l'adoptant, ses ascendants et sa nouvelle famille.

¹ C.A de Paris, 26 juin 1981 : JCP 1983, II, 1981, note Rémy ; Cass. Civ. 1^{re}, 8 novembre 1982 : Bull. civ. I, n° 322, p. 276, in BÉNABENT Alain.p. 495.

² Art. 358. L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre.

CHAPITRE II. Le rejet et les autres sanctions civiles des obligations familiales

771. Nous avons vu comment les rapports personnels, même s'ils ne relèvent pas principalement du droit entre les membres de la famille ont pu être saisis par le droit¹, le manquement aux devoirs de respect et d'honneur aux père et mère qui d'après certains auteurs ne peut découler d'une obligation juridique formelle, se trouve bien sanctionné par le droit du fait de sa transgression aux devoirs familiaux d'affection et de solidarité familiale. « Les sanctions civiles [des obligations familiales] se manifestent par le biais de plusieurs actions particulières : l'action en révocation réprime l'ingratitude (libéralités, adoption simple) – l'action en réduction peut être intentée en cas d'atteinte à la réserve héréditaire – les actions en déclaration d'indignité successorale ou en déchéance de l'autorité parentale répriment des comportements hautement répréhensibles »² : nous pouvons rajouter bien évidemment le renforcement des dispositifs sur l'indignité successorale par l'action facultative si la victime survit à son agression physique ou de tentative d'homicide, il en est de même des dispositions d'ordre civil de protection par l'éloignement de l'agresseur, prises par le juge.

SECTION A. La révocation de l'adoption simple

I. Le rejet : une métaphore de la révocation de l'adoption simple du droit français

772. L'ancienne loi malgache sur l'adoption (n° 63-022) interdit la révocation de l'adoption qu'elle soit judiciaire (plénière, art. 66), qu'elle soit simple : « l'adoption simple ne peut être révoquée pour aucun motif » (art. 77). Désormais, la nouvelle loi sur l'adoption nationale et internationale malgache³ reprend les deux formes de l'adoption en France avec quelques variétés de termes et de conditions d'application, et prévoit que l'adoption simple ne peut être révoquée ou annulée que pour des motifs graves dûment appréciés par l'autorité judiciaire compétente (art. 37), et exceptionnellement en annulation pour inobservation des règles de fond ou de forme (art. 38). Nous traitons ainsi notre objet indifféremment des lois considérées. En France, la révocation de l'adoption simple est prononcée par une décision motivée aussi, et fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption (art. 369 et 369-1 du CCF). Le jugement de révocation de l'adoption simple est prononcé à la demande de l'une des parties quand

¹ CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, Monchrestien, 2006. (Domat, éd. Monchrestien, 1984, introduction).

² POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain, *L'affection et le droit*, Préf. F. Rigaux, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.pp. 138-139.

³ Loi n° 2017- 014 relative à l'adoption du 30 juillet 2017.

l'adopté est majeur ou par le ministère public s'il est mineur (art. 368, al. 1-2), et n'a pas d'effet rétroactif. L'adoption simple crée un lien de famille entre l'adoptant et l'adopté, ce dernier de ce fait jouit des droits à vocation successorale et alimentaire dans sa nouvelle famille sans pour autant perdre ses droits dans sa famille d'origine, mais qui restent subsidiaires. Les rapports du lien de famille débouchent sur des droits héréditaires et alimentaires, mais demandent en retour des devoirs d'honneur, d'assistance, de secours et de respect réciproques au-delà du devoir d'entretien unilatéral envers l'adopté mineur.

773. Il est à noter une dissemblance des obligations alimentaires entre les deux droits : en droit malgache, l'adoptant n'est tenu d'aliments envers l'adopté que si la famille d'origine de celui-ci ne peut les fournir (art. 35) : inversement, les parents d'origine de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant (art. 364 du CCF). Ainsi, si l'adopté reçoit des droits héréditaires (sans avoir la qualité d'héritier réservataire, art. 365 al. 1-2) et alimentaires dans sa famille de substitution et qu'il garde aussi ses mêmes droits dans sa famille d'origine (art. 360, al. 1), il sera redevable du devoir de respect et des obligations alimentaires dans les deux familles d'origine (qui reste la sienne où l'obligation alimentaire « ne peut être sans réciprocité »¹) et de substitution (obligation réciproque, art. 364). L'adoption simple ne peut faire l'objet d'une révocation par consentement mutuel, mais uniquement pour des motifs graves, une véritable métaphore des causes déterminantes de l'autorisation de rejet dont la finalité est d'anéantir le lien de filiation ou de parenté qui existe entre le rejetant et le rejeté, entre l'adoptant et l'adopté. Considérant les effets de l'adoption simple et les conditions de sa révocation en droit français, la Cour de cassation² malgache reconnaît que « les dispositions sur le rejet ne sont pas contraires à celles régissant la révocation de l'adoption [simple], car tendant vers le même résultat, c'est-à-dire la rupture du lien filial ».

II. La révocation de l'adoption simple pour des motifs graves

774. En vertu de l'art. 37 de la loi nouvelle malgache, il est possible de révoquer l'adoption simple pour des motifs graves, et rejoint la législation française de l'art. 368 du CCF suscitée. La justice malgache reconnaît d'ailleurs la similitude des causes du rejet et des motifs graves justifiant la révocation de l'adoption simple : l'arrêt suscité de la Cour de cassation confirme la non-violation de l'art. 28 concernant l'appréciation souveraine de la Cour d'appel³ ;

¹ CORNU Gérard, p. 235.

² Cass. Civ. M., 2 juin 2017, n° 403.

³ C.T du 19 septembre 2011, n° 1237.

« fondant sa décision sur l'article 28 de la loi 2005-014 du 7 septembre 2005 relative à l'adoption simple, a constaté les éléments de fait sur les motifs graves susceptibles d'entraîner la révocation de l'adoption simple et ces constatations rejoignent nécessairement les motifs prévus par l'article 80 entraînant le rejet, comme le fait de porter atteinte à l'honneur familial, les manquements graves aux devoirs de secours d'assistance et de respect envers l'adoptant et la famille ». Dès lors, peut-on considérer comme motif grave le manquement des devoirs de respect à l'endroit des parents de l'adoptant par l'adopté même si l'adoption simple ne crée pas de lien entre eux ? En effet, l'adoption simple ne faisant naître de rapport de famille qu'entre les parties à l'acte, et que l'adopté ne s'impose pas aux ascendants avec la force impérative et n'a pas la qualité d'héritier réservataire¹, s'il commet des actes dommageables aux parents de l'adoptant, la révocation peut-elle être accordée à la demande de ce dernier, nous la concevons notamment par le rapprochement fait par la justice malgache.

775. En droit malgache comme en droit français, il n'existe pas de lien de parenté entre l'adopté simple et les parents de l'adoptant. La représentation ne peut jouer en faveur de l'adopté, car il n'existe pas au rang des héritiers des parents de l'adoptant, cependant si la succession revient au rang de l'adopté, il pourrait hériter du parent adoptif. Par contre, l'exclusion de la succession de l'adoptant par ses parents au moyen du rejet entraîne l'anéantissement des droits de succession de l'enfant adopté : une différence notoire entre l'enfant légitime et l'enfant adoptif (simple) sur la succession des grands-parents. En droit français, l'adoption simple peut faire l'objet de révocation « si l'adopté a une mauvaise conduite ou fait preuve d'indignité²... ou démontrer que l'adoption a été un marché dans lequel les intérêts de l'adopté n'ont pas été suffisamment protégés »³. La révocation de l'adoption peut être ainsi demandée par l'adoptant si l'adopté est âgé de plus de quinze ans et s'il est justifié de motifs graves⁴ appréciés souverainement par les juges⁵, par l'adopté lui-même s'il est majeur, ou par le ministère public. L'action en révocation est donc rattachée à la

¹ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p. 536.

² BÉNABENT Alain, *Droit de la famille*, LGDJ, 2022.

³ BÉNABENT Alain, *Droit civil, La Famille*, Juris-Classeur, 11^e édition, Litec, Groupe LexisNexis, 2003.p. 502.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 1978, n° 76-13415, Bull. civ. I, n° 114, p. 93

⁵ Cass. Civ. 5 mai 1937 : D. 1937, 316 ; Cass. Civ. 1^{re}, 7 décembre 1959 : Bull. civ. I, n° 519 ; Cass. Civ. 1^{re}, 10 juillet 1973 : JCP 1974, 17 689, 5^e esp. ; Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 1978 : Bull. civ. I, n° 114, p. 93.

personne, de ce fait elle ne sera accueillie à l'initiative des héritiers de l'adoptant que lorsqu'elle a été initiée par ce dernier lui-même et que les héritiers ne font que poursuivre¹.

776. En pratique, les motifs graves peuvent être imputables à l'adoptant ou à l'adopté : ce qui explique que la révocation ne puisse être demandée que si l'enfant a plus de 15 ans² correspondant à sa capacité de discernement. Mais les cas les plus fréquents restent des faits graves imputables à l'adopté : pour inconduite, ingratitude, désobéissance, manquement au devoir de respect, mépris³. En outre, l'ambiance conflictuelle dans la famille, la mésentente profonde entre les époux ont des conséquences graves⁴ pour les enfants justifiant la révocation de l'adoption. Cependant, les violences et les maltraitances des parents envers les enfants, reconnus par des lettres intimes par l'ensemble de la fratrie pendant leur enfance, écartent la justification des motifs graves de violences envers les parents adoptifs de l'enfant devenu majeur pour révoquer l'adoption simple et la donation⁵. De plus, si la finalité de l'adoption réside dans la création d'un lien de filiation entre deux personnes, elle ne pourra être détournée de son but, pour des raisons fiscale ou successorale, la justice accueille la requête de tierce opposition⁶, en cas de dol ou de fraude (art. 353-2 du CCF). De même, la justice⁷ malgache considère que le fait par la famille de l'adoptant décédé de faire une pression, des menaces à l'adopté majeur de rendre les biens que lui ont laissés le *de cujus* constitue un motif grave et fait droit à la demande de l'adopté pour éviter l'aggravation des conflits.

¹ Cass. Civ. 1^{re}, 21 juin 1989 : JCP 1990, II, 21 546, note Charles : D. 1990, 182, in BÉNABENT Alain.p. 502.

² CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991.p.536.

³ Tribunal civil, Montélimar, 4 février 1931 : Sirey, 1931, II, p. 210 ; Saverne, 19 janvier 1954 : D. 1954, p. 531.

⁴ BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2017.p. 542 ; C.A de Limoges, 26 nov. 1992, D. 1994, n° 207 note Berry ; C.A de Bordeaux, 8 novembre 2006, JCP 2007.IV.1393.

⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 11 octobre 2017, 16-19.057, Inédit ; C.A de Nîmes du 19 mai 2016 ; TGI de Charleville-Mézières, du 03/04/2015, suscité.

⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 13 juin 2019, n° 18-19.100 ; C.A de Montpellier du 02/05/2018 ; RTDCiv. 2019-3, p. 631, chron. M. Grimaldi ; D. 2019. 1282 ; AJ. Fam. 2019. 404, obs. P. Salvage-Gerest.

⁷ TPI d'Antananarivo, 3^e section, du 10 mai 2022, n° 2794.

SECTION B. L'indignité successorale

777. Depuis la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001¹, l'indignité successorale du droit français connaît deux sortes, celle que l'on appelle de plein droit et celle facultative, prévues par les articles 726 et 727 du CCF. Le droit malgache connaît l'indignité successorale (art. 10, 1° et 2° de la loi n° 68-012 relative à la succession et les libéralités), une forme unique pour les mêmes motifs criminels du droit français, mais elle doit être déclarée sur requête d'un héritier ou d'un légataire par la juridiction civile (art. 11), ne s'applique pas de plein droit.

I. L'indignité de droit et l'indignité facultative du droit français

778. L'indignité² successorale est la « déchéance du droit de succéder qui frappe un héritier coupable de fautes graves envers le défunt, soit de plein droit, dans les cas les plus graves soit dans d'autres spécifiés par la loi à la demande d'un autre héritier, en vertu d'une déclaration judiciaire d'indignité qui laisse au juge une marge d'appréciation... et désigne à la fois un fait délictueux et sa sanction juridique, une conduite répréhensible et la sanction civile et/ou pénale qu'elle encourt »³. Avant les dernières réformes, la justice française déclara que : « la sanction de l'indignité successorale, qui, peine civile de nature personnelle et d'interprétation stricte, ne peut être étendue au-delà des textes qui l'instituent »⁴. La qualification de peine civile de l'indignité successorale nous rappelle l'idée de M. Hugueney à la différence de celle de peine privée où « l'indigne [est] déchu du droit de recueillir la succession de celui envers qui il a de très graves torts... non par la volonté du défunt, mais par punition »⁵.

A. L'indignité de plein droit

779. L'art. 726 désigne ceux qui sont indignes de succéder l'héritier condamné comme auteur ou complice par des peines criminelles pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt ou pour avoir volontairement porté des coups ou commis des

¹ Modifiée par la loi n° 2020-936 du 30 juillet, art. 8.

² Étymologie de l'indignité, caractère d'une personne indigne qui vient du latin *indignus*, I. Indigne de. 1. Qui n'est pas digne de quelque chose, qui ne mérite pas. Il est indigne de notre confiance. 2. Qui n'est pas à la hauteur de quelqu'un... II, absolument. 1. Qui n'est pas digne de sa fonction, de son rôle. Un père indigne. 2. Choses. Très condamnable. -> Déshonorant, odieux, révoltant, in LE ROBERT (dir.), *Le Robert illustré 2022*, Dictionnaires le Robert-Sejer, 2021.p. 1001.

³ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022.p. 536.

⁴ Cass. Civ., 1^{re}, du 18 décembre 1984, Bull. civ. I, n° 340 ; Defrénois 1985, art. 33560.867, obs. G. Champenois ; JCPG, 1985.IV.80.

⁵ MALAURIE Philippe et BRENNER Claude, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ-Lextenso, 2018.p. 64, n° 45.

violences ou voies de fait ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner (1° et 2°). Dans le second cas, l'intention homicide n'est plus requise (dans l'ancienne rédaction de l'art. 727-1° avant l'entrée en vigueur de la de 2001, elle l'était¹) : tandis que la condamnation à une peine criminelle équivaut au moins à dix ans de prison². Une liste noire clairement définie par le législateur où l'héritier condamné encourt la déchéance dès lors que le fait est constaté³ par la justice : ce qui écarte l'auteur d'un parricide jugé non responsable de ses actes. En effet, l'indignité successorale n'est encourue par l'héritier aliéné mental au moment des faits, une exception rare, alors même que l'indignité facultative est encourue pour des condamnations à des faits moins graves et que l'indignité de plein droit s'applique automatiquement même au complice sans intervention du juge suite à une condamnation criminelle. Cet exemple⁴ relaté par la majorité de la doctrine concerne dans les faits un fils qui a porté des coups de couteau à sa mère avant de l'égorger et de continuer à donner trois coups de couteau dans le cœur de son père avant de l'achever en l'égorgeant aussi. Les deux expertises psychiatriques ordonnées par la justice ont diagnostiqué chez l'auteur des faits respectivement : un trouble psychique ayant aboli son discernement et le contrôle de ses actes et une psychose délirante chronique ; et concluaient que l'infraction était directement en relation avec cette pathologie psychiatrique, laquelle abolissait son discernement et le contrôle de ses actes. Successivement, le juge d'instruction prononçait le non-lieu fondé sur l'art. 122-1 du CPF, confirmé par la chambre de l'instruction de la Cour d'appel. La Cour d'appel⁵, saisie par la suite sur la question de l'indignité de l'auteur de l'acte sur fondement de l'art. 727 (et non de l'art. 726) et de l'assignation par ce dernier de son frère aux fins de

¹ Cass. Civ. 1^{re}, 3 octobre 2006, n° 04-11.910, Bull. civ. I, n° 429, p. 369 : « Attendu que, pour déclarer Mme... indigne de succéder à son mari, l'arrêt retient que l'article 727-1er du Code civil, dans sa rédaction applicable aux faits de l'espèce, n'exigeait pas l'intention homicide ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; C.A de Paris, du 25/11/2003.

² P. ex., condamnation à une peine de réclusion criminelle à perpétuité d'un homme ayant assassiné son épouse, le laissant également en l'absence d'héritiers réservataires donataire de l'universalité de ses biens, à la demande des frères et sœurs de la victime, le tribunal a révoqué la donation et déclaré l'indignité de l'époux, Cass. Civ. 1^{re}, 1er juin 2010, n° 09-14.353, Bull. civ. IV, n° 102 ; C.A de Paris du 06/02/2009 ; TGI de Paris du 06/07/2000.

³ GRIMALDI Michel, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2011.p. 434.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 2012, n° 11-10.393, Inédit ; AJ fam. 2012. 354, obs. N. Levillain ; RTDCiv. 2012-4, p. 757, Fou n'est pas indigne, obs. M. Grimaldi. ; TERRÉ François, LEQUETTE Yves et GAUDEMET Sophie, *Droit civil*, Dalloz, 2013.p. 78 ; MALAURIE Philippe et BRENNER Claude, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ-Lextenso, 2018.p. 65.

⁵ C.A de Nîmes du 19/10/2010, n° 09/03682 ; TGI de Nîmes du 12/07/2004, du 28/05/2009.

partage de la succession de leurs parents, a jugé que l'indignité successorale « suppose » l'intention coupable que la loi exige en posant comme condition à son prononcé que l'auteur du geste homicide ait été condamné à une peine criminelle ou correctionnelle. Qu'en l'état du non-lieu dont il a bénéficié, les premiers juges, y compris le tribunal de grande instance, ont fait une exacte application des articles 726 et 727. La Cour réitère l'exigence de l'intention coupable « volontairement » et non plus l'intention homicide : la décision définitive de la justice d'une condamnation à une peine criminelle constitue en elle-même la preuve de l'indignité successorale d'un héritier déchu de ses droits successoraux que les autres héritiers peuvent faire valoir pour procéder à la liquidation de la succession. Cette volonté, cette conscience de la gravité de l'acte justifie le rejet même sans condamnation pénale définitive.

B. L'indignité facultative

780. L'indignité facultative frappe l'héritier condamné pour des peines correctionnelles envers le défunt : à la différence de celle de plein droit, elle doit être constatée et prononcée par une décision de justice¹ à la demande de la victime (du *de cujus*), reprise par ses héritiers ou par ces derniers. L'art. 727 du CCF énumère cinq motifs pouvant justifier la déclaration d'indignité par la justice après l'ouverture de la succession dans les six mois du décès si la décision de condamnation ou de déclaration de culpabilité est antérieure au décès, ou dans les six mois de cette décision si elle est postérieure au décès (art. 727-1). Mais le dernier alinéa de l'art. 727 précise que les actes mentionnés aux 1° et 2°, peuvent être déclarés même si aucune condamnation n'est intervenue parce qu'en raison du décès de l'auteur ou de complice, l'action publique n'a pu être exercée ou éteinte : « un défaut de rédaction renvoie aux 1° et 2° sans autre précision, de sorte que l'on peut croire qu'il s'agit des 1° et 2° de l'art. 727, mais il faut raisonnablement comprendre qu'il s'agit de l'art. 726 »². Cette disposition a été édictée en songeant au cas du forcené qui tue sa femme et ses enfants puis se suicide³, par conséquent il y a un réel risque d'extinction ou de non-exercice de l'action publique, d'autant plus qu'en tant que dernier survivant, il peut recueillir le patrimoine de sa femme et de ses enfants, transmis par la suite à sa propre famille : le ministère public peut introduire une demande en déclaration d'indignité facultative que le juge appréciera souverainement.

¹ Cass. Civ. 1^{re}, 20 novembre 2019, n° 18-23.762 ; C.A de Douai du 12/07/2018 : le fait par un cohéritier d'alléguer que ses frères « ... étaient indignes de succéder à leur mère, était inopérant dès lors qu'une telle indignité n'avait pas été constatée par une décision de justice... ».

² GRIMALDI Michel, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2011.p. 436.

³ TERRÉ François, LEQUETTE Yves et GAUDEMET Sophie, *Droit civil*, Dalloz, 2013.p. 77.

II. Comparaison des deux sanctions civiles des atteintes aux personnes

A. Sur les motifs graves du rejet et de l'indignité successorale

781. Tout comme l'indignité de plein droit qui exige une condamnation, mais cette fois délictuelle, les causes d'indignité facultative sont plus nombreuses¹ dont l'intention coupable qui fonde la gravité des faits de donner ou tenter de donner la mort au défunt, de commettre des violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, d'avoir commis des tortures et actes de barbarie, des violences volontaires, un viol ou une agression sexuelle envers le défunt (art. 727-2° bis), de témoignage mensonger contre le défunt, de la non-assistance de la personne du défunt en danger, enfin pour dénonciation calomnieuse lorsqu'une peine criminelle est encourue. Bref, les motifs graves de l'indignité successorale coïncident avec ceux du rejet dans l'atteinte physique, dans l'atteinte à l'honneur des personnes de la famille basées sur l'intention coupable. Cependant, nous pouvons constater que les faits reprochés dans l'indignité successorale se trouvent dans les cas extrêmes des causes de rejet qui peuvent les prévenir et les éviter. De plus, si la victime décède, ne laissant pas d'ascendant, le rejet ne pourra être demandé par la famille ou les autres héritiers. De ce fait, il existe un vide juridique du côté du rejet puisque l'indignité successorale malgache ne prévoit que les cas de condamnation criminelle (art. 10, 1° de la loi n° 68-012), le défaut de dénonciations n'est pas opposable aux ascendants et descendants du meurtrier ni à ses frères et sœurs, etc. (2°) ; alors même que ces derniers, héritiers ou légataires peuvent actionner une requête en indignité successorale devant la justice (art. 11). Il serait envisageable d'étendre dans ce cas l'admission de la demande de rejet par la famille pour combler certains cas d'injustice : p. ex., le fils porte atteinte à la vie de son père qui décède ; condamné à une peine criminelle et à l'indignité successorale, après avoir purgé ses peines et devient vulnérable, ses enfants et la famille lui doivent secours et assistance, faute d'avoir la possibilité de le rejeter de la famille.

B. Sur les effets du rejet et de l'indignité successorale

782. Au-delà du cas de non-responsabilité pénale pour défaut de discernement se trouve également celui de l'absous pour légitime défense de l'art. 122-5 du CPF, le non-lieu ou l'acquittement de l'héritier excluent l'application automatique de l'indignité successorale, tout comme le pardon accordé du *de cujus*. En effet, selon l'art. 728, l'exclusion de la succession pouvant, dans tous les cas, être couverte par le « pardon », une déclaration expresse de volonté du défunt, et n'atteignant jamais les enfants de l'indigne, étrangers à la faute de leur auteur :

¹ MALAURIE Philippe et BRENNER Claude, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ-Lextenso, 2018. N° 49.

« les petits-enfants ont vocation à recueillir la succession de leurs grands-parents lorsque les père et mère sont prédécédés, renonçant ou indignes »¹ qu'ils viennent à la succession de leur chef ou par représentation², conformément au principe de la personnalité des peines (art. 729-1). En pratique, si le *de cujus*, malgré le fait que l'héritier qui portait atteinte à sa vie et condamné d'une peine criminelle ou correctionnelle, en connaissance de cause, accorde expressément un legs à celui-ci ou l'inclut dans son testament, l'indignité successorale ne résiste pas qu'elle soit de plein droit ou facultative : enfin, la volonté prime à la loi dans un contexte familial façonné d'obligations, d'affection, de haine, et d'histoire.

783. Après des décennies d'attente de correction de cette « erreur juridique de base »³ sur l'obligation alimentaire due malgré l'indignité de celui qui en réclame l'exécution où la victime a déjà subi les dommages physiques, matériels et moraux, mais doit encore des aliments à celui ou celle qui lui a causé préjudice. La problématique est désormais résolue par les dispositions de l'exception d'indignité en matière alimentaire de l'art. 207, al. 1 et 2 du CCF et écarte la réciprocité lorsque le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations. P. ex., « le père n'a jamais cherché à entrer en contact avec son fils ou à lui donner de ses nouvelles, qu'il s'est désintéressé de celui-ci et s'est abstenu de participer à son entretien et à son éducation, ce qui constitue un comportement gravement fautif envers lui »⁴, l'art. 371 ne s'impose pas au fils délaissé, renonçant à la succession de son père, sauf de la participation aux funérailles de celui-ci (art. 806). Ou, s'il est condamné pour un crime commis sur la personne du débiteur ou l'un de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs : le juge peut décharger le débiteur en appréciant le contexte, si les faits découlent également des dispositions sur la protection des victimes de violences intrafamiliales (art. 515 et s.). Ce qui nous laisse penser que le devoir de respect aux aînés et d'honneur familial est bien sanctionné par le droit français. En effet, nous partageons cette idée qu'une faute commise, selon sa gravité et non suivie de pardon, ne doit laisser subsister ce devoir de secours et d'assistance réclamé à tort à sa victime ou à la famille. Ainsi, le pardon familial en matière

¹ GARÉ Thierry, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Editions du Centre national de la recherche scientifique : Diffusion, Presses du CNRS, 1989.p. 302.

² C.A Douai, 25 juin 1891 ; D. 92. 289, note Planiol, Compter l'indigne pour le calcul de la réserve pour la représentation.

³ ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929.p. 74. Voir en ce sens, C.A Bordeaux, 22 février 1851, Dalloz périodique, 1852, 2, 119.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 31 mars 2021, n° 20-14.107 ; TI de Châteauroux, du 18/12/2019, ensemble avec les articles 205, 207, 371, 806 du CCF.

d'indignité successorale et de rejet joue un rôle majeur dans l'atténuation des effets de ses institutions. Mais, contrairement à la vocation successorale des enfants de l'indigne du droit français, la représentation n'est pas admise en droit malgache : les enfants de l'indigne venant à la succession de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus par la faute de leur auteur (art. 14 de la loi de 1968) et il en est de même pour le rejet où le rejeté est considéré n'avoir jamais existé dans le futur. Enfin, si les effets rétroactifs de l'indignité successorale des deux droits se rejoignent du fait de la restitution des biens et de leurs fruits depuis l'ouverture de la succession (art. 729 du CCF, art. 12 de la loi de 1968) : pour le rejet, la restitution est facultative, laissée à la volonté du rejetant, des biens strictement en nature sans les fruits et en l'état. À l'égard des tiers, les actes et droits consentis par l'indigne sont anéantis, l'art. 13 de la loi malgache prévoit expressément que : les actes accomplis sur la succession recueillie par l'héritier ou légataire postérieurement déclaré indigne, sont nuls. Cette nullité ne peut être opposée à un tiers de bonne foi (al. 2), qui auraient acquis des droits sur les biens héréditaires avant la déclaration d'indignité peuvent se prévaloir de la théorie de l'héritier apparent¹ en ignorant que l'indignité de son cocontractant allait être déclarée (art. 2276 et s, la protection possessoire, la prescription acquisitive, etc.).

SECTION C. La révocation de la donation

I. L'ingratitude à la donation

784. Historique. Le principe de l'irrévocabilité de la donation a été acquis définitivement en France depuis le jugement de 1290 repris par exemple par la coutume de Champagne (Ancienne coutume, art. 41), mais il est soumis à l'exigence du transfert effectif,² mais pas seulement d'une promesse de donner, la règle en la matière se vulgarise et prend la forme d'un adage : « Donner et retenir ne vaut ». À partir du XVI^e siècle, le dessaisissement effectif ne fut obligatoire, mais la promesse de donner oblige à dessaisir et la révocation pour ingratitude de l'époque moderne fut déterminée par la jurisprudence en la confondant aux 14 causes d'exhérédation de la novelle 115 comme le défaut de consentement à mariage³. La question d'affectivité était abordée et retenue dans le domaine des successions sur le projet du Code civil dans son livre 3, et substitue l'ordre légal des affections patriarcales à la place d'une réalité d'affectivités familiales découlant du mariage : le tribun Chabot dans son

¹ TERRÉ François, LEQUETTE Yves et GAUDEMET Sophie, *Droit civil*, Dalloz, 2013, p. 81 ; GRIMALDI Michel, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2011, p. 441 ; C.A de Poitiers, 25/06/1856, DP 1856. 2. 195.

² LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Editions Dalloz, 2010, p. 1411 et s.

³ *Ibid.* p. 1426.

discours a souligné que « celui-là (l'ordre légal des affections patriarcales) doit recevoir l'hérédité, pour lequel le défunt est présumé avoir plus d'affection... Le défunt doit être présumé avoir eu plus d'affection pour celui avec lequel il était uni le plus étroitement par les liens du sang »¹. De nos jours, le défunt par testament ou par donation, et suivant les règles de la quotité disponible et des réserves héréditaires peut toujours privilégier un ou deux des enfants en octroyant une part plus conséquente que les autres. Bref, l'affection trouve sa place dans le droit positif, « indésirable » soit-elle par les opinions de certains juristes, mais elle existe notamment dans les relations hors mariage² « on peut combler d'argent, avec amour, la femme qu'on a conquise... ; mais il ne faut pas établir entre l'argent et l'amour, ou entre l'amour et l'argent, un lien malséant »³, p. ex., faire une donation pour entretenir une relation adultérine. La donation est un contrat à titre gratuit dont le motif est « le seul plaisir de faire du bien »⁴ du donateur, en fondant son geste au mérite d'un service rendu, d'une reconnaissance d'un bienfait, d'une dette morale, puisque sans contrepartie en aval du donataire, l'acceptation forme la convention⁵. Mais, si les libéralités contenant un marché déguisé sont annulables, la jurisprudence n'hésite pas à reconnaître une obligation naturelle⁶ pour réparer un devoir moral ou une obligation civile dans une promesse⁷ non tenue. Désormais, l'art. 953 du CCF énumère les cas exceptionnels de la révocabilité de la donation pour cause d'inexécution de conditions, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants : c'est la deuxième cause exceptionnelle qui nous intéresse particulièrement.

A. La révocation de la donation pour ingratitude en droit français

785. Le droit français a prévu deux sortes de révocation pour ingratitude à la donation entre vifs de l'art. 955 du CCF (dont les causes sont l'attentat à la vie du donateur, les sévices, délits ou injures graves, et le refus d'aliments envers lui : 1°, 2°, 3°) et les legs des articles 1046 et 1047 du CCF. Alors que l'art. 1096 édicte que la donation de biens à venir

¹ Locré, X, p. 222.

² DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, *Modèles et normes en droit contemporain de la famille* : « le mariage se présente comme le modèle et le Code civil comme la norme », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998.p. 281.

³ Requête, 28 octobre 1931, Gaz. Pal. 1931, 2, 933 ; Cass. Civ., 14 novembre 1940, D.H. 1940, 174 ; Paris, 14 juin 1955, J.C.N. 1955, 2, 9303, Montpellier, 13 octobre 1960, RTDCiv, 1961, 348, note Savatier.

⁴ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p. 289.

⁵ DOMAT, Lois civiles, part. 1, liv. 1, titre 1, sect. 1, n° 5 et s.

⁶ Paris, 12 mai 1944, Gaz. Pal., 1944, 2, 67 : « il croit équitable de rémunérer des services ménagers rendus par la concubine ».

⁷ Trib. Seine, 11 mars 1927, D.H. 1927, 262 ; 4 mars 1935, Gaz. Pal. 1935, I, 811

faite entre époux pendant le mariage est toujours révocable, l'al. 2 du même article énonce que la donation de biens présents qui prend effet au cours du mariage, faite entre époux n'est révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958 : enfin, les donations en faveur de mariages ne seront pas révocables (art. 959). Mais, contrairement à l'esprit de la loi de protéger les enfants à naître d'éprouver par ricochet l'ingratitude du donataire, la jurisprudence considère depuis longtemps que : « les descendants ne souffrent pas alors d'une éventuelle révocation pour cause d'ingratitude, puisqu'ils sont appelés à retrouver dans la succession de leur autre parent ce qu'ils perdent dans celle de l'ingrat »¹. Une exception dans une autre : « l'exclusion de la révocation pour ingratitude ne s'applique pas aux donations aux futurs époux »². Cette série d'exception ou d'exclusion ne s'arrête pas, d'autres décisions de justice écartent la révocation pour ingratitude de la donation entre époux pour refus d'aliments, ce qui suppose que le refus d'aliments n'est pas une faute suffisamment grave pour braver cette coutume judiciaire et respecte l'art. 959. Sauf si la fourniture d'aliments est expressément incluse dans les conditions à charge de la donation : le donateur n'aura pas le droit d'agir contre le donataire en paiement d'aliments³. « La donation a sa base dans certains liens d'affection personnelle entre le donateur et le donataire : c'est là sa cause et aussi sa raison d'être permanente »⁴ ; elle est un contrat de bienfaisance, contrairement au contrat à titre onéreux, à titre gratuit par lequel le donateur procure un avantage au donataire qui l'accepte sans contrepartie (service, argent ou autres). Cependant, la révocation de la donation peut être soulevée si le comportement ingrat du donataire coïncide avec la perte de ce lien d'affection personnelle. La loi permet alors au donateur de révoquer l'acte de donation, un devoir de reconnaissance purement moral devient ainsi une condition juridique ouvrant un droit au donateur de revenir sur l'autonomie de la volonté dans un contrat. Le donateur et le donataire pourraient être, le concubin et la concubine, des parents proches, père mère et enfant, adoptant-adopté, collatéraux, grands-parents et petits-fils, le mari et la femme dans

¹ Cass. Civ., du 11 mai 1857, Dalloz périodique, 1857. 1. 215, in TERRÉ François, LEQUETTE Yves et GAUDEMET Sophie, *Droit civil*, Dalloz, 2013.p. 529. ;

² Cass. Civ. du 26 février 1856, D.P (Dalloz périodique) 1856.I.49, 1^{re} espèce ; Cass. Civ. 1^{re}, du 10 mars 1977, Bull. civ. I, n° 109 : « Les descendants retrouvent alors dans la succession de leur autre parent ce qu'ils perdent dans celle de l'ingrat », in MALAURIE Philippe et BRENNER Claude, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ-Lextenso, 2018.p. 281.

³ Cass, Requêtes, 1^{er} décembre 1919, D.P., 1920, 1, 5, note Ripert, in ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929.p. 81.

⁴ HUGUENEY Louis, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse, Dijon, 1904.p. 145.

une donation au dernier survivant, etc. Mais ce que le législateur considère, c'est le lien d'affection qu'existe au moment de la donation et la manifestation de l'ingratitude du donataire (atteinte physique criminelle, délictuelle, injures graves ou refus d'aliments), qui est incompatible, incompréhensible, avec ce qu'il a reçu comme biens ou avantage de la part du donateur.

B. La révocation de la donation pour ingratitude en droit malgache

786. « Les donations familiales, qui sont la forme presque exclusive des donations en pays malgache, demeurent, d'après la coutume, révocables à la volonté du donateur et, de ce fait, sont dites éventuelles. Elles seront donc inscrites dans les ventes provisoires »¹. Si telle fut l'appréciation de l'administration coloniale de la révocation de la donation en droit malgache et selon la coutume : les nouvelles règles qui régissent les donation, legs et testament en droit malgache découlent dorénavant de la loi n° 68-012 du 4 juillet 1968 qui se rapproche des conditions et des motifs de la révocation de la donation du droit français tout en gardant les règles coutumières et de l'autonomie de la volonté du disposant. Désormais, l'art 95, al. 1 définit la donation comme un acte par lequel une personne saine d'esprit dispose, sauf si la loi ou la coutume ne l'en déclarent incapable de tout ou partie de ses biens au profit d'une autre personne qui accepte : l'al. 2 précise que la donation est gratuite et irrévocable. Néanmoins, ladite loi prévoit dans son art. 117 que la donation peut être révoquée par le donateur, soit dans les formes prescrites aux articles 97 et 98 (c'est-à-dire authentique ou authentifié, ou olographe déposé chez le notaire ou l'officier public authenticateur), soit par testament si le donataire a fait preuve d'ingratitude envers le donateur (1°) ou si le donataire, bénéficiaire d'une donation avec charge, s'est abstenu d'exécuter son obligation (2°), et l'al. 2 rajoute que la révocation n'a point d'effet rétroactif si elle intervient pour cause d'ingratitude. La loi malgache écarte la révocation de la donation pour survenance d'enfant sauf au cas où il n'y a pas de biens suffisants pour remplir les droits de ceux qui n'ont pas été compris dans le partage, en matière de donation-partage (art. 124). En droit des successions et des libéralités malgaches, le mélange de la coutume fortement ancrée et le principe du *Masi-Mandidy*, crée la plupart des litiges sur le partage des biens. En effet, selon la coutume, si le donataire devient propriétaire dès l'instant où il manifeste son acceptation, il ne rentrera en possession des biens qu'à la disparition du donateur (le père, la mère ou autres ascendants), ce dernier gardera la jouissance et l'administration des biens jusqu'à sa mort. De ce fait, il pourra à tout moment revenir sur cette donation ou donation-partage (art. 115) pour manquement aux

¹ C.G du 20 juillet 1897 sur l'enregistrement des actes relatifs aux biens passés entre indigènes.

devoirs d'honneur et de respect¹, devoirs de secours et d'assistance : tout compte fait, l'ingratitude est la cause principale du rejet².

C. Les différences de termes et d'action sur la révocation de la donation des deux droits

787. L'une des différences de la révocation de la donation des deux droits est donc procédurale : pour le droit malgache, il n'existe qu'une forme pour la révocation de la donation ; la forme extrajudiciaire (art. 97 et 98), il suffit de se présenter devant le notaire ou l'officier de l'état civil pour déclarer sous forme authentique ou authentifiée la révocation de la donation et de notifier la déclaration au donataire. La donation se porte souvent sur des biens immobiliers, mais peut concerner aussi des biens mobiliers comme les actions dans des sociétés ou des titres. Cette forme de révocation implique souvent une donation faite par un ascendant à un descendant ou entre frère et sœur ou encore au profit d'un étranger. Or la révocation de la donation en droit français pour ingratitude ou pour inexécution des charges n'aura jamais lieu de plein droit (art. 956 du CCF), les dispositions qui suivent impliquent qu'elle doit être prononcée par la justice, à l'inverse la révocation pour la survenance d'enfant semble justifiée par un acte de naissance légalement établi.

788. Puis la grande différence avec la législation française réside en ce que la législation malgache (art. 126, al. 1) permet l'annulation de la donation entre époux par une procédure judiciaire obligatoire si les liens du mariage ont été rompus par un divorce prononcé aux torts du donataire même si la donation a été faite avant le mariage³, l'action est ouverte au donateur et aux héritiers de ce dernier (art. 126, al. 2). Ce qui diffère radicalement des effets de la révocation de la donation qui au lieu de se conformer au droit des restitutions, suivent les

¹ RAHARIJAONA Henri, *Droit civil II : Successions - Testaments - Donations*, Université d'Antananarivo, Etablissement supérieur de Droit, d'Economie, de Gestion et de Sociologie, 1989. ; EOLISOA, « La compatibilité du droit positif malagasy et la règle coutumière antandroy face à la succession », Faculté DEGS Toliara, 2011.

² NJARA Ernest, *L'intégration des coutumes dans le droit moderne à Madagascar*, in *Regards sur le droit malgache*, l'Harmattan Jurid'ika, 2010.p. 90.

³ Cass. Civ. M. du 18 octobre 2019, n° 675 ; C.T du 06/07/2016, n° 804 : En l'espèce, le litige est porté sur la validité de la révocation de la donation d'un bien immobilier avant le mariage faite par le mari à sa future épouse (qui dispose d'un titre définitif), les juges du fond ont jugé moins important la date de la donation, avant ou après le mariage, et se sont basées sur le tort exclusif de l'épouse en précisant que le transfert de propriété a été conclu auparavant entre le vendeur et le mari qui en est le seul propriétaire et non la communauté excluant ainsi l'application de l'art. 123 de la loi n° 60-146 du 03/10/1960 relative au Régime foncier de l'immatriculation, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'épouse dans tous ses moyens.

règles du droit commun de la résolution avec effets rétroactifs. Le moyen mis à disposition par le législateur malgache change dans ce cas et prévoit une sanction beaucoup plus sévère l'annulation de la donation par la procédure judiciaire. Ce qui, en pratique, constitue une deuxième forme de révocation de la donation ouverte exclusivement pour le cas de la donation entre époux et aux héritiers du donateur ayant des conséquences plus graves par la nullité de l'acte de donation et de ses effets rétroactifs, où tout doit être remis dans l'état comme si la donation n'avait jamais eu lieu. Alors que la révocation de la donation n'a point d'effet rétroactif si elle intervient pour cause d'ingratitude (art. 117, 2° al. 2). Enfin, sur les motifs de révocation de la donation pour ingratitude, contrairement à la législation française qui les énumère limitativement, la législation malgache se contente toujours de la cause sans délimiter son contenu laissant ainsi au juge du fond un pouvoir souverain d'appréciation qui échappe au contrôle de la Cour Suprême¹. Ces différences cruciales entraînent l'inversement du titulaire de l'action en justice : en droit français, c'est le donateur qui dépose en justice la demande de la révocation alors qu'en droit malgache c'est le donataire qui doit contester la révocation de la donation.

II. Comparaison des deux sanctions civiles de l'ingratitude à la donation

A. Les différences dans l'exercice de l'action judiciaire

1) Les titulaires de l'action en justice

789. L'action en révocation pour cause d'ingratitude est d'ordre public², personnelle, et a un caractère judiciaire, au sens de l'art. 957, al. 2 du CCF, l'action en révocation appartient seul au donateur contre le donataire, mais pas contre les héritiers du donataire. Mais le texte rajoute une exception aux héritiers du donateur pour demander la révocation contre le donataire, lorsque l'action a été intentée par le donateur ou qu'il soit décédé dans l'année du délit. En d'autres termes, la loi étend la capacité d'ester en justice aux héritiers soit pour la poursuite de l'action engagée par le défunt, soit en leur titre d'héritiers dans l'année suivant le délit si le donateur est décédé. Les héritiers du donateur s'entendent non seulement par ceux réservataires ou privilégiés, mais tous les héritiers successibles, y compris un légataire universel³ et le représentant d'un héritier incapable⁴. L'action en révocation est exclue pour

¹ C.S. de Madagascar du 22 février 2000, n° 200-97-CO.

² Cass. Civ. 1^{re}, du 22 novembre 1977, Bull. civ. I, n° 431 ; RTDCiv. 1978.905, obs. R. Savatier.

³ Cass. Civ. 1^{re}, du 27 janvier 2021, 19-18.278 ; Cass. Civ. 1^{re}, du 2 avril 2014, pourvoi n° 13-12.480, Bull. civ. I, n° 62.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, du 8 mars 1988, Bull. civ. I, n° 63 ; Defrénois, 1988.82, p. 1024, obs. J. Massip.

toute donation en faveur de mariage selon l'art. 959, une exception à cette règle est cependant possible à l'interprétation de l'art. 1096, al. 1 et 2 concernant les donations entre époux pour le dernier survivant et ouvre aux héritiers¹ l'action en révocation de la donation pour ingratitude pour injure grave d'adultère. Si telles sont les règles en matière de révocation de la donation pour ingratitude concernant les titulaires de l'action en justice : en matière de rejet, seuls les père et mère, ascendants ou adoptants peuvent déposer une requête en autorisation du rejet. Le droit de rejet est personnel sans exception, car il ne se transmet pas aux héritiers (art. 90) : il est rattaché à celui qui est présumé avoir exercé l'autorité parentale sauf pour la continuité de la demande de rejet déjà intentée par le rejetant ; de plus, l'ascendant ne peut rejeter un enfant majeur que lorsque ce dernier est orphelin de père et de mère.

2) Sur la prescription de l'action en justice

790. L'art. 957, al. 1 du CCF prévoit que la demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur. Si le motif de l'ingratitude découle d'un comportement caractéristique d'une violation des règles civiles, cette prescription annale court à partir du moment où le comportement ou l'acte incriminé est porté à la connaissance du donateur. Et lorsque le fait reproché constitue une infraction pénale, ce point de départ est retardé jusqu'au jour où la condamnation pénale établit la réalité de ce fait, c'est-à-dire au jour où elle devient définitive². Ce délai de prescription annale de la révocation de la donation n'est susceptible ni de prolongation, ni de suspension, ni d'interruption sous peine de forclusion³. P. ex., le délai court à partir de la connaissance de l'ingratitude, exprimée par l'assignation aux fins d'expulsion et en paiement d'indemnité, par la mère-donatrice de la part de sa fille-donataire d'un terrain sur lequel cette dernière a édifiée deux appartements dont l'un a été occupé par sa mère. L'appel et le pourvoi⁴ actionnés par la mère n'ont pas abouti, car la révocation de la donation pour ingratitude a été invoquée au-delà du délai légal pour la première fois suite à un refus de la révocation de la donation pour inexécution de charges. Il en est de même de la prescription annale de l'action en droit

¹ Cass. Civ. 1^{re}, du 25 octobre 2017, 16-21.136, C.A de Bastia du 25/05/2016 ; Cass. Civ. 1^{re}, du 19 mars 1985, Bull. civ. I, n° 99.

² Cass. Civ. 1^{re}, du 19 mars 2014, Bull. civ. I, n° 43 ; C.A de Reims du 08/02/2013 ; TGI (correctionnel) de Troyes du 23/03/2010 par comparution immédiate, devenu définitif le 03/04/2010, la demande de révocation de la donation introduite le 25/03/2011 était recevable, la révocation prononcée et confirmée.

³ Cass. Civ. 1^{re}, du 18 décembre 2013, Bull. civ. I, n° 246 ; C.A de Riom du 04/09/2012.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, du 1 février 2012, Bull. civ. I, n° 17 ; C.A d'Aix-en-Provence du 09/09/2010.

malgache, cependant, c'est le donataire qui doit introduire une action en contestation du bien-fondé de la révocation de la donation du vivant du donateur et dans l'année de la notification qui lui en a été faite (art. 118), sauf le cas exceptionnel de la demande d'annulation de la donation que nous venons d'aborder où la prescription du délai d'un an court à partir du prononcé définitif du divorce pour faute du donataire ou du décès du donateur.

791. En matière de rejet, la loi n'édicte aucun délai spécial de prescription, mais renvoie aux formes procédurales du Code de procédure civile de l'art. 122 et s. Par conséquent, il faut se référer à la prescription trentenaire du droit commun (supra. **630**) : ainsi, faute d'avoir intenté une action en révocation de la donation dans un délai d'un an, le droit de rejet offre aux parents, ascendants ou adoptants un délai conséquent pour sanctionner l'ingratitude et les manquements aux obligations familiales, y compris pour refus d'aliments.

B. Les points ressemblants au rejet d'enfant

1) Le devoir de reconnaissance

792. Les avis divergent sur le fondement de la révocation de la donation pour ingratitude : d'une part, certains juristes pensent que la révocation pour ingratitude « constitue la sanction du devoir de reconnaissance qui pèse sur le donataire »¹. L'anthropologue suit cette acception en disant que : « la chose reçue en don, la chose reçue en général, lie magiquement, religieusement, moralement, juridiquement le donateur et le donataire », alors que le psychanalyste raisonne sur les faits en avançant que « l'ingratitude et les souhaits de mort sont des représentations constamment liées à la donation »². D'autre part, la révocation de la donation pour ingratitude est avancée comme une peine privée par l'absence d'effets rétroactifs et de ne pas faire supporter par les tiers les conséquences d'une faute à laquelle ils sont étrangers,³ car elle « n'est pas la sanction d'une obligation de reconnaissance : elle constitue une pénalité infligée au donataire ingrat... soumise au principe pénal de la personnalité des peines »⁴ : or « cette explication, sans être inexacte, n'est pas pleinement satisfaisante »⁵ ; le débat est loin d'être clos depuis des siècles.

¹ GRIMALDI Michel, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2011.p. 871 ; TERRÉ François, LEQUETTE Yves et GAUDEMET Sophie, *Droit civil*, Dalloz, 2013.p. 528 ; AUBRY et RAU, T. XI par P. Eismen. p. 26

² MAUSS. M, « Gift, gift », in *Œuvres Complètes*, Éd. Minuit, T. III, 1969, p. 48 ; TOUBIANA E., *L'héritage et sa psychopathologie*, PUF, 1988, p. 63 op. cit, in MALAURIE Philippe et BRENNER Claude, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ-Lextenso, 2018.p. 278.

³ HUGUENEY Louis, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse, Dijon, 1904.

⁴ MALAURIE Philippe et BRENNER Claude.pp. 281 et 286.

⁵ TERRÉ François, LEQUETTE Yves et GAUDEMET Sophie, *Droit civil*, Dalloz, 2013.p. 528.

793. La loi française frappe le donataire par sa qualité avant tout comme la loi sur le rejet malgache vise l'enfant majeur : les deux lois ne se préoccupent pas seulement de l'existence d'une donation antérieure ou d'un service rendu à titre gratuit ou onéreux, mais d'un délit ou d'un manquement à l'obligation d'honneur et de respect de l'auteur par son comportement, son attitude envers le donateur ou le rejetant. Elles se basent d'abord sur un devoir moral de conscience et de reconnaissance qu'une personne doit à son bienfaiteur : que si cette personne a reçu un enrichissement quelconque d'une autre, elle lui doit un respect de son vivant et de sa mémoire. P. ex., les parents ont gratifié un de ses fils en raison d'une affection particulière pendant une période d'abondance, si un jour ils tombent dans le besoin, les deux lois reconnaissent la prévalence de l'aide du gratifié par rapport aux autres collatéraux, sans pour autant demander pour chacun, des parts de participation ou d'aide inégales, mais recommande toutefois une attitude digne de premiers secours, de premiers intervenants. On constate ici la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile, pourvue de sanction civile en cas de manquement : la révocation de la donation. Une décision assez étonnante de la Cour de Paris¹ attire notre attention sur une donation faite d'un homme marié à sa maitresse d'une villa à Royan (bien dépouillé de sa famille légitime), et d'autres biens immobiliers et mobiliers importants. En effet, la Cour a annulé partiellement la donation en reconnaissant l'ingratitude de la maitresse qui rompait avec l'homme marié « après les multiples témoignages qu'il lui avait donnés d'affection et de libéralités »² tout en reprochant à la maitresse de ne pas avoir tenu son devoir de reconnaissance envers son bienfaiteur en rompant et en faisant installer sans hésitation à son tour un autre homme dans la villa reçue en donation du mari infidèle. Mais elle a débouté le demandeur pour les valeurs des biens mobiliers en admettant l'accomplissement d'une obligation naturelle en raison du préjudice subi par la maitresse. Alors que la jurisprudence française reste constante³ sur les donations entre concubins, les libéralités entre amants ne sont interdites à condition que : « les libéralités litigieuses n'aient pas eu, pour cause impulsive et déterminante, l'établissement, le maintien ou la rémunération de relations hors mariage »⁴. Bref, la maitresse est blâmée pour avoir rompu avec son bienfaiteur et pour avoir manqué de respect et de reconnaissance envers lui.

¹ Cour de Paris, 8 juillet 1926, D.H. 1926, 488.

² SAVATIER René, *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 1963.p. 144.

³ Requête, 8 juin 1926, D. 1927, I, 113 Note Savatier ; Cass. Civ., 20 juillet 1936, D.H. 1936, 441 ; Cass. Civ., 14 novembre 1961, Gaz. Pal., 17-20 mars 1962, RTDCiv, 1962, p. 374, note Savatier.

⁴ SAVATIER René.p.142.

794. De notre part, nous avons écarté l'idée de peine privée du rejet, au sens qu'elle constituait une privation de liberté à l'initiative d'une personne privée dans l'ancienne législation du rejet, mais pas une peine privée par le principe de la personnalité de la peine et de la privation d'un bien patrimonial. En effet, nous pensons que la révocation de la donation pour ingratitude et le rejet se fondent avant tout à l'existence antérieure d'une affinité, d'une affection ou d'une relation intime et familiale entre les deux parties concernées, autrement dit d'un lien étroit entre les parties et d'un acte juridique, donation ou obligation familiale, basés sur un devoir de reconnaissance dont la violation volontaire constitue des motifs graves réprimés par des sanctions civiles de la révocation pour ingratitude et du rejet.

2) Les motifs graves pour ingratitude à la donation du droit français

795. Nous avons vu que les motifs d'ingratitude sont limitativement énumérés par l'art. 955 du CCF : l'atteinte à la vie du donateur ; les sévices, délits ou injures graves ; enfin, le refus d'aliments. Les dispositions de cet article délimitent restrictivement les motifs graves ouvrant à la demande de révocation de la donation pour ingratitude, ce que le législateur malgache n'a pas précisé en la matière. Mais les règles en matière de rejet sous d'autres formulations d'obligations d'honneur, de secours et d'assistance, et de respect nous renvoient nécessairement à ces motifs d'ingratitude que nous venons de citer.

796. L'attentat à la vie du donateur suppose l'intention malveillante de la part du donataire : de porter volontairement des atteintes physiques ; de coups et blessures, de violences ou voies de fait ayant entraîné ou pas la mort du donateur. Cette disposition contrairement à l'indignité successorale ne nécessite pas forcément une condamnation, mais que les faits reprochés doivent être imputables au donataire, le défaut de soins et d'assistance ne constitue pas un attentat¹. Cette imputabilité des faits au donataire, entraînant la mort ou pas du donateur ou de simple tentative, doit découler de la volonté d'une personne lucide et saine d'esprit au moment des faits. En effet, une personne ayant perdu sa lucidité² ou de sa capacité mentale³ ne serait être responsable de ses actes, écartant ainsi la demande de révocation de la donation pour ingratitude. P. ex., dans ce dernier cas, une mère de 74 ans a été frappée à coups de

¹ Cass. Civ. Requête du 1^{er} décembre 1885, D.P. 1886. I. 222 ; Sirey. 1886. I. 100, in MALAURIE Philippe et BRENNER Claude, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ-Lextenso, 2018.p. 282.

² C.A de Dijon, du 17 juillet 1872, Sirey 1873. 10, in GRIMALDI Michel, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2011.p. 872.

³ C.A de Montpellier, 1^{re} Chambre, section A01, du 1^{er} mars 2012, RG n° 10/08307, TGI de Narbonne, du 23 septembre 2010, Répertoire Général n° 09/690.

poings et de pieds par son propre fils, laissée ensanglantée et inanimée dans sa cuisine après avoir refusé de lui donner 20 €. Le fils étant diagnostiqué par l'expert comme atteint d'une schizophrénie paranoïde avec des thèmes délirants de persécution, mis sous curatelle après avoir été exempté de poursuite pénale et placé dans un hôpital psychiatrique. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge en première instance déclarant qu'il est démuné de son intégrité des facultés intellectuelles. Le motif d'ingratitude ne peut être retenu par le seul fait de la commission d'un acte considéré *in abstracto*, les dispositions de l'art. 955 « ont pour finalité de sanctionner un comportement fautif et traduisant un état d'esprit contraire au sentiment de gratitude, de reconnaissance que doit avoir le donataire à l'égard de celui qui l'a gratifié ». Il en va de soi pour les motifs du rejet qui nécessite cette volonté malveillante de transgresser sciemment les obligations familiales d'honneur et de respect envers les parents et aînés.

797. Sévices, délits ou injures graves. Dans cette deuxième catégorie de cas ouvrant la révocation pour ingratitude, l'appréciation souveraine des faits par le juge s'apparente le plus important. Si les sévices sont désignés comme de « mauvais traitements physiques, non sanctionnés par la loi pénale »¹ à l'opposé des délits : les deux cas doivent toucher nécessairement le donateur soit sur sa personne physique, soit sur ses biens. Ainsi, si les délits sont constatés par une décision de justice par des faits de vols, d'abus de confiance et de violences physiques aggravées ou voies de fait², les faits constituant les délits sont beaucoup plus lisibles en droit que les mauvais traitements. D'ailleurs, il est regrettable que des faits de violences³ ou de mauvais traitements envers les parents, soient laissés impunis par l'ingratitude, car parfois ils sont jugés non graves pour constituer des infractions délictuelles

¹ GRIMALDI Michel.p. 872.

² En l'espèce, la mère a donné des parts sociales à son fils, quelques années plus tard ce dernier a commis des violences sur sa mère et condamné par le tribunal correctionnel de Troyes, le moyen au pourvoi reproche à l'arrêt attaqué du grief d'avoir repoussé le délai d'un an à compter de la date où la condamnation est devenue définitive, en invoquant une fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action en révocation : Cass. Civ. 1^{re}, du 19 mars 2014, Bull. civ. I, n° 43 ; C.A de Reims du 08/02/2013, suscité.

³ Cass. Civ. 1^{re}, du 16 juin 1998, n° 96-15.366, Bull. civ. I, n° 209 : « attendu qu'après avoir énoncé, à bon droit, qu'en cas de violences physiques sur la personne du donateur, la révocation de la donation pour ingratitude ne peut être prononcée que si ces faits ont un caractère de gravité suffisant, l'article 955 du Code civil n'établissant pas de distinction entre les différentes causes énumérées à son deuxième alinéa, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a estimé qu'en l'espèce les faits invoqués à l'appui de l'action en révocation, qui s'inscrivaient dans un contexte familial très conflictuel, ne revêtaient pas un tel caractère... » ; J.C.P G 1999. I. 332, n° 7, obs. R. de Guidec ; RTDCiv. 1998.965, obs. J. Patarin ; C.A de Rennes, du 27/02/1996 ; à rapprocher Cass. Civ. 1^{re}, du 19 mars 1985, Bull. civ. I, n° 99.

et le caractère répétitif de mauvais traitements n'est pas non plus avéré, même si l'intention délictuelle constitutive d'une infraction est caractérisée : écartant de ce fait la révocation de la donation pour ingratitude. De plus, les circonstances des violences doivent être analysées, car les juges du fond considèrent notamment que l'ambiance délétère « des comportements habituels des uns et des autres »¹ dans la famille pourrait découler initialement des mauvais traitements des enfants par le père, entremêlés avec de demande de pardon acceptée et suivie de donation², en dehors de tous vices de procédure. Ainsi, le juge doit constater non seulement l'intention nuisible du donataire qui constitue une faute grave d'ingratitude et de manquement de devoir de reconnaissance et de respect. Mais encore il apprécie souverainement la gravité des faits³ : d'un vol et abus de faiblesse⁴, d'abus de confiance ou d'un détournement de biens, de plus encore faut-il que les faits atteignent directement la

¹ Cass. Civ. 1^{re}, du 14 janvier 2003, Bull. civ. I, n° 5, p. 4, Dr. Fam. 2003, n° 34, note Beignier Bernard, RTDCiv. 2003.530, obs. J. Patarin, in TERRÉ François, LEQUETTE Yves et GAUDEMET Sophie, *Droit civil*, Dalloz, 2013.p. 530.

² Cass. Civ. 1^{re}, du 11 octobre 2017, 16-19.057, Inédit ; C.A de Nîmes du 19 mai 2016 ; TGI de Charleville-Mézières, du 03/04/2015, suscités. Dans le même sens, le pardon est présumé, car : « il résulte de l'article 955 du Code civil que la révocation d'un acte de donation pour ingratitude ne peut être prononcée que pour des faits commis par le donataire postérieurement à sa réalisation », Cass. Civ. 1^{re}, du 9 janvier 2008, Bull. civ. I, n° 3, p. 2 ; C.A de Grenoble, du 20/03/2006.

³ C.A de Toulouse, du 29 juin 2023, RG n° 20/02493, 1^{re} chambre, sect. 2 : TJ de Toulouse du 26/05/2020 : dans les faits, parents et enfants connaissaient, postérieurement à une donation faite par les premiers, des relations violentes, insultantes, et de fait d'injures. La révocation de la donation a été déclarée et confirmée.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, du 6 juillet 2016, 15-16.323, 15-16.471, Inédit ; C.A de Versailles, du 15 janvier 2015. Dans les faits, une femme a fait une donation à son compagnon de l'usufruit et de la nue-propriété d'un appartement et des meubles s'y trouvant, le compagnon lui a fait droit d'usage de l'appartement. Les enfants de la femme âgée ont déposé plainte pour abus de faiblesse quelques années plus tard en découvrant la supercherie, par suite de l'information judiciaire ouverte par le Procureur de la République, la dame a été placée sous tutelle, le tuteur a été autorisé à se constituer partie civile et a demandé la révocation des donations pour ingratitude en avançant l'insanité d'esprit de la donatrice. Quelques années plus tard, la dame décède et le compagnon a été condamné des chefs de vols et d'abus de faiblesse. Les enfants reprenant l'instance ont été déboutés par l'arrêt attaqué de leur demande pour non-fondement du moyen, car selon la Cour, il n'est pas établi que la donatrice était au moment des actes litigieux atteinte d'insanité mentale. Cependant, la Cour a estimé, compte tenu de la condamnation du compagnon des faits de vol, que le tuteur s'est constitué partie civile avant même que les faits de vol soient reconnus, a décidé de révoquer les donations et ordonné le compagnon de quitter les lieux.

Dans le même sens, rejet du pourvoi, par le fait que les juges du fond ont apprécié souverainement qu'il n'est pas établi que la donatrice n'était pas saine d'esprit au moment de l'acte de donation : Cass. Civ. 1^{re}, du 4 mars 2015, 14-13.278, Inédit ; C.A de Nîmes du 12/12/2013.

personne ou les biens du donateur. En effet, la Cour de cassation¹ a cassé l'arrêt attaqué en précisant : « qu'il résulte de ce texte [art. 955] que la révocation d'un acte de donation pour ingratitude ne peut être prononcée que pour des faits commis à l'encontre du donateur ». Dans les faits, le père a fait à ses enfants une donation-partage, notamment des parts sociales des sociétés qu'il a créées, mais a gardé l'usufruit. Le fils, dirigeant dans les sociétés de son père titulaire de 66 % des actions, a été reconnu coupable d'abus de biens sociaux, abus de confiance et complicité d'abus de confiance au préjudice des sociétés créées par son père. Par suite de cette condamnation, le père a demandé la révocation de la donation pour ingratitude que les juges du fond ont donnée droit, or les juges du droit ont constaté la violation de la loi. À l'inverse, les injures graves commises envers le donateur sont des motifs de révocation pour ingratitude alors que les faits litigieux découlent des cas similaires où les enfants ont reçu la nue-propriété des parts sociales de leur père qui gardait l'usufruit. Dans les faits, le père demandait à ses enfants de proroger la société alors que ces derniers s'y opposaient, si la simple mésentente ne constitue en elle-même une injure, les effets entraînant la disparition de l'usufruit du père et de la dépossession totale de son droit aggravent les faits puisque les enfants comptent recueillir leurs parts sans s'en soucier du donateur, les juges du fond ont déclaré la révocation de la donation pour injure, confirmée par la Cour de cassation². Contrairement à l'interprétation stricte de l'injure par le droit pénal, « il faut entendre les offenses et blessures tendant intentionnellement à atteindre le donateur dans son honneur et sa réputation »³, et elle peut se manifester par des paroles ou des actes⁴. L'assignation aux fins d'expulsion de ses propres parents constitue un acte d'ingratitude qui s'est prolongé dans le temps ou de plusieurs faits d'ingratitude retenus par les juges du fond. Ainsi ces derniers repoussent le délai annal d'action en révocation au moment où le dernier des faits constitutifs d'ingratitude a cessé, la Cour de cassation considérant que « l'action aux fins d'expulsion... avait un caractère instantané » où commence à courir le délai préfix d'un an, a jugé que la cour d'appel a violé, par fausse application l'art. 957 du CCF. L'appréciation du juge de la

¹ Cass. Civ. 1^{re}, du 30 janvier 2019, Bull. civ. I, n° 18-10.091 (P), cassation partielle sans renvoi, précise : « qu'en statuant ainsi, alors que [le donataire] ayant été définitivement condamné pour des infractions commises au préjudice des sociétés [créées par son père] et non pour des faits commis envers les donateurs, ces délits n'étaient pas de nature à constituer l'une des causes de révocation légalement prévues, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; C.A de Grenoble du 08/11/2017.

² Cass. Civ. 1^{re}, du 9 février 1994, Bull. civ. I, n° 52 ; RTDCiv. 1994.397, obs. J. Patarin.

³ TERRÉ François, LEQUETTE Yves et GAUDEMET Sophie, *Droit civil*, Dalloz, 2013.p. 530.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, du 20 mai 2009, Bull. Civ. I, n° 97, C.A d'Aix-en-Provence du 15/01/2008.

gravité de l'injure est plus que sollicitée, certains propos ne sont pas jugés graves comme « traiter ses parents d'ignobles, son père de sale crapule, parce que ces mots traduisent son dépit d'avoir vu ses parents agir en justice contre lui »¹ ou de « ma mère est mourante, je n'ai pas envie d'attraper des microbes... il n'irait plus voir sa mère, que ce qui compte pour lui c'est sa femme, sa mère, il s'en fout »². Une application de l'injure grave entre époux³ concerne l'adultère : les héritiers du défunt sont habiles à agir en révocation de la donation pour le dernier vivant faite au profit de l'épouse du mari trompé qui s'est donné la mort après avoir connu les faits, « très attaché à son épouse, avait vécu douloureusement ainsi qu'il s'en était ouvert auprès de ses proches auxquels il avait confié ses doutes, la cour d'appel, qui a caractérisé la gravité de l'injure faite à ce dernier, a légalement justifié sa décision »⁴.

798. Refus d'aliments. Nous avons largement étalé les règles sur les obligations alimentaires : dans ce contexte, nous apportons quelques précisions sinon des cas pratiques. Entre époux, la justice semble bien écarter ce motif : d'une part, c'est la différence entre la pension alimentaire et le devoir de secours, d'assistance et de respect ; des obligations nées d'un contrat de mariage et de la donation entre époux pendant le mariage. D'autre part, la sanction des manquements aux obligations nées du mariage semble bien contenir une hiérarchie des fautes pouvant être prises pour ingratitude. En effet, si l'injure grave faite à l'un des époux par l'adultère constitue bien un motif d'ingratitude de la révocation de la donation, le refus d'aliments suit la règle de l'irrévocabilité de la donation en faveur de mariage de l'art. 959. Or dans les autres rapports de donation entre membres de la famille, « le refus d'aliments constitue un cas de révocation des donations »⁵. Le devoir de reconnaissance qui

¹ C.A de Lyon, 23 mai 1973, D. 1976.14, n. crit. J-F Vouin ; Defrénois 1975, art. 31002, m.n.

² C.A de Grenoble, 13 juin 2023, RG n° 21/04295 : TJ de Vienne du 30/09/2021, l'arrêt confirme la non-gravité des faits pour ingratitude à la donation en avançant que : « Il faut entendre par injures non seulement les paroles injurieuses, mais aussi les offenses et blessures, au sens large du terme, tendant intentionnellement à atteindre le donateur dans son honneur et sa réputation, et présentant un caractère de gravité... le reproche essentiel étant en réalité une absence de visites et de prise de nouvelles de la part de M. [Z] auprès de sa mère, ce qui témoigne certes d'ingratitude, mais ne peut constituer une injure, s'agissant d'une attitude négative et non constituée par des faits positifs », et rejette l'appel du jugement refusant la révocation de la donation pour ingratitude.

³ C.A Nîmes, du 24 octobre 1945, JCP. 1946. 3050 ; Cass. Civ. 1^{re}, du 19 mars 1985, n° 84-10.237, Bull. civ. I, n° 99, in GRIMALDI Michel, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2011.p. 872.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, du 25 octobre 2017, n° 16-21.136, C.A de Bastia du 25/05/2016, suscités.

⁵ REVEL, *La révocation des donations pour refus d'aliments* : RTD. Civ. 1979, 276, in BÉNABENT Alain, *Droit civil, La Famille*, Juris-Classeur, 11^e édition, Litec, Groupe LexisNexis, 2003.p. 571 ; C.A de Paris, du 15 décembre 1955, D. 1956. 128.

pèse sur le donataire le rend coupable d'ingratitude lorsque, le donateur étant dans le besoin, il lui refuse les aliments que ses ressources lui permettraient de fournir¹. La demande de révocation de l'adoption pour refus d'aliments doit être précédée d'une demande de pension alimentaire expressément formulée par le donateur, le cas échéant par l'injonction de la justice (de fournir des justificatifs : avis d'impôts, bulletin de salaire, etc.) pour détailler les besoins du donateur et les moyens du donataire. Cette première condition entraîne l'établissement des besoins réels du donateur en fonction desquels est fixée la pension, le refus d'aliments est alors constaté si les moyens du donataire lui permettent d'exécuter ses obligations, mais qu'il décide par mauvaise foi, par sa volonté de ne pas faire ou de n'attribuer que partiellement la pension². Si le donateur et le donataire ne sont pas tenus d'obligations familiales légales, entre ascendants et descendants, et notamment des obligations alimentaires, la révocation de la donation pour ingratitude est « la seule sanction du refus d'aliments ne se rattache pas à la résolution pour cause d'inexécution, mais constitue une peine privée »³. Les motifs graves pour ingratitude à la donation font partie intégrante de ceux du rejet où l'appréciation de la volonté de porter atteinte aux parents, ascendants, adoptants ou à la famille dans leur intégrité physique ou morale que dans les rapports patrimoniaux, revient souverainement au juge du fond, même si les motifs sont avérés il faut les contextualiser pour leur gravité.

3) Sur les effets à caractère patrimonial

799. La finalité de la révocation de la donation est principalement et uniquement à caractère patrimonial, elle est conditionnée par une donation de biens mobiliers ou immobiliers dont la restitution constitue l'aboutissement de la demande prononcée par la justice pour des causes strictement prévues par la loi. Les effets de la révocation sont entièrement commandés par l'idée de sanction personnelle⁴ et ne touchent pas les tiers, le donataire conserve les fruits jusqu'au jour de la demande (art. 958, al. 1)⁵. En matière de rejet, l'art. 84 donne au rejetant la faculté de demander la restitution des choses qu'il avait données au rejeté si elles existent

¹ TERRÉ François, LEQUETTE Yves et GAUDEMET Sophie, *Droit civil*, Dalloz, 2013.p. 531.

² Cass. Civ. 1^{re}, 23 septembre 2015, n° 14-21.135, Inédit ; C.A de Douai, 16/06/2014 suscités.

³ MALAURIE Philippe et BRENNER Claude, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ-Lextenso, 2018.p. 283.

⁴ GRIMALDI Michel, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2011.p. 874.

⁵ Art. 958, al. 1 prévoit en ce sens que : « la révocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire ni aux hypothèques et autres charges réelles, pourvu que le tout soit antérieur... de la demande en révocation ».

encore en nature dans le patrimoine de ce dernier, mais dans l'état où elles se trouvent au jour de la déclaration du rejet et non de la demande. Le jour de déclaration du rejet coïncide avec celui de la déclaration du rejet devant l'officier de l'état civil et non par le prononcé du jugement autorisant le rejet : mais entre ce décalage de temps, le rejeté ne pourrait-il déjà s'en débarrasser ou de dissimuler les choses données s'il ne s'agit pas de biens immobiliers ? Cette faculté accordée au rejetant de réclamer les choses n'ont pas d'effet rétroactif, le rejetant ne pourra pas réclamer l'usufruit du bien donné ni recourir après un tiers acquéreur du bien : ce qui nous semble raisonnable afin d'éviter tout abus de la part du rejetant. Contrairement à la révocation de la donation, la restitution du bien donné n'est pas le but en soi du rejet : la loi ne prévoit que la faculté d'exiger la restitution des biens en nature, ce qui écarte formellement les biens en numéraire, c'est-à-dire les dons en argent. En matière de rejet, tout dépend de la volonté du rejetant de réclamer les biens donnés ou de les laisser définitivement au rejeté, alors que la restitution du bien donné par la révocation dépend de la décision du juge.

SECTION D. L'exhérédation

800. L'histoire du droit français des successions nous montre que l'exhérédation n'est plus possible en France depuis la Convention¹ de la fin du XVIII^e siècle, les décrets du 7 mars 1793 et du 17 nivôse an II rendaient infime également la part de la quotité disponible en interdisant en plus de la possibilité de son attribution à un successible. Avant cette époque marquante de l'évolution des lois successorales, c'était l'absolutisme du pouvoir paternel sur son patrimoine et sur celui de l'enfant qui régla les successions et les libéralités. Un petit rappel suite à l'affaiblissement de la puissance paternelle du droit romain accueilli en France au XVI^e siècle qui temporisa déjà le droit absolu de disposition des biens de la famille par le père², et qui ressemble au principe du *Masi-mandidy* malgache dans une comparaison diachronique. Les dispositions de l'ancien régime français sur la recherche de paternité n'accordaient à la mère et/ou à l'enfant issu de la filiation naturelle qu'une créance alimentaire, l'enfant n'avait aucun droit de succession³. L'unification du droit successoral depuis le Code napoléon à nos jours, en considérant quelques modifications sur la part de la

¹ Dont les dernières modifications apportées par le décret du 9 fructidor an III.

² Par exemple : Dans la coutume de Montpellier, l'art. 59 de 1204 déclare que « le père peut donner tout ce qu'il veut (*quicquid voluerit*) et il faut toujours obéir à la volonté des parents », in LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Editions Dalloz, 2010.p. 1346.

³ CHEVALIER Georges, *La recherche de la paternité naturelle en droit français (Etude sur la loi du 16 Novembre 1912)*, Faculté de droit, 1917.p. 13.

réserve et par conséquent de la quotité disponible, exprime le choix des législateurs successifs en confirmant la réserve héréditaire et la quotité disponible au détriment de l'absolutisme de la règle successorale, et de donner «la préférence à l'égalité sur la liberté», malgré les réticences de quelques auteurs dont M. Le Play et M. Vernet¹. En phase avec le maintien de la réserve par le Code, ses partisans comme M. Jean-Jacques Rousseau et les autres députés de la Constituante confirment l'idée que «la propriété meurt avec l'homme et ne peut, par conséquent, dépendre de la volonté de son propriétaire décédé»², en dénigrant même le droit de tester qui maintiendrait selon eux l'aristocratie. L'analyse de ces acceptions pourrait démontrer que l'Homme est né héritier de ses parents : le fait de voir le jour et d'être viable rend l'enfant héritier avant même qu'il fasse preuve d'une qualité au droit à l'héritage de ses parents. Sauf que si un des parents ou les deux parents meurent avant même qu'un enfant atteigne la majorité ou l'âge de discernement au mieux, l'administration du patrimoine revient à l'ainé ou à la tutelle, dont la continuation de l'activité des parents et la conservation du patrimoine familial. Pendant ce temps l'enfant mineur héritier ne s'en soucie de rien, c'est à l'ainé sinon aux aînés que les droits et obligations familiales sont chargés sans pour autant pouvoir demander une répétition de la reconnaissance de leurs bienfaits, ou réclamer un rapport plus tard sur l'héritage de l'enfant devenu majeur. Une matière à réflexion !

801. Et l'évolution du droit des successions en France ne cesse d'étonner où en 2006 la réserve des ascendants a été annihilée au profit du conjoint survivant en l'absence de descendants. Nous nous posons la question si le « droit au respect des parents, ascendants, et aînés » ne trouve plus sa place en France où l'État doit assurer le devoir familial réciproque, de caractère subsidiaire³, « envers ceux auxquels on a donné la vie, mais aussi, à défaut de ceux-ci, envers ceux de qui on l'a reçue »⁴. Nous allons voir la possibilité d'une autre sanction civile de privation de droit dans le régime successoral français.

¹ « Ce n'est pas assez de nourrir nos enfants, de les élever, de les aider et secourir pendant notre vie ; il faut encore leur fournir le moyen de conserver l'existence que nous leur avons donnée, assurer leur avenir en leur laissant une portion de nos biens », VERNET, Traité de la quotité disponible, p. 3, cité par F. Mourlon, Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon, 6^e édition, 1863, tome 2, p. 283, in GARÉ Thierry, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Editions du Centre national de la recherche scientifique : Diffusion, Presses du CNRS, 1989.p. 303.

² LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André.p. 1351.

³ DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998.p. 283.

⁴ TERRÉ François, LEQUETTE Yves et GAUDEMET Sophie, *Droit civil*, Dalloz, 2013.pp. 636-637.

I. L'exhérédation sur la quotité disponible

802. L'exhérédation est la disposition par laquelle le testateur prive ses héritiers des droits que leur accorde la loi dans sa succession¹, telle disposition n'est possible en droit successoral français que sur la quotité disponible, du moins si le *de cuius* est Français, réside en France et que les biens s'y trouvent également. La division en deux masses de la succession, en une portion disponible et en une autre réserve s'applique en présence d'héritiers réservataires que la loi protège, en l'occurrence des descendants en ligne directe (sauf le cas de l'enfant adopté simple qui peut être exhéredé par les parents de son adoptant) et de conjoint survivant. En effet, l'adopté simple reste membre de sa famille biologique et par conséquent garde ses droits successoraux envers elle. Dès lors, ses grands-parents adoptifs peuvent l'exhéredé² par les libéralités accordées à des tiers même s'il est réservataire de son adoptant, une option : « laisser faire la loi (droits *ab intestat*) et leur petit-enfant de l'adoption simple viendra à leur succession [ou] utiliser les pouvoirs de la volonté, et le petit-fils adoptif pourra être exhéredé »³. Si la réserve est de principe hors de portée d'une affectation volontaire par le défunt, la quotité disponible pourra être attribuée par ce dernier à toute autre personne que les réservataires par sa propre volonté. Un des changements ou de précision apportée par la loi du 23 juin 2006 concerne l'art. 924 qui consacre la réduction en valeur des dispositions universelles : ainsi, « lorsque la libéralité excède le disponible, le gratifié doit indemniser les réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité. ». Des problèmes juridiques considérables surgissent toutes les fois où un légataire universel reçoit une part plus importante que les réservataires. Autrefois, le droit avait conservé le principe de la réduction en nature des libéralités : l'art. 924 pose ainsi comme principe la réduction en valeur⁴. Soucieux de l'égalité des parts des héritiers réservataires, au détriment de la volonté du *de cuius*, le droit français des successions et des libéralités impose des techniques juridiques de rapport et de réduction des avantages laissés par le défunt à celui qui mérite plus qu'un autre enfant. Et c'est la source des divisions des familles puisque chaque enfant n'a pas apporté forcément d'une manière égalitaire l'accomplissement de son devoir et de l'édification du

¹ PONSARD A., *Quelques remarques sur les clauses d'exhérédation*, Mélanges Pierre Voirin, LGDJ, 1967, p. 666 et s., op. cit., in GRIMALDI Michel, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2011.p. 915.

² Cass. Civ. 1^{re}, 15 juillet 1975, Bull. civ. I, n° 239 ; D. 1975. 757, note M. Donnier sur la légitimation de l'exhérédation d'un petit-enfant adopté ; 1 mars 1977, n° 113 sur intransmissibilité de la qualité de réservataire.

³ GARÉ Thierry, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Editions du Centre national de la recherche scientifique : Diffusion, Presses du CNRS, 1989.p. 305.

⁴ Même si les lois n° 61-1378 du 19 décembre 1961 et n° 71-523 du 3 juillet 1971 la permettaient déjà.

patrimoine du défunt. Une autre philosophie de la solidarité familiale ou du « devoir social de transmettre ses biens »¹ (finalité de la réserve héréditaire) et de l'égalité dans le partage plutôt que renforcer celle-ci dans l'assurance des obligations et devoirs familiaux. Toutefois, le testateur peut par un testament-partage (art. 1075 à 1080 du CCF) imposer à ses enfants une répartition de ses biens selon sa volonté ou par des legs rapportables sur la réserve et les déshériter de la part disponible en favorisant un étranger ou une personne morale caritative par legs particulier ou universel. Si l'exhérédation des héritiers réservataires est quasi impossible en droit français dans la limite de la réserve, la volonté du *de cuius* de disposer de la quotité disponible reste entière par l'institution d'un légataire particulier en excluant les réservataires : de même, il existe bien des testaments avec des conditions d'exécution ou à charge, comportant une exhérédation totale ou partielle des héritiers non réservataires.

II. L'exhérédation dans le testament

803. Le droit de succession et des libéralités en France ne sont pas des moins complexes à l'égard du droit malgache : en effet, la fraction réservée du patrimoine du défunt ne peut faire l'objet d'aucune libéralité (art. 913 et 920 du CCF) ni de stipulation à charge (art. 1048). De fait, toutes dispositions testamentaires visant à écarter ou à exhériter un conjoint survivant ou un descendant, ayant la qualité de réservataires, peut encourir une action en rescision, c'est-à-dire pour vice radical. En pratique, « la diversité et la gravité » du contenu des dernières volontés du défunt semblent rendre encore plus compliquées de faire un aperçu ou d'en trancher sur l'exhérédation dans ce régime du patrimoine familial. Si de prime abord, l'exhérédation est impossible au-delà du disponible, « le testateur peut écarter ou corriger la dévolution légale au moyen de legs préciputaires qui tantôt exhérent l'ensemble de ses héritiers, tantôt brisent l'équilibre de leurs vocations *ab intestat* »². Par ailleurs, l'exhérédation des héritiers non réservataires doit être expressément contenue dans l'acte de volonté du testateur ou formellement par un codicille ultérieur, l'omission d'énoncer un des collatéraux privilégiés ne l'implique pas³, ce dernier vient en concours avec les institués.

¹ TERRÉ François, LEQUETTE Yves et GAUDEMET Sophie, *Droit civil*, Dalloz, 2013.p. 618.

² GRIMALDI Michel, *Les dernières volontés*, in *Droit civil, procédure, linguistique, juridique, Écrits en hommage à Gérard CORNU. Textes réunis et publiés par BEAUCHARD Jean et COUV RAT Pierre*, PUF, 1994.p. 183.

³ Cass. Civ. 1^{re}, 5 décembre 2012, n° 11-16.351, Inédit : « Attendu que c'est par une appréciation souveraine des dispositions testamentaires de la défunte que la cour d'appel a estimée, sans encourir aucun des griefs du moyen,

A. Par les clauses pénales

804. On constate souvent l'existence de l'exhérédation conditionnelle en forme de clauses pénales : disposer indirectement des droits de ses héritiers ; c'est-à-dire désigner par legs la répartition des biens tout en le conditionnant à un partage de la succession selon des modalités qu'il définit¹. Les clauses pénales souvent inscrites dans les testaments, comme en droit successoral malgache², stipulent que : « toute contestation de la part d'un héritier entraînera la suppression de son héritage »³. En l'espèce, le testateur a laissé pour héritiers deux petites nièces non réservataires et des légataires institués par testament olographe, ces premières ont sollicité la révocation de la donation pour ingratitude des légataires, mais ayant été déboutées par la justice. Les légataires ont par la suite assigné les deux petites nièces en délivrance de leurs legs : la Cour d'appel les a déboutés sur la part d'héritage des deux petites nièces en décidant que la clause d'exhérédation ne saurait trouver application, l'arrêt retient que la demande en révocation du legs pour cause d'ingratitude intéressait l'ordre public. La Cour de cassation reproche à l'arrêt attaqué d'avoir violé les textes concernant des clauses pénales en contestation du testament. Que celles, qui ont été déboutées de leur demande en révocation de la donation « devaient subir, dans toutes ses conséquences, la condition qui, de la part du testateur, avait pour objet de prévenir une contestation infondée »⁴. Cependant, la Cour de cassation⁵ a apporté, plus tard, des limites à l'application des clauses pénales surtout lorsqu'elles portent une atteinte excessive au droit d'agir en justice, conformément à

en se fondant sur les éléments intrinsèques de l'acte qu' [une sœur de la testatrice]..., célibataire sans enfant, n'avait pas été exhéredée » ; C.A de Bastia du 08/12/2010, n° 06/01186.

¹ SAVATIER René, *Le partage conjonctif d'ascendant par voie testamentaire*, Répertoire Defrénois, 1929, art. 22048, op. cit. par GRIMALDI Michel, *Les dernières volontés*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard CORNU. Textes réunis et publiés par BEAUCHARD Jean et COUVRET Pierre*, PUF, 1994, p. 184.

² P. ex. : Testament public, n° 6 du 05/12/1931, enregistré à Subdivision de Tamatave-Brickaville ; legs avec exhérédation, acte n° 36 du 05/11/1925 à Tamatave-Ville ; rejet et exhérédation expresse, acte n° 2 du 11/02/1926 à Tananarive-Analamahitsy ; Testament public, n° 19 du 17/01/1929 : « Izay manohitra izao didiko izao ka mandà izao dia tsy manana, fa miverina ho an'izay tsy manohitra sy tsy mandà ny anjarany... » (Celui qui conteste ma volonté sera déshérité, sa part reviendra à ceux qui ne s'y opposent pas).

³ C.A de Rennes du 04/05/2004, testament olographe du 21 mars 1990.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 20 février 2007, n° 04-16.461, Bull. civ. I, n° 74, p. 65 ; RTDCiv. 2008-1, p. 134, note M. Grimaldi.

⁵ Cass. Civ. 1^{re}, du 13 avril 2016, n° 15-13.312, D. 2016. 896 ; AJ fam. 2016.275, obs. J. Casey ; Cass. Civ. 1^{re}, du 16 décembre 2015, n° 14-29.285, D. 2016.578, note Le Bars ; RTDCiv. 2016-2, p. 424, note M. Grimaldi.

l'article 6, § 1, de la Conv.EDH, ou au droit de demander le partage consacré par l'article 815 du CCF, désormais, elles sont considérées comme non écrites.

805. Les clauses pénales peuvent découler également d'une manière indirecte, non pas d'un testament, mais d'une manœuvre délibérée de détourner l'ordre de succession légale et de la réserve héréditaire par un autre acte juridique, en l'occurrence de l'adoption simple. P. ex., le *de cuius* avait adopté deux jeunes filles majeures dont l'une avait une relation avec lui : les juges du fond, en autorisant la tierce opposition aux fins de révocation de l'adoption, ont motivé leur décision en invoquant que l'adoptant « avait ainsi sciemment omis d'informer le tribunal de la présence d'enfants nés de son mariage, héritiers réservataires avec lesquels il était en conflit ouvert, notamment dans la procédure en révocation de donations pour ingratitude qui l'opposait à eux » : la Cour de cassation¹ reconnaît ; « c'est parce qu'elle visait à amputer sérieusement les droits successoraux intangibles des enfants du sang que la fraude est caractérisée ». Enfin, l'exhérédation légale des collatéraux privilégiés n'ouvre pas la représentation aux descendants de ces derniers² : « la loi ne prévoit pas la représentation de l'héritier exhéredé par testament, la cour d'appel a violé les textes susvisés (art. 752-2 du CCF) ». La Cour de cassation, casse et annule en toutes ces dispositions l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles³ qui retient que l'indignité successorale s'assimile à une exhérédation légale et que l'exhérédation par voie testamentaire ne peut produire pour les enfants de l'exhéredé des conséquences juridiques et fiscales plus sévères que pour les enfants de l'indigne en les privant du mécanisme de la représentation. En l'espèce, si la vocation successorale des descendants de l'héritier exhéredé ne pose pas de problèmes majeurs, puisqu'ils sont désignés légataires par le testateur, le pourvoi de l'administration fiscale a été

¹ Cass. Civ. 1re, 13 juin 2019, n° 18-19.100 ; C.A de Montpellier du 02/05/2018 ; RTDCiv. 2019-3, pp. 631-632, chron. M. Grimaldi, suscités.

² Cass. Civ. 1^{re}, 17 avril 2019, n° 17-11.512, Inédit ; C.A de Versailles du 01/12/2016 ; connexe avec n° 17-11.511, n° 17-11.510, n° 17-11.509 ; et n° 17-11.508, D. 2019. 888 ; RTDCiv. 2019-2, p. 383, chron. M. Grimaldi : « Cet arrêt décide que les descendants d'un héritier exhéredé ne peuvent le représenter : s'ils viennent à la succession, ce ne peut être que de leur chef. La question suppose une succession déferée à des collatéraux privilégiés, puisque, dans le seul autre ordre où la représentation est admise, celui des descendants, l'exhérédation bute sur la réserve et que l'on ne saurait représenter un héritier venant à la succession ».

³ Qui énonce que depuis les lois du 3 décembre 2001 et du 23 juin 2006, reprises aux articles 754 et 755 du CCF, la représentation pour les successions dévolues en ligne directe ou collatérale ne suppose plus nécessairement que le représenté soit prédécédé, puisqu'elle est désormais admise en faveur des enfants et descendants de l'indigne et des renonçants. Contrairement en droit malgache où les descendants de l'indigne doivent venir de leur chef... sans le secours de la représentation (art. 14, loi n° 68-012).

accueilli contre l'avis du notaire et des juges du fond en assimilant les effets de l'indignité successorale et de l'exhérédation légale par l'octroi des avantages fiscaux de la succession entre collatéraux.

B. L'exhérédation en présence d'éléments internationaux

1) L'exhérédation en France et le règlement européen n° 650/2012

806. Les codificateurs civils de 1804 trouvaient nécessaire de limiter la volonté individuelle dans la dévolution successorale française par l'instauration de la réserve héréditaire, elle « limite l'arbitraire au sein de la famille, et témoigne d'une solidarité intergénérationnelle »¹ : contrairement à la thèse soutenue par M. Le Play qui défendait la volonté libre de disposer contre les effets néfastes de la réserve dans la paix des familles. La réserve héréditaire est définie par l'art. 912 du CCF comme « la part des biens et des droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre des charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils acceptent », et exclut l'exhérédation dans la dévolution successorale française des réservataires : descendants et/ou conjoint. Cependant, en cas d'acceptation de la dévolution successorale garantie par la loi, l'héritier universel répondra au passif successoral, dettes et charges, « au besoin sur son patrimoine » (art. 785). Mais par l'avènement de l'Union européenne et par conséquent des règles communes s'imposant aux États membres, les lois nationales subissent des réformes, des modifications s'adaptant au mieux aux dispositions communautaires. Le règlement n° 650/2012² a fait l'objet du règlement d'exécution n° 1329/2014 : « Les Européens ont le droit de choisir entre différentes lois nationales pour leur succession, dès lors qu'elle comporte un élément international. Avant leur décès, ils peuvent choisir entre : la loi du pays duquel le défunt avait sa résidence habituelle au moment du décès ; ou la loi du pays dont le défunt avait la nationalité ; ou la loi du pays avec lequel le défunt entretenait des liens manifestement plus étroits.

2) Le choix de la loi applicable en présence d'éléments internationaux

807. Le règlement européen offre à leurs citoyens un choix pour régler leurs successions s'ils se trouvent en présence d'éléments internationaux. Outre la difficulté en présence d'un

¹ Op. cit. FONGARO V.E et NICOD M., Rép. civ. Dalloz, « Réserve héréditaire-Quotité disponible », spécialement n° 1 à 9, in TISSERAND-MARTIN Alice, La réserve héréditaire, une institution mise à mal par la réduction en valeur des dispositions universelles, in MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 589.

² Entré en vigueur le 17 août 2015, du règlement d'exécution n° 1329/2014 du 09/12/2014 de la Commission européenne :

citoyen européen ayant une autre nationalité qu'européenne : l'interprétation, de ces conditions ouvrant le droit d'opter entre différentes lois nationales, n'est pas aisée, notamment de la complexité ou de la diversité pour l'appréciation de la résidence (art. 4), et du lien manifestement plus étroit par la situation des biens, ensemble avec la résidence habituelle dont les conditions ne sont pas identiques dans les lois nationales (art. 23 et 24)¹. P. ex., dans ce dernier cas, le testateur de nationalité américaine, disposant un bien à Paris réside en alternance entre la France et les États-Unis, il a choisi la loi américaine scissionniste pour régler sa succession et exhérède sa fille. Les juges français du fond ont souverainement apprécié les circonstances de faits permettant de déterminer sa résidence habituelle, en constatant la déclaration fiscale, et déclarent la loi américaine applicable. Par ailleurs, la confection du testament, d'un certificat successoral européen, risque le refus des notaires si les lois en matière successorale du pays de résidence n'autorisent pas l'exhérédation alors que celles de la nationalité du testateur lui permettent de le faire. En d'autres termes, les conflits de lois vont s'accumuler au fur et à mesure, même si paradoxalement, les décisions de la cour internationale de la justice européenne² ne connaissent pas cette tendance quelques années après l'entrée en vigueur du considérant règlement européen. Dans notre objet d'étude qui cible les sanctions civiles du devoir de respect et d'honneur familial, ce dispositif appliqué en droit français nous semble entraîner une discrimination entre Français n'ayant pas d'éléments d'extranéité dans son statut personnel et celui qui peut en user pour sanctionner davantage certains héritiers, à contrario d'en primer certains autres. Bref, l'interprétation et l'application du règlement européen continuent de se construire qu'elles soient au niveau national qu'elles soient au niveau européen concernant l'amputation de la réserve héréditaire³, de la

¹ Cass. Civ. 1^{re}, du 29 mai 2019, n° 18-13.383, D. 2019. 1376 ; Rev. Crit. DIPriv. 2020-1, p. 107, obs. E. Fangaro : « L'autorité chargée de la succession doit procéder à une évaluation d'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence, la résidence habituelle ainsi déterminée devant révéler un lien étroit et stable avec l'État concerné, compte tenu des objectifs spécifiques du règlement... »

² Première application du règlement « successions internationales » : la Cour de justice de l'Union européenne confrontée à la délicate distinction entre statut réel et successions ; CJUE 12 oct. 2017, aff. C-218/16, D. 2017. 2101 ; Rev. Crit. DIPriv. 2018-2, p. 338, obs. L. Perreau-Saussine.

³ Rev. Crit. DIPriv. 2015-4, p. 1067, Successions - Droit de prélèvement - Protection de la réserve Réponse du ministre (JO déb. Ass. nat., Questions, 23 juin 2015, p. 4765) ; sur l'insertion de l'art. 913, al. 3, Rev. Crit. DIPriv. 2021-2, p. 291, Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire, obs. P. Lagarde.

considération de l'ordre public du for¹, etc., mais l'exhérédation des héritiers réservataires deviennent possibles en France en présence d'éléments internationaux.

III. L'exhérédation n'est pas la finalité du rejet

808. Certains auteurs avancent en effet que le rejet contenu dans un testament n'est autre qu'une pure exhérédation. Ce qui trouve dans un sens une logique argumentaire dans l'ancienne législation du rejet, sauf que le malgache n'a pas besoin du rejet pour exhériter depuis un temps immémorial, le rejet n'est pas seulement une sanction patrimoniale. Le rejet testamentaire d'autrefois constitue une sanction mixte de privations patrimoniale et extrapatrimoniale, car il avait comme effet extrapatrimonial l'exclusion de la famille du rejetant et du tombeau familial. L'art. 54 de la loi n° 68-012 du 4 juillet 1968 relative aux successions, testaments et donations, précise que l'exhérédation doit être formellement exprimée dans le testament il peut indiquer ou pas les raisons de l'exhérédation dans un testament² sans clause de rejet. De plus, le Malgache peut disposer de tous ses biens comme bon lui semble, le but principal du rejet étant la rupture du lien de filiation : dès lors, il sera beaucoup plus difficile pour un Malgache d'intenter une action en demande d'autorisation de rejet devant la justice que de faire enregistrer par le notaire ou l'officier de l'état civil un testament contenant une exhérédation ; par ailleurs, le rejetant peut toujours attribuer une part de ses biens au rejeté dans un testament conformément à l'art. 46 de la loi n° 68-012.

A. Inexistence de la réserve héréditaire

809. L'art. 47, al. 5 de ladite loi offre la possibilité au testateur d'exhériter un ou plusieurs de ses héritiers : l'esprit du droit successoral repose sur le principe du « *Masi-mandidy* », énoncé par la loi sans être défini³ et au respect duquel tout citoyen malgache reste fortement attaché. Les aménagements de la loi doivent suivre les sentiments de respect filial, de la solidité et de solidarité familiale, fondements traditionnels de la famille malgache : une autre philosophie. Alors qu'il est estimé, procéder d'une conception individualiste de l'héritage qui se concilie mal avec le principe de cohésion familiale qui domine le droit malgache⁴.

¹ Également sur « Le prélèvement compensatoire du projet d'article 913 du Code civil à l'épreuve des exigences européennes et constitutionnelles », Rev. Crit. DIPriv. 2021-2, p. 310, obs. S. Ramaciotti.

² Acte n° 1 du 29 février 1940 à Tamatave-Anivorano, Exhérédation par testament : le *de cujus* a exhérité son fils légitime et désigne ses petits-enfants (du même fils) légataires universels.

³ RAHARIJAONA Henri, *Droit civil II : Successions - Testaments - Donations*, Université d'Antananarivo, Etablissement supérieur de Droit, d'Économie, de Gestion et de Sociologie, 1989.p. 74.

⁴ RAHARIJAONA Henri, « Aspects nouveaux du droit des successions », *BAM*, 1969.p. 3.

1) La volonté de disposer de ses biens en droit malgache

810. L'évolution du droit des successions et des libéralités en France entraîne des questionnements de la doctrine sur « l'avenir de la réserve héréditaire »¹ et « notamment pour libérer le pouvoir de disposer du défunt »² aux regards du droit comparé³. L'objectif comme nous l'avons vu sur le droit d'aînesse est de faire perpétuer les activités économiques, agricoles, artisanales et commerciales, familiales par le pouvoir d'instituer un héritier présomptif le plus apte par son pragmatisme et par sa bienveillance de remplir ce « devoir ». L'idée d'une copropriété collective familiale du droit français à travers la réserve héréditaire se trouve subsidiaire à l'autonomie de la volonté de disposer de ses biens en droit malgache fondée sur « les sentiments de respect filial et de solidarité familiale », sur le maintien de l'unité morale de la famille où l'institution permet de « priver ceux de ses enfants qui manquent à leurs devoirs familiaux »⁴. L'esprit de l'institution du *Masi-mandidy* repose depuis longtemps sur le pouvoir de primer l'aîné des enfants, sans pour autant faire le « *keli tsi mba mamindru* »⁵ (les petits ne peuvent se chauffer). En un mot, la règle concernant la dévolution testamentaire des biens se fait au mérite du courage et du travail des enfants qui reprendront le moment venu le flambeau de l'honneur et de l'entreprise familiale.

811. L'exhérédation, qui doit être formellement exprimée dans le testament (art. 54), a pour finalité principale l'exclusion d'un enfant des droits patrimoniaux du défunt, alors que le rejet inclut les droits extrapatrimoniaux. Quelques limites de formes sont néanmoins utiles à préciser, particulièrement sur la validité d'un testament fait *an-dohariana* que nous avons vu. La loi 68-012 n'énonce plus ces termes, mais avance dans son art. 41 que toute personne sentant sa mort imminente peut déclarer ses dispositions de dernière volonté à un auxiliaire du chef de canton (chef de village, chef de quartier), à un membre du conseil municipal, communal, à un notable du *Fokonolona* ou encore au chef de la famille à laquelle il appartient, que la coutume désigne. Ce qui n'interdit plus le testament fait *an-dohariana* mais limite sa portée comme une simple déclaration de partager ses biens entre tous ses enfants (dont la filiation est légalement établie, art. 17 et 18) et formuler sa mise au tombeau, à

¹ LAURENT-BONNE Nicolas, « L'avenir de la réserve héréditaire est-il dans son histoire ? », *RTDCiv-I*, 2021.p.55.

² BEIGNIER Bernard, « Faut-il réformer la réserve héréditaire ? », *Droit Fam.*, 2019. Dossier 19.

³ DECORPS J-P., « La réserve héréditaire en droit comparé », *Droit Fam.*, 2019. Dossier 21.

⁴ THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache : les lois et coutumes Hovas, Fascicule III ; Les successions, les donations, les testaments*, R. de Comarmond, Jouve & Cie, 1953.p. 479.

⁵ JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Tome I, E. Guilmoto, 1909.p. 285.

l'exclusion de toutes autres dispositions (art. 42), c'est-à-dire à exhérer ou privilégier un ou d'autres héritiers, ce qui limite considérablement la portée du principe. Par conséquent, ces dispositions impliquent la non-validité de l'exhérédation des descendants du sang si le testateur « sentant sa mort imminente » décide de léguer ses biens à des étrangers ou à d'autres descendants naturels ou adoptifs non légalement établis. A notre avis, cela constitue un recul du droit de succession par le législateur en renvoyant la validité du testament à la notion vague et imprécise de « sentir sa mort imminente » plutôt que de reconduire un délai précis de la huitaine avant le décès. En d'autres termes, si le testament n'est pas reçu par le notaire ou l'officier de l'état civil, ses effets sont identiques à la dévolution successorale *ab intestat*. Toutefois, si le testateur est malade ou invalide, en cas d'empêchement ou de péril imminent (art. 37 de la loi n° 68-012) et ne peut se déplacer, il peut faire venir le notaire ou l'officier de l'état civil accompagné des témoins requis par la loi, soit pour lui confier et remettre en dépôt un testament secret, soit pour lui faire dresser un testament public, ayant pour conséquence de pouvoir faire valoir son droit et dicter sa dernière volonté. Mais le notaire ou l'officier de l'état civil doit « expressément inclure dans son procès-verbal la raison de son transport au domicile du testateur, que le principe du *Masi-mandidy* est soumis à des formes substantielles dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité absolue (art. 39) »¹.

2) À l'instar du droit successoral éthiopien

812. Parmi les pays africains qui choisissent, sinon confirment leur attachement à la liberté de disposer de leurs biens se trouvent Madagascar et l'Éthiopie² : contrairement aux autres pays qui avaient connu la colonisation, ce dernier est le seul pays qui n'a jamais été soumis du moins entièrement à la puissance coloniale et demeure celui qui connut la plus vaste étendue d'un empire en Afrique. Les sources³ du droit en Éthiopie à la veille de la codification, en l'occurrence des règles en matière civile reposent sur des données religieuses, mais également de multiples coutumes en vigueur. Les règles en matière successorale se ressemblent dans ces deux pays, notamment dans la dévolution légale, sauf que pour Madagascar, les grands-parents n'héritent pas leurs petits-enfants or pour le droit éthiopien les grands-parents et même les arrières grands-parents sont appelés en l'absence de la deuxième et troisième

¹ Cass. Civ. M., du 23 novembre 2010, C.T du 23/05/2017, n° 741.

² DAVID René, *Le droit de la famille dans le Code civil Ethiopien* [en ligne], Milano-Dott. A. Giuffrè-Editore, 1967.

³ DAVID René, « Les sources du code civil éthiopien » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 14, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1962.pp. 495-506.

parentèle (art. 846.2 à 848.2 du CCE), la présence de la première parentèle écarte la seconde et ainsi de suite. Aussi les deux droits tiennent compte de l'origine des biens : « en Éthiopie, aucun immeuble provenant d'un des parents ou grands-parents... ne peut être attribué à des héritiers qui n'en descendraient pas » : ils « connaissent l'exhérédation par laquelle un héritier normalement appelé à la succession en est exclu ».¹ De même, le conjoint survivant n'hérite pas le défunt et ne figure pas dans les successibles² ou se trouve dernier de la liste avant l'État dans les deux droits, mais cette « injustice » est réparée par la liberté de disposer en dehors des règles *paterna-paternis materna-maternis* (art. 849 et s. du CCE). La liberté de disposer de ses biens en droit éthiopien se concrétise en deux règles, la première étant l'inexistence de la réserve héréditaire, tous les enfants légitimes, naturels ou adoptés sont appelés à hériter de leur parent s'ils ne sont pas déclarés indignes ou déchus de leur droit. La deuxième règle étant la libre manifestation de la volonté du *de cujus* transcrite dans un testament : en ce sens, l'art. 909 précise que le testateur peut dans son testament nommer un ou plusieurs légataires universels (a), ordonner les héritages à titre particulier (b), déshériter un ou plusieurs de ses héritiers ou altérer une dotation ou confiance (c). L'art. 937 prévoit l'exhérédation expresse par le testateur de ses héritiers légaux ou l'un d'eux sans nommer un légataire à titre universel (1-1), bref l'Éthiopien est comme le Malgache, libre de disposer de ses biens entre vifs ou à cause de morts : un legs en faveur des pauvres est valide (art. 925), encore faut-il que le testament soit clair et sans ambigu. Mais cette liberté de disposer n'est pas sans limite, le tribunal peut être saisi par les descendants du testateur lorsque ce dernier les a déshérités au profit du conjoint et quand ils ne sont pas issus du conjoint survivant (art. 872-5) ou inversement concernant ces mêmes personnes (art. 873-6) : le tribunal peut par une décision motivée invalider ou réduire une disposition du testament pour la rendre équitable (art. 875-8). Enfin, concernant les descendants : le déshonneur exprès d'un enfant ou d'un autre descendant n'est d'aucun effet à moins que le testateur ne donne dans son testament un motif qui justifie la discorde (art. 938-1). En conclusion, l'exhérédation n'est pas implicite, elle doit être expresse en présence de descendants, il revient au tribunal en cas de contestation de vérifier si les causes avancées sont correctes (2). Les effets de l'exhérédation sont similaires, elle n'empêche pas au testateur de disposer en faveur des enfants de celui qui est exhérité, cependant pour les cas graves permettant l'exhérédation légale (indignité ou déchéance), la

¹ ALLIOT Michel et KUYU Camille, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Karthala, 2003.p. 163.

² DAVID René.p. 501.

représentation est exclue, les petits-enfants ne peuvent hériter que de leur propre chef sauf si à leur tour ils ne sont exclus également. La sanction infligée aux manquements des obligations familiales par l'exhérédation en droit éthiopien se trouve sensiblement égale en droit malgache, mais elle doit être motivée et peut être contestée.

B. Les limites au principe de l'autonomie de la volonté

1) La temporisation légale au principe du *Masi-mandidy*

813. La coutume, source du *Masi-mandidy* est reprise par les règles écrites de l'art. 233 du Code de 1881, nous répétons que les parents ne peuvent déshériter les enfants qui se trouvent aimants ou affectueux. Un retour à la source indiscutable où l'absolutisme n'a pas lieu d'être dans ce principe : « les matières pour lesquelles les juridictions ont fait application des coutumes orales sont principalement la filiation et les successions »¹. Le droit positif oblige le juge à considérer la présomption de filiation d'un enfant né dans un mariage coutumier non enregistré (art. 4 de la loi n° 63-022) et sur la capacité de tester selon la loi et les coutumes (art. 25 de la loi n° 68-012). De plus, les nouvelles règles en matière de testament imposent des conditions de formes strictes sur la validité d'une exhérédation : un testament qui ne nomme pas expressément les enfants exhérédés de la succession laisse à ces derniers la possibilité de réclamer leur part dans l'héritage (art. 54, al. 2). Le principe du *Masi-mandidy* comme droit de disposer de ses biens n'est pas aussi absolu ou radical dans la transmission des biens à cause de morts par voie testamentaire : l'exhérédation n'est pas automatique. L'héritier qui a été omis du testament ou qui n'a reçu qu'un legs manifestement inférieur à la part à laquelle il aurait pu prétendre en l'absence de testament conserve le droit de réclamer jusqu'à concurrence de cette part, des biens qui n'ont pas été recueillis par leurs bénéficiaires ou qui n'ont pas été compris dans le testament (art. 54, al. 2). De même, le législateur préserve la solidarité familiale envers les personnes vulnérables en précisant que les héritiers de la première classe, et, s'il n'en existe plus, les héritiers de la seconde classe, mineurs ou incapables, qui sont exclus expressément ou implicitement de la succession de leur auteur, peuvent obtenir, à titre d'aliments, une part des biens légués qui ne saurait toutefois excéder la part à laquelle ils auraient pu prétendre en l'absence de testament (art. 55). Le principe du *Masi-mandidy* n'a jamais été aussi absolu comme certains auteurs pensent : « à Madagascar, l'exhérédation est totalement libre »². La volonté libre de disposer de ses biens connu des

¹ RAHARIJONA Henri, Le droit de la famille à Madagasikara, in MBAYE Keba et ANCEL Marc, *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, G.-P. Maisonneuve et Larose, 1968.p. 201.

² ALLIOT Michel et KUYU Camille.p. 166.

limites et continue d'en connaître, le principe se manifeste dans l'acceptation de l'inégalité dans la dévolution testamentaire, « *Ny hizaran-kisy resy* » que la loi laisse au disposant d'opter la méritocratie en favorisant certains héritiers sans oublier d'attribuer aux moins méritants, sous réserve d'un contrôle équitable des motifs par la justice en cas de contestation.

2) Les limites n'impliquent pas la réserve héréditaire

814. L'appréciation assez relative du principe de l'autonomie de la volonté du *de cujus* ne découle pas d'une construction prétorienne, nous avons constaté à travers le droit traditionnel malgache que même si la réserve héréditaire n'existe pas, tous les enfants se trouvant aimants et affectueux ne pourraient être dépouillés de leur droit de succession. Le droit positif dans le dudit art. 54, al. 2 leur offre la faculté de réclamer en justice lorsque leurs parts sont manifestement infimes sans raison particulière. Le mérite (ou le démerite) en est une chose, la sanction suite à un manquement au devoir d'honneur et de respect en est une autre : la réserve héréditaire n'a jamais été dans la pensée des Malgaches, les limites imposées au principe du *Masi-mandidy* sont légales et séculaires, ne sont pas les réserves héréditaires du droit français que certains imaginent¹ : nous ne partageons pas ces assertions. De plus, la justice tranche les litiges tant en matière de régimes matrimoniaux que de régimes successoraux selon l'équité : même si la succession légale malgache ne place le conjoint survivant qu'à la 8^e place des successibles (art. 16 de la loi n° 68-012) : la justice² accorde même à la concubine la moitié des acquêts des concubins et l'autre moitié aux enfants légitimes.

815. Par ailleurs, l'arrêt de cassation³ ne fait que « renvoyer » aux textes du droit positif et dans l'esprit de la loi ancienne et de la coutume juridique en effectuant un contrôle d'application de la loi et des coutumes (art. 25 de la loi organique suscitée), même si les motifs sont discutables. Mais il faut s'entendre effectivement que l'ordre public ne répond pas seulement à ce que la loi permet, mais aussi ce que les coutumes et traditions permettent. La

¹ RAMAROLANTO-RATILARAY, *Histoire du droit*, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, LGDJ-Lextenso, 2021.p. 16 : « La Cour de cassation de Madagascar récuse le principe (du Masi-mandidy) au profit de l'institution de la réserve héréditaire (le malaise est réel) ».

² TPI de Tamatave du 24 août 2005, n° 704 : « il est incontesté que le père des requérants et la requise ont vécu en concubinage pendant 40 ans... ils ont acquis divers biens communs... ordonne le partage en deux parties égales des biens entre les héritiers du feu père et la concubine survivante ». La justice assimilait les effets du concubinage à ceux du mariage et des règles de la communauté des biens, art. 116, 126, 128, 129 de la loi n° 2007-022 sur les régimes matrimoniaux.

³ Cass. Civ. M., du 14 mai 2002, n° 18 ; C.T du 28/09/1994, n° 17770 : « casse et annule, aux motifs que les dispositions testamentaires dont l'objet est contraire à l'ordre public, à la loi ou aux mœurs sont nulles... ».

réserve n'est pas la règle, encore moins l'égalité, il faut relativiser l'application et les effets du principe. L'esprit de la loi adhère à l'inégalité dans un testament, c'est la règle : que celle-ci reflète l'appréciation de l'affection et des soins que le *de cuius* recevait dans ces derniers jours sans priver les moins affectueux s'ils n'étaient pas dans la haine ou le mépris. Le législateur malgache n'a pas renié les articles 233 et 263 bien connus du Code des 305 articles¹, et s'il y a loi, cette loi n'est acceptée et suivie que si elle est conforme à la coutume² : en attribuant aux juges la possibilité de s'inspirer des coutumes, traditions des parties et de l'esprit de l'institution. Enfin, ces règles limitatives coutumières reprises par le droit positif constituent des remparts à « la liberté testamentaire, laquelle pourrait sinon dégénérer en un instrument de tyrannie domestique au moyen duquel les parents chercheraient à imposer à leurs enfants leur mode de vie et de pensée... »³. P. ex., la protection des enfants du premier lit ou du précédent mariage est clairement prescrite également par le droit au rejet malgache (art. 81, supra. **610**) que la justice étend aux enfants naturels. Cependant, il existe une dissemblance des conditions de l'exhérédation et du rejet, car si pour des motifs graves, les enfants peuvent être exhérédés expressément, nous avons vu qu'en droit de rejet, nonobstant la constatation des preuves irréfutables des motifs graves reprochés au prétendu rejeté, le juge ne peut passer outre cette règle rigide et spéciale⁴. Nous considérons cette limite, imposée par le droit au rejet, exorbitante, car si le but étant de limiter les abus de la part du rejetant, nous constatons les effets pervers de cette loi qui écarte le droit au rejet et laisse les atteintes graves à l'honneur et le manquement volontaire aux devoirs de secours, d'assistance et de respect impunis.

¹ RAHARIJAONA Henri, « L'application de la coutume par les juridictions malagasy », *BAM*, 1968.p. 123 et s.

² RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », Ministère de la justice, 1962.n° 5 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, Président de la commission de rédaction du code civil, 1964.p. 10.

³ TERRÉ François, LEQUETTE Yves et GAUDEMET Sophie, *Droit civil*, Dalloz, 2013.p. 625.

⁴ TPI de Tamatave du 7 juillet 1994, jugement n° 372 refusant l'autorisation de rejet suscité.

CHAPITRE III. La rupture du lien de filiation : nouveau concept de sanction civile

816. « Nul n'est tenu d'être père, nul n'est dispensé d'être fils »¹. Ce qui définit l'humain, ce n'est pas l'intelligence, le rire ou la parole, c'est la filiation »² : conformément aux revendications de ces auteurs sur le droit de l'homme à la connaissance de ses origines et de son histoire ; « il ne peut pas dépendre du seul bon vouloir de l'adulte d'établir ou non un lien de filiation à l'égard de ses enfants ». Dans notre objet, la rupture du lien de filiation respectera le droit immuable de l'état des personnes et ne concerne pas les enfants mineurs. Après avoir levé tout écheveau sur le droit au respect et sur les effets de la sanction civile du rejet : ce dernier chapitre est consacré aux résultats de nos analyses conceptuelles, fonctionnelles et comparatives. Qu'est-ce que la rupture du lien de filiation peut apporter dans le domaine de la sanction civile des manquements aux obligations familiales (Section A) ? Ce nouveau concept³ correspond-il à l'ordre public et aux bonnes mœurs (Section B) ?

SECTION A. La rupture du lien de filiation pour manquement aux obligations familiales

817. La parenté est le rapport de droit qui existe entre deux personnes dont l'une descend de l'autre (lien de filiation directe) ou bien lorsqu'elles descendent d'un auteur commun (parenté ou ligne collatérale). Alors que l'alliance (ou affinité) est le rapport de droit qui existe entre l'un des époux et les parents de l'autre : gendre et beau-père, beaux-frères, belles-sœurs... la notion juridique de l'alliance est donc plus étroite que la notion courante, qui suppose volontiers que, par le mariage, les deux familles s'allient complètement. La parenté et l'alliance engendrent des effets généraux par-delà la famille étroite resserrée autour du couple et des enfants : la famille étendue, cercle de protection, peu cohérente, peu affirmée, qui souvent, ne se manifeste que lorsqu'un malheur est advenu au couple. Les effets sont variables selon la parenté ou l'alliance et selon la proximité des liens. Ils peuvent concerner

¹ COMTE-SPONVILLE André, Séance inaugurale de l'assemblée générale de l'UNAF le 10 juin 1989.

² VERDIER Pierre et MARGIOTTA Nathalie, *Le droit à la connaissance de son origine : un droit de l'Homme, Pour en finir avec l'accouchement sous X et le secret de la filiation*, Éditions Jeunesse et droit, 1998.p. 41.

³ « Le concept peut être compris comme la signification portée par une certaine expression linguistique, ou comme la signification commune d'une classe d'expressions synonymes », in SCARPELLI Uberto, GIANFORMAGGIO Letizia et CLAVREUL Colette, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, LGDJ Bruylant, 1996.p.4.

soit la personne soit le patrimoine¹ : empêchements à mariage (relatifs), des devoirs et des droits de protection mutuelle, un reflet d'autorité parentale ; rapports pécuniaires, l'obligation alimentaire entre parents et alliés en ligne directe et la vocation successorale légale.

I. La rupture du lien de filiation n'est pas atypique

818. L'étude de droit portée sur un objet ou un fait implique le juriste² à apporter son point de vue critique négative ou positive dans l'état statique, mais aussi dans une approche évolutive. La rupture du lien de filiation n'est pas une nouveauté pour le droit français qui connaît déjà l'accouchement sous X, cependant le contexte est tout autre : et dans leurs revendications du droit à la connaissance de son origine, la CADCO (Coordination des actions pour le droit à la connaissance des origines) proposait à ce que « les noms des père et mère soient toujours systématiquement indiqués, sans pour autant que cela crée un lien de filiation »³. En d'autres termes, la connaissance des origines est un droit universel, un droit de l'homme : les témoignages recueillis justifient le droit à la connaissance de leur filiation sans pour autant en attendre les effets qui en découleraient : ce qui ressemble aux effets du rejet ou de la rupture du lien de filiation. En outre, la rupture du lien de filiation entraîne des effets sensiblement similaires à ceux de l'adoption plénière et de la révocation de l'adoption simple des rapports familiaux concernés pour l'avenir, que nous avons abordés.

819. L'approche comparative du devoir de respect et de son éventuelle sanction par le rejet du droit malgache, dans une analyse conceptuelle et statique, et par la catégorisation de ce dernier en sanction civile que nous venons d'effectuer nous montre que le rejet du droit malgache n'est pas aussi atypique sur le fond comme certains auteurs ont pensé, et nous tenons à le souligner. Cependant, le concept de rupture du lien de filiation se trouve soulevé sur une autre situation de fait que les juristes connaissent davantage sur les effets de l'adoption plénière dans les deux droits malgache et français. De même, l'*apokeryxis* du droit athénien eut pour effet de rompre « le lien de famille non seulement à l'égard du père, mais

¹ CARBONNIER Jean, *La famille*, PUF, 1991, p. 551.

² SAVATIER René, *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 1963.p. 7-8 : « Le rôle du droit, science de vie, ne doit pas être seulement d'apporter, vaille que vaille, tantôt un remède cheval, et tantôt un constat d'accident à des situations toutes faites. Il est d'abord, de prévoir les faits qui conduiront à ces situations et les mesures propres à les éviter. Le juriste, opérant sur des passions humaines, en ayant appris par l'examen des procès, les finales et douloureuses issues, doit s'efforcer de remonter aux causes des catastrophes... ».

³ VERDIER Pierre et MARGIOTTA Nathalie, *Le droit à la connaissance de son origine : un droit de l'Homme, Pour en finir avec l'accouchement sous X et le secret de la filiation*, Éditions Jeunesse et droit, 1998.p. 27.

encore dans les rapports [patrimoniaux] avec ses autres parents, et notamment il le prive du droit de succéder à ces derniers »¹. Nous pensons ainsi contribuer à une réflexion non seulement de technique juridique, mais également, sans aucune prétention exagérée apporter notre pensée dans une analyse évolutive en considérant le résultat de notre étude comparative et de « science inductive, dont les théories générales seraient confirmées ou infirmées en confrontant avec l'expérience qu'on en tire »². Comme dit M. Atias : « La réclamation de droit, l'appel au législateur, à une reconnaissance ou à une réforme espérés, est devenue banale. Des groupes de pression agissent à cette fin. Ceux mêmes qui semblaient avoir choisi de vivre en dehors du droit aspirent à une consécration juridique »³. Nous pensons, à travers notre humble étude, pouvoir apporter le résultat de nos recherches, une lumière infime soit-elle, pouvant améliorer la visibilité des intéressés dans un monde aussi obscur ou terni par les violences intrafamiliales alors même que « le droit de la famille... devrait être pour tous et chacun un lieu d'affection et de solidarité »⁴. Dans la construction juridique, une règle légale doit s'intégrer nécessairement soit à une institution, soit à un concept pur, soit à la personnalité : chaque manifestation de la vie sociale se trouve ainsi dans ces constructions pour prétendre à une vie juridique. Nous avons vu la définition de l'institution juridique, tandis que « le concept pur c'est la répression, l'anéantissement des formes d'activité anormale, monstrueuse qui peuvent se manifester dans le milieu social presque sous une forme quelconque, mais sporadique... La personnalité peut être considérée comme la condition d'une activité juridique et non l'activité elle-même »⁵. L'expression des concepts purs par le législateur, consciemment ou non, disait l'auteur, répond à la satisfaction de l'élément abstrait dans les concepts de dol, de violence, d'abus de droit, de faute, d'enrichissement injuste, qui n'est autre que l'expression du bien et du mal⁶. Au cours de nos recherches, on nous posait la question si l'étude comparative que nous menons pouvait influencer l'un ou l'autre droit, français ou malgache. L'influence du droit français sur le droit malgache ne fait l'ombre d'un doute depuis l'annexion de Madagascar par la France en 1896

¹ JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, JOUVE Henri, 1903.p. 22.

² LÉVY-BRUHL Lucien, *La morale et la science des mœurs*, (1 bis), Paris, PUF, 15^e éd., 1953 in NJARA Ernest, *Philosophie du droit : Les quelques concepts philosophiques à connotation juridique*, [s. n.], [s. d.].p. 326.

³ ATIAS Christian, *Devenir juriste, Le sens du droit*, LexisNexis SA, 2011.p. 2.

⁴ RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Droit de la famille, 2001/2002*, Dalloz, 2001.

⁵ MARASCO Georges, *Expression et concrétisation du droit*, Thèse, Faculté de Paris, 1930.p. 43.

⁶ *Ibid.*p. 108.

et de la rédaction du Code civil et des lois malgaches de 1960 où effectivement certains auteurs et nous-mêmes pensons que le droit malgache n'est autre que le droit français « *mutatis mutandis* » ; c'est-à-dire que l'on a changé quelques variantes ou quelques objets en considération des spécificités locales. Cependant, nous avons constaté que le droit traditionnel malgache connaissait des règles de droit dignes de nos jours, p. ex., la situation de la femme mariée, même si elle devait obéissance à son mari dans le ménage, cela n'enlevait en rien sa capacité juridique (contracter, donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, droit de vote, participation dans la vie communautaire « *Fokonolona* », etc.) et elle n'avait nullement besoin de l'autorisation maritale, qui n'existe pas en droit malgache¹ : une situation que la femme française rêvait jusqu'à son effectivité par étape au cours du XXe siècle. Pour ainsi dire que notre étude consiste à analyser le droit positif des systèmes juridiques français et malgache, à l'aide parfois des données tierces, et par nos critiques et trouvailles, nous essayons de faire avancer à notre humble niveau le droit sans privilégier un système. Si le droit doit considérer la liberté des individus et de la société où ils évoluent, il se forme inévitablement avec le phénomène social dans sa construction technique. Le nouveau concept que nous pensons résulter des activités juridiques en fonction de la réalité sociale coïncide avec ce concept pur : prévenir et sanctionner des formes d'activité anormale dans la vie sociale et familiale. Si le droit trace le cadre des formes d'activité² qui naissent et se délimitent par la force des choses dans le milieu social, il doit par ce traçage délimiter les activités normales de celles anormales et apportera sa contribution dans la prévention et la sanction de toutes manifestations anormales par le droit au respect. Le respect, nous avons la conviction, est le fondement de toutes relations humaines et la base de toute construction sociale : il est dans le langage quotidien ; dans celui des enfants qui commencent à distinguer le bien du mal ; à l'entrée des tribunaux, des bureaux administratifs, des banques, des établissements d'enseignement, dans les transports publics, à la TV, etc. ; il privilégie son terrain en droit dans le domaine des rapports familiaux verticaux et horizontaux et mérite une sanction spécifique.

II. Les intérêts de la rupture du lien de filiation

820. D'une part, les différentes Déclarations et Conventions internationales veillent à ce que les pays signataires protègent l'individu et la famille, d'autre part les lois nationales confirment ou s'adaptent à ce que l'état civil d'une personne soit stable, indisponible, et

¹ C.T du 13 juillet 1899, in GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Imprimerie officielle, 1910.p. 22.

² ROUAST A., L'abstrait et le concret dans le droit, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 9, p. 157-179.

immutable : c'est un droit immuable rattaché au concept d'ordre public. Dès la naissance d'une personne, des droits lui sont attribués, au-delà des droits patrimoniaux qui lui sont reconnus à ce moment, des droits extrapatrimoniaux lui protègent de toute atteinte à sa vie privée, à son image, à son honneur, et sont prélué par le mot « respect ». À cet effet, toutes les personnes ont les mêmes droits dès leur naissance selon le principe de l'égalité civile¹, les droits de la personnalité sont indisponibles, c'est-à-dire incessibles et inaliénables : ce sont des prérogatives que le droit attribue à une personne et qui lui sont rattachées même après sa disparition. L'art. 326 du CCF autorise la mère à faire la demande que le secret de son admission et de son identité soit préservé : après des rappels de la CEDH, la France² a apporté une ouverture permettant à l'enfant né sous X de faire lever le secret de ses origines, mais n'est ni automatique ni obligatoire et dépend de l'acceptation de la levée par la mère. En ce qui intéresse notre objet d'étude, l'art L. 147-7 du CASF rajoute que : « l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit ».

821. En ce sens, la rupture du lien de filiation comme sanction que nous envisageons ne touchera ni l'état civil ni la filiation, mais l'anéantissement des effets de la filiation à savoir les droits et les obligations réciproques au profit ou à la charge de l'une et de l'autre partie. D'abord, sans prétendre à cerner exhaustivement les intérêts de la rupture du lien de filiation, nos recherches sur le rejet nous permettent d'affirmer qu'en tant que sanction civile indépendante ou complémentaire à une sanction pénale, elle pose clairement les règles dans le dénouement d'un litige familial. La rhétorique de la rupture du lien de filiation semble bien compréhensible à l'instar de la rupture d'un lien conjugal, le divorce. Par cette conscience de la portée de la rupture du lien de filiation découle la séparation définitive des relations familiales entre les parents concernés, une réparation du préjudice par une sanction désintéressée de toutes valeurs pécuniaires. Le principe selon lequel tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer trouve dans notre objet sa pertinence comme sanction civile à travers la rupture du lien

¹ KAYSER Pierre, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTDCiv.*, 1971. N° 34, pp. 445-490.

² Loi n° 2002-93 du 22 janv. 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, JO 23 janv. 2002, p.1519 dont les dispositions ont été jugées conformes à la Constitution, par le Conseil Constitutionnel : décision n° 012-248 QPC, 16 mai 2012, JO du 17 mai 2012 p.9154, et à la Conv.EDH par la CEDH, grande ch. 13 févr. 2003, aff. 42326/98, Odièvre c/France : JCPG 2003, II, n° 10049, note Gouttenoire-Cornut.

de filiation et non par une compensation en numéraire du dommage subi. En analysant l'élément dommageable, M. Bosc soutenait que « la réparation ne consiste pas nécessairement en une somme d'argent, que, partout où une réparation directe peut intervenir, c'est à elle qu'on doit avoir recours, que, pour le tort moral, une réparation morale doit être admise »¹.

822. De même, la rupture du lien de filiation permet aux parents et à la famille de se désolidariser de l'un de leurs membres puisque les parents sont responsables de ses enfants et des personnes vivant sous le même toit (art. 1735 du CCF), et de l'exclure de ses influences aux membres mineurs de la famille. En effet, ils peuvent se trouver pénalisés solidairement avec un enfant majeur délinquant incontrôlable et récidiviste, expulsés de leur logement par décision du pouvoir public². Ce récent exemple consolide notre pensée de la pertinence d'un nouveau concept de sanction civile indépendante ou complémentaire d'une sanction pénale, même en dehors d'atteinte physique directe envers sa famille et ascendants, mais que le manquement grave aux devoirs de respect et d'honneur familial justifie la rupture du lien de filiation. Enfin, en cas de violences intrafamiliales, la demande d'une sanction civile indépendante d'une sanction pénale offre aux victimes de libérer leurs voix sans les conséquences graves d'une vengeance privée suite à des condamnations sévères d'emprisonnement de l'auteur de l'acte incriminé dans le cercle familial.

III. Un règlement définitif du conflit familial

823. Cette existence de la rupture du lien de filiation sanctionnant le manquement au devoir de respect et d'honneur aux membres de la famille (ascendants, descendants, collatéraux) nous semble efficace par sa force intimidatrice plus que le contenu des effets de la sanction. En effet, le sentiment de ne plus appartenir à la famille d'où l'on vient pèse lourdement sur la morale autant que l'anéantissement éventuel de certains avantages matériels : nous nous ne posons certainement pas en moraliste, mais constatons que les affectivités ne s'intéressent pas. En droit, cela se traduit par un renoncement à la succession et les héritages non réclamés, ou encore l'échec des médiations familiales : en une phrase, quand les affectivités entre les membres de la famille sont rompues, elles sont à jamais ; des exceptions existent surement, mais elles semblent confirmer les règles morales que le droit prend en considération. L'autorisation d'une demande de rupture du lien de filiation entérine à jamais le passé conflictuel des membres de la famille : tout le monde pourrait, dès lors, envisager sereinement

¹ BOSC Jean, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, Montpellier, 1901.p. 258.

² VANECKHOUTTE François, « Le préfet du Val-d'Oise a-t-il expulsé une famille de son logement social du fait des émeutes ? », sur *Libération* [en ligne], publié le 30 août 2023.

le futur sans aucun effet rétroactif des obligations familiales antérieures. De plus, si des faits nouveaux surgissent entre les parties, dorénavant c'est le droit commun sans considération des rapports familiaux, de leurs régimes dérogatoires, qui régira le nouveau litige permettant aux parties et au juge d'interpréter les faits selon les règles des lois civiles et pénales régissant deux personnes quelconques étrangères du contexte familial. Mais la demande de rupture du lien de filiation n'est concevable que de la part de la victime, qu'elle soit père ou mère, ascendant, ou descendant : toute demande détournée à cette fin en dehors des manquements graves aux obligations familiales et des atteintes physiques ou morales ne saurait être autorisée. Dans ce dernier cas, nous relevons l'exemple d'un père ayant reconnu volontairement la fille de sa concubine dont il savait qu'il n'est pas le père : « quelques années plus tard, il est condamné pour viol et agression sexuelle sur cet enfant. Il intente ensuite une action en contestation de paternité qui est déclarée irrecevable »¹ ; dans cette affaire², c'est plutôt le père indigne qui demande à anéantir le lien de filiation qu'il a volontairement créé lui-même, « ... la Cour d'appel a pu déduire qu'en l'absence d'accord de la fille sur la demande en annulation de la reconnaissance, la prescription de cette action ne portait pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale ». Moralement, le père indigne veut se dédouaner de toutes condamnations pour inceste, mais conséquemment à ses actes ignobles, au surplus, il veut aussi priver sa « fille » de tout droit successoral et se défilier de ses obligations alimentaires : « le lien de filiation ne tombe pas pour indignité, mais d'autres sanctions peuvent accompagner l'immoralité du père : sanctions pénales, retrait de l'autorité parentale, indignité successorale, ou même changement de nom de famille »³. C'est pour des faits graves de ce genre que le concept de rupture du lien de filiation trouve sa pertinence pour les victimes sans préjudice d'autres sanctions pénales et condamnation en réparation des préjudices subis, anéantissant tous les devoirs et obligations. En ce sens, nous relevons les réformes apportées par la loi n° 2024-317 qui annihilent les devoirs et obligations des personnes victimes (enfants et l'autre parent), étendus aux enfants, petits-enfants et à tous les descendants (art. L. 132-6, 1°, 2° et 3°) du CASF envers les parents défaillants ou violents. La nouvelle loi n° 2024-233 sur la protection des personnes victimes de violences intrafamiliales⁴

¹ LEROYER Anne-Marie, « Qu'est-ce qu'un père ? », *RTDCiv-3*, 2019.p. 563.

² Cass. Civ. 1^{re}, 3 avril 2019, n° 18-13.642, D. 2019. 1212, note J.-J Lemouland, Dr. Fam. 2019. 124, note H. Fulchiron ; *Ibid.* pp. 562-564.

³ *Ibid.*p. 563.

⁴ ACTU-JURIDIQUE Lextenso, « Violences intrafamiliales », sur *Actu-Juridique.fr/Lextenso* [en ligne], publié le 19 mars 2024.

durcit les sanctions civiles relatives à ces délits ou crimes commis dans le cercle familial en automatisant la suspension de l'autorité parentale et des droits de visite et d'hébergement pendant le procès pénal en cours en supprimant le délai de six mois (art. 378-2 du CCF). Elle autorise désormais les services départementaux de demander la délégation totale ou partielle de l'autorité parentale (art. 377) pendant ou après le procès pour le désintérêt manifeste, la défaillance des parents, la condamnation d'un parent pour un crime ayant entraîné la mort de l'autre parent, et surtout en cas du parent poursuivi, mis en examen ou condamné pour crime envers l'autre parent, ou crime et agression sexuelle incestueuse envers un enfant (art. 378)¹. Bref, la mise en cohérence des sanctions pénales et civiles sur les violences intrafamiliales tend inexorablement à la suppression des effets de la filiation établie, des droits et obligations au profit des délinquants et criminels dans le milieu familial : nous pensons que la rupture du lien de filiation pour l'avenir mettra un terme à tout conflit.

SECTION B. Une sanction civile en conformité avec l'ordre public et les bonnes mœurs du XXI^e siècle

824. Les deux conditions sine qua none de la conformité aux législations en comparaison étant l'ordre public et les bonnes mœurs, toutes les institutions sociales ou juridiques ne les respectant pas devraient être interdites, il en est de même de les déroger par des conventions particulières (art. 6) ni par ses stipulations ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties (art. 1162 du CCF) : la cause illicite ou l'illicéité réprimée par l'ordre public² (anc. art. 1133) a été abandonnée par le législateur. Deux notions jumelles ou jumelées des Codes civils, comme des sœurs siamoises³ où toute atteinte aux bonnes mœurs aura fatalement sa répercussion sur l'ordre public⁴. « L'ordre public ne doit pas être conçu comme un corps de règles. Il est des règles, des lois, qui sont dites d'ordre public parce qu'elles

¹ SCHERER Théo, « Nouvelle loi relative aux violences intrafamiliales : l'union du droit civil et du droit pénal », sur *Civil | Dalloz Actualité* [en ligne], publié le 28 mars 2024.

² TANI Alex et BEIGNIER Bernard, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Defrénois, 2020.p. 16.

³ LAMBERT Édouard, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génys, Aspects historiques et philosophiques, Tome I*, Librairie Edouard Duchemin, 1977. Tome. I, pp. 6-7.

⁴ CAPITANT Henri, *Introduction à l'étude du Droit civil*, n° 33, p. 65, in SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.p. XV.

puisent dans l'ordre public, mais ne se confondent pas avec lui »¹. Les difficultés autant à dire ce que c'est l'ordre public autant à expliquer ce que c'est que les bonnes mœurs, sanctionnent l'immoralité², dérivent du législateur qui ne s'en est expliqué. Les mœurs signifieraient « inclinations, habitudes naturelles ou acquises, habitudes pour le bien... que les convenances ne sont pas les mêmes chez un peuple « ce qui est vertu chez un peuple est crime chez un peuple d'un autre temps ou d'un autre lieu »³.

I. La rupture du lien de filiation conforme à l'ordre public

825. « Si cette notion est générale et fondamentale, elle est également très obscure, elle est également extrêmement controversée. C'est même parce qu'elle est fondamentale qu'elle est controversée »⁴, cette situation dérive d'un manque total de critérium fixe, et que la loi n'édicte que son existence. La définition de l'ordre public échappe aux législateurs français et malgache, l'expression représente l'ordre et le public, si l'on peut décrire l'ordre comme l'arrangement et la disposition des choses verticalement, horizontalement ou nominativement l'une après l'autre, tout ce qui touche le public provient de l'État, de la société, de l'interaction entre les individus entre eux ou celle relative aux choses. Par conséquent, il définit la sphère de mouvements et des droits de chacun : « toute atteinte à l'ordre public est en même temps, selon nous, une atteinte aux intérêts privés, dont l'ensemble constitue l'ordre public »⁵. L'idée générale est celle de la suprématie de la société sur l'individu⁶ que la « notion fonctionnelle »⁷ admise de tout le droit, est d'une application exclusive de la justice. L'ordre public implique la supériorité de l'intérêt général sur les intérêts des particuliers⁸ et

¹ CARBONNIER Jean, *Exorde*, in BEIGNIER Bernard et REVET Thierry (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996.p. 2.

² TANI Alex et BEIGNIER Bernard, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Defrénois, 2020.p. 16.

³ MAUGUIN, Sirey, t. IX, 2^e partie, pp. 342 et s., in SAINT-CYR Albert-Eugène.pp. 305-306.

⁴ DE LA MORANDIERE Julliot, *Cours pour le Doctorat*, Faculté de droit, Paris, 1931-1932, p. 6., in PASCANU Philippe, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Thèse, Faculté de droit Paris, 1937.pp. 1-2.

⁵ SALEILLES Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, Éd. la Mémoire du droit, 2001.p. 380.

⁶ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 127.

⁷ TERRÉ François, *Rapport introductif*, in BEIGNIER Bernard et REVET Thierry (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996.p. 3.

⁸ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.299 et s.

assure une certaine économie distributive du droit subjectif en droit civil¹ : il contient dans un cadre strict les conventions et actes des personnes privées ; la liberté de chacun peut se voir restreinte par l'intérêt général. « Le droit de la famille constitue le domaine par excellence de l'intervention de l'ordre public, pour deux raisons essentielles : d'une part, le droit de la famille repose sur des conceptions sociales, morales et religieuses, et d'autre part il est régi essentiellement, sinon exclusivement, par des lois impératives »² qui imposent à l'opposé de la règle supplétive qui suggère³. Le droit consiste à réglementer les activités et les relations des individus entre eux, parler d'ordre public en droit civil évoque la présence d'un conflit entre la loi civile et l'acte ou le comportement des individus. Mais la notion d'ordre public ne semble pas non plus figée, elle évolue au fil du temps et suit simultanément l'évolution des mœurs. P. ex., le contrat de courtage matrimonial ayant eu un objet contraire à l'ordre public, il nomma le mandataire de proxénète qui traite la négociation si délicate où le bonheur des futurs époux et de leur famille, et où l'intérêt social lui-même sont si sérieusement engagés, qu'il traita, comme un vrai marché, sans aucune préoccupation que celle de l'intérêt de l'argent qu'elle a pour lui⁴. Mais au fil des années et de diverses avancées techniques, industrielles, scientifiques et numériques, de tels contrats ne semblent plus contraires à l'ordre public, soit il est minutieusement modifié pour masquer le service rendu, soit il se transforme en adhésion dans un groupe où tout le monde cherche « chaussures à ses pieds ». Le changement des contenus de l'ordre public est perçu à travers le divorce par consentement mutuel⁵ (interdit avant 1975) ou depuis la loi du 8 janvier 1993 qui « a opéré un véritable chassé-croisé, la maternité n'est plus d'ordre public. Il est possible, depuis la législation de

¹ PASCANU Philippe, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Thèse, Faculté de droit Paris, 1937.p. 9.

² ALEXANDRE Danièle, *L'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français*, op. cit., in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.p. 105.

³ TANI Alex et BEIGNIER Bernard, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Defrénois, 2020.p. 19.

⁴ DEMOLOMBE, Cours de droit civil, t. XXIV, n° 335, op. cit., in SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.p. 174.

⁵ ALEXANDRE Danièle, *L'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français*, in SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland.p. 105.

l'accouchement sous X, de refuser... la maternité. Pour la paternité, c'est exactement l'inverse »¹ : la rupture du lien de filiation est conforme à l'ordre public français.

826. Enfin, dans le CCF, l'art. 16 dispose que : « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie », tandis que l'art. 16-1 prévoit que : « chacun a droit au respect de son corps », l'art. 16-9 précise clairement que « les dispositions du présent Chapitre sont d'ordre public », ce chapitre concerne le respect du corps humain » sont des principes fondamentaux d'après l'art. L. 2141-9². Ces dispositions défendent l'attribution d'une valeur patrimoniale au corps humain, même après la mort, protègent contre toutes atteintes au corps humain, et frappent de nullité la convention relative au corps humain. Ce qui suppose que la notion d'ordre public n'est pas figée, tantôt le législateur laisse le soin au juge d'en déterminer le contenu et la portée, tantôt il l'impose expressément. En effet, certains auteurs³ font la distinction entre l'ordre public classique et l'ordre public contemporain. Le premier étant conservateur, judiciaire, négatif, permet de défendre l'ordre, c'est-à-dire les principes fondamentaux de la société (conservatrice), ayant pour objet de la sauvegarde des valeurs essentielles de la société à un moment donné. Comme les bonnes mœurs, il est une notion essentiellement judiciaire, il appartient au juge de dire si une convention est ou non contraire à l'ordre public ; il est une notion négative, se borne à interdire. Alors que l'ordre public contemporain est surtout un ordre économique, social et professionnel, sa source est surtout législative, il appartient au législateur pas au juge. Ce concept entend protéger une catégorie de justiciables : il constitue un ordre public de protection sociale, ayant pour but de défendre les faibles contre les forts, ce qui correspond à l'un des rôles du tribunal.

827. Par conséquent, il faut distinguer l'ordre public de direction et l'ordre public de protection, distinguer que la règle d'ordre public fait l'objet de violation, de renonciation ou d'extension. Dans la rupture du lien de filiation, l'ordre public répare et sanctionne une violation, un manquement aux devoirs de respect et d'honneur intergénérationnels et tend vers une disparition définitive des conflits familiaux dérivant des violences intrafamiliales, de maltraitances, d'inceste, etc. Si le caractère d'ordre public du statut familial concerne

¹ BÉNABENT Alain, *L'ordre public en droit de la famille*, in BEIGNIER Bernard et REVET Thierry (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996.p. 27.

² Par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, modifiant et abrogeant quelques articles du Code de santé publique.

³ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.pp. 301-302.

essentiellement l'attribution des droits¹ (CPCF Art. 794, 12, al. 5 ; 58), il pourrait être aussi leur anéantissement pour le futur. Dans notre objet d'étude, M. Carbonnier² fait allusion à l'intimité, au secret, à l'intérêt public, autant de composantes inhérentes au droit de la famille dans son ensemble³ : la rupture du lien de filiation du fait de l'adoption, la reconnaissance d'enfant, les interdictions à mariage, sont autant d'institutions du droit de la famille rigoureusement réglementées et encadrées dans l'intérêt général, l'ordre public. Ce qui est contraire à l'ordre public était d'organiser les liens familiaux autrement que ne faisait la loi, « en revanche, les règles dites d'ordre public apparaissent justifiées par la protection d'une personne... »⁴. Mais l'ordre public subit l'influence d'une évolution constante des esprits et des comportements, sous conditions tenant à la matière, à l'espace et au temps (*ratione materiae, loci, temporis*), ce qui marque son caractère évolutif⁵. En parlant de l'immutabilité de l'état des personnes, qui est d'ordre public, elle génère trois caractéristiques fondamentales ; indivisible, imprescriptible, et indisponible⁶. En la matière, « on peut dire que l'état d'une personne est l'ensemble des éléments qui permettent de l'individualiser par rapport aux groupes sociaux auxquels elle appartient »⁷. La rupture du lien de filiation ne touche pas à l'individualisation de la personne, c'est-à-dire le nom, la filiation établie et la nationalité⁸, l'ordre public de l'état d'une personne réduit la possibilité de la volonté individuelle de le changer. Si l'adoption plénière est irrévocable en droit français et en droit

¹ TOPOR Lucienne, *La médiation familiale*, Presses Universitaires de France, 1992.p.23.

² Exemple de matière intéressant l'ordre public qui concerne la preuve en droit de la famille : CARBONNIER Jean, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, Presses universitaires de France, 2002., p. 205. : « La théorie générale de la preuve ne peut être transposée ici qu'avec les modifications qu'imposent les particularités d'une matière où les faits à prouver sont d'une nature intime, partiellement secrète, en même temps que d'intérêt public ».

³ VIAL Géraldine, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Grenoble II, 2006.p. 1.

⁴ DELFOSSE Marie-Laure, *Le lien parental* [microfiche], Thèse, LGDJ Université Panthéon-Assas, 2003.p. 231.

⁵ TERRÉ François, *Rapport introductif*, in BEIGNIER Bernard et REVET Thierry (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996.p. 4.

⁶ « Indivisible [car] l'état d'une personne ne peut avoir simultanément deux états contraires... Imprescriptible [car] un état ne peut s'acquérir ou se perdre par le temps... Indisponible [car] «une personne ne peut pas modifier son état de son propre chef», POMART Cathy, *Le sexe, l'état civil et l'immutabilité de l'état des personnes*, La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe a 10 ans, CRJ-Université de La Réunion, 2023.

⁷ BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ Lextenso éditions, 2010.p. 33.

⁸ BILBAO René, *Le droit malgache de la nationalité*, CUJAS, 1965.

malgache, les effets de la rupture du lien de filiation paraissent assimilables. Ce qui nous permet de conclure que la rupture du lien de filiation n'est pas méprise par les législations en comparaison. De plus, la tendance actuelle de l'évolution du droit pour mieux protéger les enfants et les parents victimes de violences converge au durcissement des sanctions civiles et pénales. P. ex, les réformes apportées par les lois suscitées, n° 2024-233 visant à mieux protéger les enfants et parents victimes de violence, n° 2024-317 pour l'anéantissement de certains droits et devoirs familiaux. L'ordre public évolue, les bonnes mœurs aussi.

II. La rupture du lien de filiation conforme aux bonnes mœurs

828. Selon les règles d'Ulpian : « les mœurs sont le consentement tacite du peuple instauré par une longue coutume »¹ : Saint-Cyr disait qu'elles « ne sont que la projection d'un idéal moral approuvé à une époque donnée dans une société donnée » tout en soulevant l'épineux problème des rapports de la morale et du droit². Alors que M. le doyen Carbonnier propose « cependant, les bonnes mœurs ne doivent pas être identifiées avec la morale »³, en les considérant comme moins purs et de plus terre à terre que la morale, et reprenant les termes de « coutumes des honnêtes gens » de M. Beudant, rien de comparable à une éthique transcendante ou éternelle, mais spécialement en matière sexuelle, pour un lieu et un temps donnés. Faute de définition des bonnes mœurs dans le droit positif, nous abordons la question par la condition négative, c'est-à-dire ce qui est contraire aux bonnes mœurs à travers le Code civil et selon la jurisprudence. Quelle tâche aussi délicate, celle de délimiter les contours imprécis de la notion de bonnes mœurs en droit civil français⁴, n'en est-il pas moins en droit civil malgache contenant parfois des contradictions des us et de coutumes compte tenu de différentes origines de la population, confirmant le caractère évolutif et des conditions matérielles, locales et temporelles suscitées ? On avance aussi que « les bonnes mœurs considèrent l'homme en tant qu'individu, en tant qu'homme : elles comprennent les règles de vie qui assurent le respect de sa dignité »⁵. Partant de ce postulat, les bonnes mœurs seraient un ensemble de normes qui régit le comportement d'un individu vivant dans une société qui

¹ ULPIN, Pr., 1, 4, op. cit., in GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2000.p. 307.

² SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.p. 321.

³ CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 1994.p. 130.

⁴ SAINT-CYR Albert-Eugène.p. IX.

⁵ RAYNAL Jean, *Etude sur les Conventions immorales*, Thèse, Paris, 1900.

protège ou encadre sa dignité, nous soulignons. Les mœurs ne sont pas nécessairement liées à la sexualité dans le sens que la tradition leur a donné en France où les bonnes mœurs ont pour objet les rapports entre les sexes, afin d'en juguler l'instinct et l'exploitation¹ : elles s'inspirent d'une règle morale, la morale civique, qui a laïcisé une morale religieuse, la morale chrétienne². La société permissive contemporaine veut faire disparaître ces normes, afin de permettre les libertés de la « société de plaisir et d'affinité », ce qui marque l'évolution des mœurs : les bonnes mœurs servent plutôt de terrain de renvois de l'éthique³ grecque et de la morale latine, à ce qui se fait, à la conduite humaine. Autant de conventions pouvaient faire partie des actes contraires aux bonnes mœurs comme le contrat de claque, de boxe, de la chirurgie esthétique, le trafic d'influence et la corruption de fonctionnaires⁴, dont les conséquences sont la nullité, l'impossibilité de la répétition, du remboursement, etc., découlant de la maxime « *Nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans* » (nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude⁵) : certaines d'entre elles deviennent de nos jours conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Les bonnes mœurs ne sont pas simplement les mœurs pratiquées en fait à un moment déterminé dans une société donnée : elles ont un caractère normatif. Elles sont les mœurs des « honnêtes gens », celles dont la transgression porte atteinte aux valeurs et institutions essentielles du corps social : une société ou un

¹ C.A Riom, 16 novembre 1937, D. H. 1938, pp. 109-110, note L. Hugueney : « Du point où le cache-sexe finit, dépend celui où la répression commence », l'arrêt avait débouté l'Association des familles nombreuses du Puy-de-Dôme tendant à la condamnation pour outrage public à la pudeur d'une artiste.

Décision contraire : Tribunal correctionnel de la Seine, 18 juillet 1935, confirmée par la C.A Paris, XIIe Chambre, 26 février 1936, Recueil Sirey, 1936, 2, 136-137 : condamnant la danseuse américaine Joan Warner à la demande d'un spectateur offusqué par sa tenue portant un cache-sexe de couleur chair et que le tribunal a jugé : « ... Warner n'était pas entièrement nue... Mais.... qu'en effet, vu l'impossibilité de définir avec précision jusqu'où s'étend le domaine de l'art et où commence celui de la lubricité, une attitude, un geste, pouvant faire instantanément de l'un de l'autre, on est amené à conclure que le nu vivant intégral n'est pas admissible en public... », a condamné la danseuse à cinquante francs d'amende pour outrage à la pudeur, in SAINT-CYR Albert-Eugène, pp. XII-XIII

² MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Editions Cujas, 1995.p.300.

³ RAKOTONIRINA Solonjatovo et RAOELINA RANDRIAMBOLOLONA Jacqueline, « L'éthique et les Droits de l'homme dans la recherche de la paix », *BAM*, 2012.p. 152.

⁴ SAINT-CYR Albert-Eugène.p. 163 et s.

⁵ Le terme « turpitude », du latin turpide 1° littér. ou iron. Caractère de bassesse, d'indignité. -> Ignominie, infamie. 2. Action, parole... basse, honteuse. -> Bassesse, in LE ROBERT (dir.), *Le Robert illustré 2022*, Dictionnaires le Robert-Sejer, 2021.p. 1992, signifiant également négligence, faute, comportement illégal ou fraude, in https://fr.wikipedia.org/wiki/Nemo_auditur_propriam_turpitudinem_allegans.

individu sans morale n'a pas de structure, est condamné à la déliquescence. Des normes morales que le droit sanctionne suivant les besoins de la société : M. Demogue détermine les bonnes mœurs d'après les faits ou l'opinion commune plutôt que d'après un idéal religieux ou philosophique¹. Mais encore une fois, l'ordre public s'entremêle avec les bonnes mœurs où selon M. Oprea Zéno, la notion de bonnes mœurs en droit civil français lui semble dominée à l'origine par la théorie de la cause² (à trouver logiquement dans le contrat) : cause licite ou illicite selon l'opinion commune (l'ordre public) interprétée souverainement par le juge dont l'immoralité dépend du fait, variant avec chaque individu, avec chaque époque³. La notion de mœurs est en mouvement perpétuel en fonction des besoins et des ressentis de la population sur un territoire donné à un moment donné, ce sont des principes, des valeurs, des sentiments communs, impossibles à enfermer dans un précepte « *ne varietur* ». Le récit de bonnes mœurs se rencontre à chaque fois que la législation nécessite sa conformité, une législation suivant la réalité sociale, la morale sociale : il en va de soi pour la jurisprudence, tout comme la pensée doctrinale. M. La Rombière disait : « les bonnes mœurs sont les habitudes réglées par le sentiment général du devoir, de l'honnêteté, de la pudeur publique. Ce qui est contraire aux bonnes mœurs est donc ce qui blesse ce sentiment, *quod pietatem, existimationem, verecundiam laedit* »⁴ ; « toute condition contraire aux bonnes mœurs est une condition illicite, en ce sens qu'elle est contraire au droit comme à la morale... Ainsi le droit s'accorde avec les mœurs pour proscrire et frapper toute condition contraire aux mœurs »⁵.

829. Tandis que le respect délimite le cadre de l'interaction entre l'individu et ses semblables, observé par toutes les parties concernées : nous pouvons confirmer que le respect quoi qu'il en soit son objet ou qui que ce soit son titulaire consiste à protéger l'intérêt de la personne ou de l'objet à qui il s'adresse, tout comme de celui à qui il débite. Le caractère

¹ DEMOGUE René, *Traité des obligations en général. Tome 2*, Librairie Arthur Rousseau et Cie, 1923.1933, n° 773-777, p. 598 et s.

² OPREA Zéno, *Essai sur la notion de bonnes mœurs en droit civil allemand*, Thèse, Paris, 1935, p. 75., in SAINT-CYR Albert-Eugène.p. XXV.

³ LABORDE-LACOSTE Marcel, « Exposé méthodique de droit civil, t. I », *Recueil Sirey*, 1940.p. 75.

⁴ LA ROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, art. 1133, Paris, 1883, op. cit., in SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse de droit, Bordeaux, 1941.p. XX.

⁵ BARTIN Etienne, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, Paris, 1889, op. cit., in *Ibid*.p. XX.

évolutif ou « précaire de ce qui est contraire à la loi »¹ par l'intervention d'ordre public et de bonnes mœurs en droit de la famille n'obstrue pas l'avènement d'un nouveau concept de sanction civile. La rupture du lien de filiation est-elle conforme aux bonnes mœurs ?

Considérant que « les bonnes mœurs comprennent les règles de vie qui assurent le respect de sa dignité », la rupture du lien de filiation en tant que sanction au manquement de respect de la dignité humaine ne saurait qu'être la bienvenue. Rien ou presque ne pourrait aller à l'encontre de cette idée de sa conformité aux bonnes mœurs du droit civil et même du droit pénal. Dans toutes ces argumentations, toutes ces controverses, toutes ces affirmations de la doctrine : le composant invariable déterminant les normes et les comportements n'est autre que la prise en compte de la réalité sociale, de la morale sociale ou de l'opinion publique que le législateur et le juge essaient de tout temps à refléter respectivement dans la législation, dans le jugement. Les définitions et les affirmations d'hier peuvent se trouver rapidement en déphasage de la réalité, le droit en éternel mouvement ne saurait éviter ni le temps, ni l'endroit, ni la pensée de la population à laquelle il doit s'appliquer, le contraire rentrera nécessairement dans l'autoritarisme et l'arbitraire, autrement dit dans la dictature et le pouvoir absolu du juge : la rupture du lien de filiation n'est pas inconnue des ordres juridiques, le concept de sanction civile de la rupture du lien de filiation ne saurait être contraire aux bonnes mœurs, à l'inverse elle assume son rôle prophylactique au comportement indigne.

¹ BÉNABENT Alain, *L'ordre public en droit de la famille*, in BEIGNIER Bernard et REVET Thierry (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996.p 30.

CONCLUSION

830. Les lois internationales comme nationales reconnaissent la famille comme la valeur fondamentale et essentielle de la société, à partir de laquelle, un individu doit trouver sa stabilité, son éducation et son épanouissement : elles reconnaissent également le respect et l'honneur dont les différents acteurs doivent observer dans la famille et dans la société. Dans cette étude, nous avons démontré que le devoir de respect ou le droit au respect est un principe fondamental de la société et du droit. Paradoxalement, la perfection du droit allant d'une règle générale à des règles spéciales a fait régresser la force impérative et spontanée du devoir de respect dans le droit de la famille : renforçant ou rappelant sa valeur dans le mariage par exemple ou encore depuis des décennies dans l'intérêt supérieur de l'enfant, laissant parfois emblématiques les règles instituant la protection des parents, aînés et ascendants devenus vulnérables. Or le respect dans le cercle familial, qu'il soit horizontal ou vertical, n'est pas seulement laissé à la conscience individuelle, mais reflète l'importance de la place que lui donne la conscience collective, l'intérêt général. Le «devoir connu relatif, provisoire... peut continuer à être obéi et respecté dont les devoirs relatifs à la famille, qui mettent des siècles à varier, il y a place pour des obligations qui présentent tous les degrés possibles de stabilité »¹ et méritent d'être mieux sanctionné : le devoir de respect aux parents, aînés et ascendants en tant que devoir impératif. La rupture du lien de filiation est une solution connue et acceptable dans les ordres juridiques en comparaison, tantôt pour sanctionner un fait, tantôt comme condition ou effet de l'application d'une institution juridique spécifique. Cependant, la rupture du lien de filiation que nous proposons ne doit avoir des effets rétroactifs démesurés au risque de perturber les systèmes de droit positif : de ce fait, comme en matière de rejet elle ne peut concerner que pour l'avenir et ne doit toucher en aucun cas la filiation légalement établie, mais anéantit tous ses effets : en l'occurrence des droits et obligations qui en découlaient. Certes, les législations primitives connaissaient les formes les plus sévères du rejet ou de la rupture du lien de filiation, il devient pertinent de nos jours de faire une adaptation, un ajournement de ces règles en conformité avec les différents Déclarations, Conventions et Traités internationaux et des lois nationales. De plus, les regards multiples apportés des droits « d'ailleurs », même si « nous n'aimons pas les écrits qui ébranlent nos certitudes parce qu'ils nous obligent à tout repenser. C'est en cela que le droit

¹ LÉVY-BRUHL Lucien Auteur du texte, *La morale et la science des mœurs* [en ligne], Un document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, 1903.p. 24.

comparé nous sert »¹ ; « il ne faut d'ailleurs pas regretter ces particularités techniques des diverses législations. C'est là à vrai dire ce qui constitue le droit en tant que science ; c'est là aussi ce qui introduit la sécurité et la justice pacifique dans les rapports des hommes réunis en société »².

831. En abordant le thème du « droit au respect » et notamment dans les relations familiales intergénérationnelles, notre étude aboutit à une nouvelle réflexion sur un nouveau concept de sanction civile qu'est la rupture du lien de filiation. L'acceptation d'une solution universelle par ce nouveau concept de sanction civile est d'ailleurs envisageable sans aucun avis prétentieux : toutefois, « notre connaissance conceptuelle d'un objet ne peut échapper à notre manipulation de celui-ci et la connaissance d'un objet par l'action consiste à procéder à l'intégration progressive de toutes les actions relatives à cet objet »³, ce que nous regrettons de ne pouvoir faire dans cette étude consacrée au « respect ». Ainsi, l'esquisse que nous avons effectuée ouvre une étude approfondie à réaliser sur l'ensemble de règles et de conditions nécessaires à circonscrire le concept : le régime juridique de la rupture du lien de filiation comme sanction civile des manquements graves aux obligations familiales et des atteintes à l'honneur et au respect de tous les membres de la famille. Elle peut renforcer les sanctions du droit commun de nos jours où les violences intrafamiliales (violence conjugale, maltraitance des enfants mineurs, des personnes âgées, des incestes, viols, etc.) constituent un des fléaux de la société contemporaine, un phénomène social préoccupant, mobilisant toutes les attentions des pouvoirs publics et des différents acteurs de la société civile. Dès lors, la rupture du lien de filiation que nous envisageons sanctionnera non seulement les manquements aux obligations familiales intergénérationnelles dans le sens montant des relations familiales verticales, mais aussi dans le sens descendant, ouvrant une action civile supplémentaire aux enfants victimes de leurs parents, ascendants et aînés.

¹ BEIGNIER B., préface, p. XIII, in TANI Alex et BEIGNIER Bernard, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Defrénois, 2020.

² ESMEIN Adhémar, « La jurisprudence et la doctrine », *RTDCiv.*, 1902.p. 17.

³ COPPENS Philippe, *Normes et fonction de juger*, Bruylant LGDJ, 1998.p. 170.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX¹

- ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 4. Tir, Paris, Quadrige / Lamy-Puf, 2012, 1649 p.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Droit de Madagascar*, Association Henri Capitant, Paris, LGDJ-Lextenso, 2021, 114 p.
- ATIAS Christian, *Devenir juriste, Le sens du droit*, Carré Droit, Paris, LexisNexis SA, 2011, 191 p.
- AUBERT Jean Luc, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 8e éd, Paris, A. Colin, 2000, 344 p.
- AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Lefebvre Dalloz, 2023. 520 p.
- BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *Traité de droit international privé*, 8e édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.
- BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 5 è, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2010, 600 p.
- BATTEUR Annick et MAUGER-VIELPEAU Laurence, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 12^e édition, LGDJ, 2023. 666 p.
- BAUDRAND Gilbert, *Traité de la procédure civile indigène à Madagascar*, Paris, R. de Comarmond, Jouve & Cie, 1951.
- BEAUCHARD Jean et COUVRAT Pierre, *Droit civil, procédure, linguistique juridique: écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, Presses universitaires de France, 1994.
- BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, *Droit des personnes et de la famille*, 3è, [s. l.], LGDJ Lextenso éditions, 2017, 613 p.
- BÉNABENT Alain, *Droit de la famille*, 6e éd., à jour au 14 juillet 2022, Paris-La Défense, LGDJ, 2022.
- BÉNABENT Alain, *Droit civil, La Famille*, JurisClasseur, 11è édition, Paris, JurisClasseur, Litec, Groupe LexisNexis, 2003, 597 p.
- BERTHIER Hugues, *Droit civil malgache*, Imprimerie officielle, Tananarive (Madagascar), [s. n.], 1930, 161 p.

¹ Certains ouvrages, revues, articles ou autres cités (opus citatum) ne figurent pas dans la bibliographie pour diverses raisons, ils seront consultables et identifiables à travers les sources référencées.

BERTHIER Hugues, *Lalàna velona sy fomban-tany mbola arahina eto Madagascar*, Imprimerie officielle, Tananarive (Madagascar), [s. n.], 1921, 199 p.

BOULANGER François, *Les rapports juridiques entre parents et enfants : perspectives comparatistes et internationales*, Paris, Economica, 1998, 394 p.

BOULANGER François, *Droit civil de la famille, I, Aspects internes et internationaux*, Paris, Economica, 1990.

CAHUZAC Albert, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, vol. Tome 1er, A. Chevalier – Maresq & Cie, Paris, Librairie Maresq Ainé, 1900, 506 p.

CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, Quadrige Manuels, Paris, Presses Universitaires de France, 1955, 1956, 2004, 1496 p.

CARBONNIER Jean, *La famille*, 14^e, Paris, PUF, 1991, 598 p.

COLIN Ambroise (1863-1929) Auteur du texte et CAPITANT Henri (1865-1937) Auteur du texte, *Cours élémentaire de droit civil*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1921, 1044 p.

COLOMER André, *Droit musulman, Les Personnes - La Famille*, La Porte, Paris, Librairie de Médecis, 1963, 214 p.

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, *Traité de droit comparé, Tome II, La méthode comparative*, Paris, L.G.D.J, 1974, 412 p.

CORNU Gérard, *Droit civil La famille*, vol. Tome 2, 9^e édition, Paris, Monchrestien, 2006, 654 p.

COURBE Patrick et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, 7^e édition, Paris, Sirey, 2017.

COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline et FARGE Michel, *Droit de la famille*, 8^e édition, Paris, Sirey, 2021. 710 p.

DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, 1911^e éd., Paris, Editions La mémoire du droit, 2001, 681 p.

DEMOGUE René, *Traité des obligations en général. Tome 1* [en ligne], Paris, Librairie Arthur Rousseau et Cie, 1923. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65173531>

DEMOGUE René, *Traité des obligations en général. Tome 2*, Paris, Librairie Arthur Rousseau et Cie, 1923, 998 p.

DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, 6^e ème, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2021, 398 p.

DOUCHY-LOUDOT Méлина, *Droit civil Ire année : introduction, Personnes Famille*, 12^e éd, Paris-La Défense, Lefebvre Dalloz-Dalloz, 2023, 620 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel, t. I : La règne du droit-Le problème de l'État*, 3è, Paris, Fontemoing et Cie, 1927.

GAMON Amédée, *Traité de la justice indigène à Madagascar* [en ligne], Antananarivo, Madagascar, Imprimerie officielle, 1910, 462 p.
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6373126c.r=Trait%C3%A9%20de%20la%20justice%20indig%C3%A8ne%20%C3%A0%20Madagascar?rk=21459;2>

GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, 2e éd, Paris, Montchrestien, 2000, 429 p.

GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, tome 1er*, Paris, L.G.D.J, 1919, 324 p.

GHESTIN Jacques, BARBIER Hugo et BERGÉ Jean-Sylvestre, *Introduction générale*, 5e éd, Paris, LGDJ, 2018, 860 p.

GOUBEAUX Gilles et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Les personnes*, Paris, L.G.D.J, 1989, 602 p.

HAUSER Jean et HUET-WEILLER Danièle, *Traité de droit civil, La Famille, Fondation et vie de famille*, 2ème, Paris, LGDJ, 1993, 943 p.

HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle et GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, Paris, L.G.D.J, 1991, 556 p.

JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar: d'après des documents authentiques et inédits ethnographie, philologie, mœurs, coutumes et lois organisation sociale, politique, administrative et judiciaire, I*, Paris, Tome I, E. Guilmoto, 1909, 644 p.

JULIEN Gustave, *Institutions politiques et sociales de Madagascar: d'après des documents authentiques et inédits ethnographie, philologie, mœurs, coutumes et lois organisation sociale, politique, administrative et judiciaire, II*, Paris, Tome II, E. Guilmoto, 1909, 375 p.

LES CODES BLEUS MALGACHES, *Constitution et lois organiques de la République malgache et accords franco-malgache*, Antananarivo, Librairie de Madagascar, 1964, 115 p.

LEWIS Henri Morgan, *La société archaïque*, Jaouiche Halie (trad.), Paris, Éditions Anthropos, 1877, 653 p.

LINANT DE BELLEFONDS Y., *Traité de droit musulman comparé : Filiation, Incapacités, Libéralités entre vifs*, Paris - La Haye, Mouton & Co, The Hage, and Maison des sciences de l'homme, 1973, 467 p.

MALAURIE Philippe et FULCHIRON Hugues, *Droit de la famille*, LGDJ, un savoir-faire de Lextenso, 2023. 977 p.

MALAURIE Philippe et FULCHIRON Hugues, *Droit de la famille*, 5e édition, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso éditions, 2016, 845 p.

MALAUURIE Philippe et FULCHIRON Hugues, *La famille*, 4e éd. à jour au 1er janvier 2011, Paris, Defrénois-Lextenso éd, 2011.

MALAUURIE Philippe et MORVAN Patrick, *Introduction au droit*, 9ème, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2022, 536 p.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Table des infractions courantes de Madagascar*, [s. l.], Ministère de la justice, 2022, 1134 p.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Recueil des lois civiles, Dispositions générales « Droit de la famille »*, présenté par Ramangasoavina Alfred, Garde des sceaux Ministre de la justice, Tananarive, Président de la commission de rédaction du code civil, 1964, 193 p.

PLANIOU Marcel (1853-1931) Auteur du texte, *Traité pratique de droit civil français, Tome I, 2e éd.*, 2ème, Paris, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.

PLANIOU Marcel, *Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., Tome 3, Les régimes matrimoniaux, Les successions, Les donations et les testaments*, [s. l.], [s. n.], 1932.

PLANIOU Marcel, *Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., Tome 2, Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, [s. l.], [s. n.], 1931.

PLANIOU Marcel, *Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., Tome 1, Principes généraux, Les personnes, La famille, Les incapables, Les biens*, [s. l.], [s. n.], 1928.

PLANIOU Marcel (1853-1931) Auteur du texte, RIPERT Georges et ROUAST André, *Traité pratique de Droit civil français, La Famille (Mariage, Divorce, Filiation), Tome II, 2e édition*, 2ème édition, Paris, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952, 973 p.

RAHARIJAONA Henri, *Droit civil II : Successions - Testaments - Donations*, Antananarivo, Université d'Antananarivo, Etablissement supérieur de Droit, d'Économie, de Gestion et de Sociologie, 1989, 81 p.

ROUBIER Paul et DEROUSSIN David, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2. éd., [réimpr. de 1951], Paris, Dalloz, 2005, 9 p.

R.P CALLET François, *Histoire des Rois : Tantaran'ny Andriana, Tome I*, Chapus G. S. et Ratsimba E. (trad.), vol. 1, Académie Malagasy, Tananarive, Librairie de Madagascar, 1974, 688 p.

R.P CALLET François, *Histoire des Rois : Tantaran'ny Andriana, Tome III*, Chapus G. S. et Ratsimba E. (trad.), vol. 2, Académie Malagasy, Tananarive, Librairie de Madagascar, 1974, 576 p.

R.P CALLET François, *Tantaran'ny Andriana eto Madagascar. Documents historiques d'après les manuscrits malgaches, I*, vol. I, Ouvrage réédité par la colonie, avec le concours de l'Académie malgache, Imprimerie officielle, 1908.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Droit de la famille, 2001/2002: mariage, divorce, concubinage, pacs, filiation, nom, prénom, autorité parentale, assistance éducative, aide sociale à l'enfance, prestations familiales, obligations alimentaires*, Paris, Dalloz, 2001, 932 p.

SOUS LA DIRECTION DE GANGHOFER Roland, *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, 877 p.

THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache moderne, Tome I, Fascicule I : Le nom, l'absence, les actes de l'état civil*, Tananarive, Librairie de Madagascar, 1962, 220 p.

THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache : les lois et coutumes Hovas, Fascicule III ; Les successions, les donations, les testaments*, Paris, R. de Comarmond, Jouve & Cie, 1953, 738 p.

THÉBAULT Eugène-Pierre, *Traité de droit civil malgache : les lois et coutumes Hovas, Fascicule I ; Le statut personnel, les personnes et la famille*, Paris, R. de Comarmond, Jouve & Cie, 1951.

OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THESES, MÉMOIRES

AGHASSIAN Michel et AUGÉ Marc, *Les domaines de la parenté : filiation, alliance, résidence*, Paris, F. Maspero, 1975, 134 p.

AGOSTINI Éric, *Droit comparé*, Droit politique et théorique, Paris, Presses universitaires de France, 1988, 339 p.

ALEXYE Soarimalala Freda, « La justice juvénile à Madagascar », Faculté DEGS Antananarivo, 2016.

ALLIOT Michel et KUYU Camille, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, 2003, 400 p.

ANDRIAMANANTENA Mandresy Onja, *L'autorité parentale*, Faculté DEGS, Département droit, Antananarivo, Madagascar, Institut d'études judiciaires, Faculté DEGS, 2013, 18 p.

ANDRIAMANJATO Richard, *Le Tsiny et le Tody*, Paris, Présence africaine, 1957.

APPLETON Charles, *Le culte des ancêtres, source permanente du droit en Asie, et du droit ancien à Rome*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény* [en ligne], vol. Tome I, Aspects historiques et philosophiques, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, 340 p.

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9374q.r=recueil%20d%27%C3%A9tudes%20en%20l'honneur%20de%20fran%C3%A7ois%20g%C3%A9ny?rk=21459;2>

ARNAUD André-Jean, DULCE Farhinas, COMMAILLE Jacques *et al.*, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 378 p.

ARNAUDIN Cécile, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, MONTESQUIEU-BORDEAUX IV, 1999, 486 p.

ASSIEU-ANDRIEU Louis, *Le destin de la loi Stratae : droit des puissances et droits du peuple en Catalogne* [microfiche], Toulouse, 1985.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Association Henri Capitant pour la culture juridique française, Deuxième congrès international de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, T.7, 1952*, Schmidt Periodicals, Bad Feilnbach, Montréal, Schmidt Periodicals, Bad Feilnbach, 1997, 908 p.

ASTRUC Louis, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, 1929, 151 p.

ATIAS Christian, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, 240 p.

AUDIER Jacques, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, Aix-Marseille, 1979, 418 p.

BALARD Robert, *La notion de preuve en droit traditionnel malgache* [microfiche], Thèse. Droit. Paris. 1965.

BAPTISTE Paulin, *Le rejet d'enfant à Madagascar* [microfiche], Paris, 1955.

BARÉ J.F, *Pouvoir des vivants, Langage des morts : Idéo-logiques Sakalave*, François Maspero, Paris, François Maspero, 1977.

BART Jean, *Transcrire, rédiger, réformer les coutumes*, [s. l.], [s. n.], [s. d.].

BARTIN Etienne, *Théorie des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs* [en ligne], Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1887, 420 p.https://books.google.com/books?id=7KXqucxoz2gC&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ViewAPI#v=onepage&q&f=false

BASTARD Benoit et CARDIA-VONECHE Laura, *Le divorce autrement : la médiation familiale*, Syros-Alternatives, Paris, Syros-Alternatives, 1990, 215 p.

BAUMANN Xavier, *Contribution du Droit comparé au Droit mondial (1900-1940)* [microfiche], Thèse de doctorat, Normandie Université, 2023.

BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, Thèse, Paris, 1995, 660 p.

BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, 125 p.

BEIGNIER Bernard et REVET Thierry (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 1996, 111 p.

BELIN Michel, *La Liberté et le respect des convictions et croyances dans les rapports de famille* [microfiche], Thèse. Droit. Paris II. 1973, Université Panthéon-Assas, 1973.

BENTHAM Jeremy et DUMONT Étienne, *Traité des preuves judiciaires*, [s. l.], Édition Bossange, 1830.

BEUDANT Charles, *Le droit individuel et l'État*, Paris, Rousseau Édition, 1891.

BIANCHI BANDINELLI Ranuccio, DARDENAY Alexandra et ROSSO Emmanuelle, *Rome, le centre du pouvoir : l'art romain des origines à la fin du deuxième siècle*, Nouvelle éd. revue et augmentée, Paris, Gallimard, 2010, 416 p.

BILBAO René, *Le droit malgache de la nationalité*, Paris, CUJAS, 1965, 208 p.

BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, BRUYLANT LGDJ, Paris, BRUYLANT LGDJ, 1998, 286 p.

BOSC Jean, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, Montpellier, 1901, 273 p.

CAMPION Lucien, *La notion d'assistance en droit privé*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, LGDJ, 1927, 144 p.

CAPITANT Henri (1865-1937) Auteur du texte, *De la cause des obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs (3e édition) / par Henri Capitant...* [en ligne], [s. l.], [s. n.], 1927, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5470639t>

CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, 3ème, Paris, PUF, 2016, 415 p.

CARBONNIER Jean, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21e éd. ref, Paris, Presses universitaires de France, 2002, 756 p.

CARBONNIER Jean, *Les Obligations*, 18ème, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, 594 p.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, 6ème, Paris, LGDJ, 1988, 382 p.

CARREL Alexis (1873-1944) Auteur du texte, *L'homme, cet inconnu / Docteur Alexis Carrel* [en ligne], Paris, Plon, 1935, 400 p., <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k242675>

CASTANET Vincent, *Les fossoyeurs. Révélation sur le système qui maltraite nos aînés*, Gérard Davet et Fabrice Lhomme, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2022.

CENTRE D'ÉTUDES DES COUTUMES, « Enquêtes coutumières : zone sud-est », Faculté de droit et des sciences économiques de Tananarive, 1967.

CENTRE D'ÉTUDES DES COUTUMES, « « Enquêtes coutumières : zone sud-ouest », Province de Tuléar, district Ampanihy, Poste Ejeda », Faculté de droit et des sciences économiques de Tananarive, 1961.

CENTRE D'ÉTUDES DES COUTUMES, « Enquêtes coutumières : district de Vangaindrano ; mœurs Antaisaka », Faculté de droit et des sciences économiques de Tananarive, 1961.

CHALVIDAN P.H, Les droits fondamentaux et les violations des Droits de l'homme : Démocratie, Culture, Développement, *Les droits fondamentaux et les violations des Droits de l'homme : Démocratie, Culture, Développement*, Antananarivo, Madagascar, Ligue Africaine des Droits de l'homme et des Peuples, 1995, p. 28.

CHAMAGNE Catherine, « Les diffamations et injures envers la mémoire des morts : Perspectives d'évolution de l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 » [en ligne], *LEGICOM*, 28, Victoires éditions, 2002, n° 3, p. 35-45. <https://www.cairn.info/revue-legicom-2002-3-page-35.htm>

CHEVALIER Georges, *La recherche de la paternité naturelle en droit français (Etude sur la loi du 16 Novembre 1912)*, Faculté de droit, 1917, 170 p.

COLESANTI Jules, « *Esiste una morale* », *La morale supérieure, Traduit de l'italien de OSTA Eva*, Etna Catania, Paris, PUF, 1940, 113 p.

COLIN Ambroise (1863-1929) Auteur du texte et CAPITANT Henri (1865-1937) Auteur du texte, *Cours élémentaire de droit civil français. Tome Ier, conforme au programme de*

première année / ar Ambroise Colin,... H. Capitant,... [en ligne], [s. l.], [s. n.], 1914.
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1436139>

COLIN Ambroise (1863-1929) Auteur du texte et CAPITANT Henri (1865-1937) Auteur du texte, *Cours élémentaire de droit civil français. Tome II, conforme au programme de deuxième année / ar Ambroise Colin,... H. Capitant,...* [en ligne], [s. l.], [s. n.], 1914.
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k143614p>

COLIN Ambroise (1863-1929) Auteur du texte et CAPITANT Henri (1865-1937) Auteur du texte, *Cours élémentaire de droit civil français. Tome III, conforme au programme de troisième année / ar Ambroise Colin,... H. Capitant,...* [en ligne], [s. l.], [s. n.], 1914.
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1436152>

COLOMBET Claude, FOYER Jacques, HUET-WEILLER Danièle *et al.*, *La filiation légitime et naturelle, Étude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Paris, Dalloz, 1977, 365 p.

COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE Sous la présidence de ROY Alain, « Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales », Québec, 2015.

COMMISSION DE RÉDACTION DU CODE CIVIL, « Rapport de synthèse, présenté par la Commission Provinciale de Constatation des Coutumes de Fianarantsoa », Antananarivo, Ministère de la justice, 1961.

COPPENS Philippe, *Normes et fonction de juger*, Louvain Paris, Bruylant LGDJ, 1998, 291 p.

CORBESCO Georges, *Devoirs moraux et obligations légales : étude des tendances modernes en matière de responsabilité* [microfiche], Paris, 1923.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 14e éd. mise à jour, Paris, PUF, 2022.

CORPART Isabelle, *L'autorité parentale*, Paris, Ed. ASH, 2003.

CÔTÉ Pierre-André, *Interprétation des lois*, 3ème, Québec, Éditions Thémis, 1999, 1035 p.

CRAYSSAC Pierre-Aristide, *De la restitution de la dot en droit romain, De la responsabilité des ministres en droit français*, Thèse, Bordeaux, 1890, 323 p.

DABIN Jean, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, 313 p.

DAVID René, « Le Droit de la Famille dans le Code Civil Ethiopien de René David (1967) by jahrastafari89-ssuu », publié le 29 juin 2018
https://issuu.com/jahrastafari89/docs/le_droit_de_la_famille_dans_le_code

DAVID René, *Le droit de la famille dans le Code civil Ethiopien* [en ligne], Università degli studi de Camerino, Milan, Milano-Dott. A. Giuffrè-Editore, 1967, 92 p.
https://issuu.com/jahrastafari89/docs/le_droit_de_la_famille_dans_le_code

DE DECKKER Paul, *Coutume autochtone et évolution du droit dans le pacifique du sud*, Paris, L'Harmattan, 2000, 304 p.

DE FLACOURT Etienne et ALLIBERT Claude, *Histoire de la grande isle Madagascar*, Nouv. éd, Paris, INALCO : Karthala, 2007, 712 p.

DE GUILLIN René, *Du droit des pauvres sur les spectacles à Paris*, Thèse, Paris, 1900, 209 p.

DEBET Anne, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil* [microfiche], Dalloz, 2002.

DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préf. Levasseur Georges, Paris, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1960, 459 p.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, *Modèles et normes en droit contemporain de la famille*, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998.

DELFOSE Marie-Laure, *Le lien parental* [microfiche], Thèse, LGDJ Université Panthéon-Assas, 2003.

DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, tome IV*, Paris, [s. n.], 1866.

DÉPARTEMENT DE FORMATION EN DROIT, *Procédure Civile*, CNTEMAD-D4Pvé-MD7, Antananarivo, CNTEMAD, 2015, 115 p.

DÉPARTEMENT DE FORMATION EN DROIT, *Droit Patrimonial de la Famille*, CNTEMAD-D3Pvé-MD, Antananarivo, CNTEMAD, 2014, 112 p.

DÉPARTEMENT DE FORMATION EN DROIT, *La théorie générale des obligations*, CNTEMAD-D2-MD4, Antananarivo, CNTEMAD, 2013, 77 p.

DESCHAMPS Hubert, *Histoire de Madagascar*, 4e éd. revue et complétée, Paris, Berger-Levrault, 1972, 356 p.

DEVEZE Jean, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Université de Toulouse, 1980, 753 p.

DRAGO G., *Constitutionnalité et proportionnalité, Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux*, Paris, Dalloz, 2020.

DREIFUSS-NETTER Frédérique, « L'accouchement sous X, dans Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller ; liber amicorum », PUS/LGDJ, 1993.

DRZEMCZEWSKI Andrew Z., *The right to respect for private and family life, home and correspondence: as guaranteed by article 8 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 1984, 29 p.

DUGUIT Léon, *Leçons de droit public général*, La mémoire du droit, Paris, Éditions La mémoire du droit, 2000, 340 p.

DUPICHOT Jacques, *Le droit des obligations*, Paris, PUF, 1978, 123 p.

DURKHEIM Émile, *Les règles de la méthode sociologique, De la division du travail social*, Paris, F. Alcan, 1901, 480 p.

EOLISOA, « La compatibilité du droit positif malagasy et la règle coutumière antandroy face à la succession », Faculté DEGS Toliara, 2011.

ESMEIN Paul (Edmond), *Les preuves en droit civil, Cours de droit civil approfondi, Doctorat E.*, Les Cours de droit, Paris, Les Cours de droits, 1956, 343 p.

FABRE Paul (01) Auteur du texte, *Des lettres de cachet / par Paul Fabre* [en ligne], Béziers, Imprimerie J.B Perdraut, 1878, 48 p. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3785336>

FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *Disorderly families : infamous letters from the Bastille Archives* [en ligne], SCOTT-RAILTON Thomas (trad.), [s. l.], Minneapolis, MN : University of Minnesota Press, 2016, 354 p. <http://archive.org/details/disorderlyfamilies0000unse>

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME, « La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples vers la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme », Guide Pratique FIDH, 2010.

FORRAY Vincent et PIMONT Sébastien, *Décrire le droit...et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, 1ère, [s. l.], Dalloz, 2017, 371 p.

FOUGEROL Henri, *La figure humaine et le droit*, Paris, 1913, 237 p.

FOURCAND Pierre, *Des injures en droit romain, De la diffamation en droit français*, Thèse, Bordeaux, 1891, 249 p.

FRANCK Adolphe, *Philosophie du droit civil* [en ligne], Félix ALCAN, Paris, Paris : F. Alcan, 1886, 322 p., <http://archive.org/details/philosophiedudroit00fran>

FUNCK-BRENTANO Frantz, *Les lettres de cachet à Paris, étude suivie d'une liste des prisonniers de la Bastille (1659-1789)*; [en ligne], Paris, Paris, Imprimerie nationale, 1903, 574 p. <http://archive.org/details/lettresdecachet00func>

GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, vol. Série : Etudes et Recherches, Economica, Paris, Economica, 1985, 250 p.

GALLANT Estelle et LAGARDE Paul, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé* [microfiche], Thèse, Defrénois, 2004.

GAMON Amédée, *Code annoté de la Législation et Dictionnaire de la Réglementation de Madagascar et Dépendances*, vol. Tome 2 I-Z, Cour d'Appel de Madagascar, Antananarivo, Madagascar, Imprimerie officielle, 1906, 1448 p.

GARÉ Thierry, *L'essentiel sur les personnes*, 2^{ème}, Edit'Imprim, Lyon, L'Hermès, 1995, 128 p.

GARÉ Thierry, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Paris, Editions du Centre national de la recherche scientifique : Diffusion, Presses du CNRS, 1989, 386 p.

GAUDEMET Jean, *Les naissances du droit : le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 4. éd, Paris, Montchrestien, 2006, 389 p.

GAUTIER Laurent, Les frames comme tertium comparationis pour la représentation multilingue des connaissances spécialisées ?, Dijon, Université de Bourgogne-Franche-Comté, 2019, p. 25. <https://shs.hal.science/halshs-02131377>

GÉNY François, *Science et technique en droit positif, Tome III, Élaboration technique du droit positif*, Paris, Recueil Sirey, 1921, 522 p.

GÉNY François, *Science et technique en droit positif, Tome II, Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »)*, Paris, Recueil Sirey, 1915.

GÉNY François, *Science et technique en droit positif, Tome I, Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, Paris, Sirey, 1913, 212 p.

GÉRARD Caroline, *Les droits de la personne âgée : proposition d'un statut de post-majorité* [en ligne], Thèse, Avignon, 2018, 821 p. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01969319>

GIAVARINI Laurence et BART Jean, *L'écriture des juristes XVI^{ème}-XVIII^{ème} siècle, études réunies et présentées par Giavarini Laurence* [en ligne], 2010^e éd., Paris, Classiques Garnier, 2010, 371 p. <http://www.sudoc.abes.fr/cbs/DB=2.1/SET=23/TTL=3/CLK?IKT=1016&TRM=L%27e%CC%81criture+des+juristes,+XVIe-XVIIIe+sie%CC%80cle>

GIBIRILA Deen, *L'enfant et La famille nourricière en droit comparé, Le don d'enfant en société traditionnelle africaine, sous la direction de Pousson J.*, Toulouse, [s. n.], 1997, 103 à 105 p.

GILISSEN J., *Introduction historique au droit, esquisse d'une histoire universelle du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979.

GOUTTENOIRE Adeline et GUÉRIN Marie-Cécile, « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger- Délaissement, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale | Dalloz », publié le 2022. https://www-dalloz-fr.elgebar.univ-reunion.fr/documentation/Document?id=ENCY%2FPEN%2FRUB000001%2F2022-05%2FPLAN%2F0008&ctxt=0_YSR0MD1kw6lsYWlzc2VtZW50IGQnZW5mYW50IG1pbmV1csKneCRzZj1wYWdlLXJlY2hlcmNoZQ%3D%3D&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTDCp3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PcKncyRzbe5iUGFnPcKncyRpe2Fibz1GYWxzZcKncyRwYWdpbm9VHJ1ZcKncyRvbmdsZXQ9wqdzJGZyZWVzY29wZT1GYWxzZcKncyR3b0lTPUZhbHNlWqdzJHdvU1BDSD1GYWxzZcKncyRmbG93TW9kZ

[TIGYWxzZcKncyRicT3Cp3Mkc2VhcmNoTGFiZWw9wqdzJHNIYXJjaENsYXNzPQ%3D%3D&scrll=ENCY%2FPEN%2FRUB000001%2F2022-05%2FPARA%2F17](https://www.cosmovisions.com/droitFranc.htm)

GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline, *La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative*, in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, Bruylant, 2002.

GRIMALDI Michel, *Droit patrimonial de la famille*, 4e éd, mars 2011, Paris, Dalloz, 2011.

GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, Thèse, Préf de Terré François, Paris, L.G.D.J, 2000, 520 p.

GUY Paul, *Études de droit musulman comorien, Les successions*, Moroni, [s. n.], 1980, 32 p.

HACHETTE (dir.), *Dictionnaire Hachette encyclopédique de poche: 50000 mots*, Éd. 2022, Vanves, Hachette éducation, 2021.

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME À MADAGASCAR, « Recueil des textes régionaux, sous régionaux et internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par Madagascar », 2018.

HÉRON Jacques, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, 761 p.

HERON Jacques et LE BARS Thierry, *Droit judiciaire privé*, 3 ème, Paris, Monchrestien, 2006, 964 p.

HUET-WEILLER Danièle (dir.), *Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller; liber amicorum*, Strasbourg, Press. Univ. de Strasbourg, 1994, 563 p.

HUGUENEY Louis, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse, Dijon, 1904, 345 p.

IFFOUZAR-NAGRANT Zemfira, *L'intérêt de l'enfant aux regards des droits extrapatrimoniaux*, Thèse, Sous la direction du Pr Hervé Lécuyer, Paris II, Panthéon-Assas, 2020, 584 p.

IMAGO MUNDI, « Le droit français pendant l'époque franque. », sur *Imago Mundi, Encyclopédie Gratuite en ligne* [en ligne]. <https://www.cosmovisions.com/droitFranc.htm>

IMBIKY Anaclet, *Déontologie et responsabilité des magistrats à Madagascar*, Créons, Antananarivo, Madagascar, Editions Créons, 2013, 340 p.

INSEE, « Sécurité – Justice - France - TABLEAU DE BORD DE L'ÉCONOMIE FRANÇAISE ». https://www.insee.fr/fr/outil-interactif/5367857/tableau/40_SOC/46_SEC

INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE Madagascar, « Troisième Recensement Général de la Population et de l'Habitation (RGPH-3), Tome 1 », INSTAT, 2020.

INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE Madagascar, « Troisième Recensement Général de la Population et de l'Habitation (RGPH-3), Tome 2 », INSTAT, 2020.

JACOMET, *Sanctions civiles de caractère pénal* [microfiche], Thèse, Paris, 1905.

JAMIN René, *Du droit de correction paternelle*, Paris, JOUVE Henri, 1903, 251 p.

JEAN-PIERRE Didier, *L'éthique du fonctionnaire civil : son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, Paris, L.G.D.J, 1999, 547 p.

JENKS Edward, *A digest of English civil law*, vol. I, [s. l.], Éditions Alpha, 2019, 916 p.

JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, 2^e, Paris, Dalloz, 2015, 198 p.

JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, 2^e, 1939^e éd., Paris, Dalloz, 2006, 454 p.

JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1937.

JULIEN Gustave, *Questions de droit malgache, Etudes de sociologie et d'ethnologie juridiques, dirigées par Maunier René*, Paris, Domat-Montchrestien F. Loviton et Cie, 1931, 22 p.

JULIEN Gustave, « Les réformes de 1889 : L'autonomie des fokon'olona et les règlements des gouverneurs de l'Imerina », 1902, janvier 1902, n° 1.

JULIEN Gustave, *Recueil de lois malgaches. Code des 305 articles promulgué le 29 mars 1881*, Antananarivo, Madagascar, Imprimerie officielle, 1900, 94 p.

JUZAN Léa, *L'enfant refusé, dir. Paricard S.*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021, 630 p.

KANT Emmanuel, TREMESAYGUES André, PACAUD Bernard *et al.*, *Critique de la raison pure*, 8^e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2012.

KAYSER Pierre, *La protection de la vie privée par le droit, Protection du secret de la vie privée, préf. Henri Mazeaud*, 3^e éd., Paris, Economica-PU d'Aix-Marseille, 1995, 634 p.

KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, Laroche B. (trad.), Paris, L.G.D.J, 1997.

KELSEN Hans et EISENMANN Charles, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris Bruxelles, Dalloz, 1962, 508 p.

KLIMRATH Henri, *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil*, Faculté de Strasbourg : Imprimerie F-G. Levraut, 1833, 56 p.

KNETSCH Jonas, *Bibliographie juridique de l'océan Indien* [en ligne], [s. l.], LexOI, 2021.
<https://hal.science/hal-03323755>

KÖTZ Hein, OTTENHOF Reynald et BONNART-PONTAY Nelly, *Les Conciliateurs, La conciliation, Une étude comparative. Le règlement des litiges en dehors des tribunaux : L'expérience des conciliateurs en France*, Paris, Economica, 1983.

KÖTZ Hein, OTTENHOF Reynald et INTERNATIONAL ASSOCIATION OF LEGAL SCIENCE (dir.), *Les Conciliateurs, la conciliation: une étude comparative: colloque de l'Association internationale des sciences juridiques, Pau, juillet 1981*, Paris, Economica, 1983, 191 p.

LABBÉE Xavier, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort* [microfiche], Lille, 1990.

LACOMBE Jean, *La théorie générale des obligations dans le nouveau droit malgache*, CUJAS, Paris, CUJAS, 1967.

Id., *Théorie générale des obligations en droit malgache*, CUJAS, Paris, Editions Cujas, 1967, 670 p.

LAMBERT Édouard, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný, Aspects historiques et philosophiques, Tome I*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977.

LAMBERT Édouard, *La fonction du droit civil comparé* [en ligne], vol. Tome 1, V. Giard & E. Brière, Libraires - Éditeurs, Paris, Paris, Giard, 1903, 968 p.
<http://archive.org/details/lafonctiondudroi01lamb>

LAROUSSE Éditions, « Définitions : anomie - Dictionnaire de français Larousse ».
<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/anomie/3719>

LASCOMBE Charles, *Le droit de correction paternelle, le Code civil et les décrets lois de 1935* [microfiche], Lyon, 1936.

LE NORDEZ Ernest (1839-1904) Auteur du texte, *Une lettre de cachet en 1870 : réponse à un diffamateur inviolable / E. Le Nordez* [en ligne], Paris, Imprimerie Vè Ethiou-Pérou et A. Klein, 1879, 266 p. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5470241h>

LE ROBERT (dir.), *Le Robert illustré 2022*, Nouvelle éd. millésime 2022, Paris, Dictionnaires le Robert-Sejer, 2021.

LECA Antoine, *La genèse du droit : Essai d'introduction historique au droit*, 3 ème, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, 444 p.

LEFEBVRE Philippe, *Le droit et l'honneur, sous la direction de Carbonnier Jean* [microfiche], Thèse dactylographiée, Poitiers, 1947.

LEROY Maxime, *Le Code civil et le droit nouveau* [en ligne], Société nouvelle de librairie et d'édition (Librairie Georges Bellais), Paris, Paris, G. Bellais, 1904, 130 p.
<http://archive.org/details/lecodeciviltled00lero>

LEVINET Michel, *Droits et libertés fondamentaux* [en ligne], Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2010, 128 p. <https://www.cairn.info/droits-et-liberte-fondamentaux--9782130579717.htm>

LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, 2ème, Paris, Editions Dalloz, 2010, 1619 p.

LÉVY-BRUHL Lucien Auteur du texte, *La morale et la science des mœurs* [en ligne], [s. l.], Un document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, 1903, 180 p.
<http://pages.infinit.net/sociojmt>

LÉVY-BRUHL Henri, *La preuve judiciaire, Etude de sociologie juridique*, Série A : Auteurs contemporains, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964, 152 p.

LINDON Raymond, *Les droits de la personnalité*, Jurisprudence générale Dalloz, Paris, Dalloz, 1983, 321 p.

M. D. B. G. D. S. D. F. et M. D. B. G. D. S. D. F., *La liberté du peuple : lettres de cachet, espionnage abolis ; et sureté des lettres de la poste /* [en ligne], Paris, A Paris : De l'imprimerie de Grangé ; se trouve, rue de Harpe, No.5 ; et à Versailles, chez Le Tellier, 1789, 34 p., <http://archive.org/details/lalibertdupeuple00mdbg>

MAESTRE Jean-Claude, *Le tombeau malgache et le droit public*, Faculté de droit et des sciences économiques, Paris, Éditions Cujas, 1965, 158 p.

MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, 6è, Paris, Editions Cujas, 1995, 817 p.

MALAURIE Philippe et BRENNER Claude, *Droit des successions et des libéralités*, 8ème, [s. l.], LGDJ-Lextenso, 2018, 705 p.

MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16e éd, Paris, LexisNexis, 2021.

MARASCO Georges, *Expression et concrétisation du droit*, Thèse, Faculté de Paris, 1930, 178 p.

MAURER Béatrice, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme / Béatrice Maurer ; préface, Frédéric Sudre*, Paris, Documentation française, 1999, 555 p.

MAUSS Marcel et WEBER Florence, *Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques* [en ligne], Année Sociologique, seconde série, Paris, Année

Sociologique, seconde série, 1923, 106 p. <https://anthropomada.com/bibliotheque/Marcel-MAUSS-Essai-sur-le-don.pdf>

MBAYE Keba et ANCEL Marc, *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar: études préparées à la requête de l'Unesco*, Paris, G.-P. Maisonneuve et Larose, 1968.

MÉLANGES Christian MOULY, Paris, Litec, 1998, 455 p.

MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LA PROFESSEURE Annick BATTEUR, *Regards humanistes sur le droit*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2021, 648 p.

MÉLANGES EN L'HONNEUR de Paul ROUBIER, t. 2, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, 542 p.

MÉLANGES EN L'HONNEUR du PROFESSEUR Alisaona RAHARINARIVONIRINA, *Regards sur le droit malgache*, Paris Antananarivo, l'Harmattan Jurid'ika, 2010.

MENGÈS-LE PAPE Christine, *La loi de solidarité, vers une fraternisation selon la théologie et le droit*, Centre Toulousain d'Histoire du Droit et des idées politiques, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021, 819 p.

MILL John Stuart, *L'utilitarisme*, Le Monnier P-L (trad.), Deuxième, Paris, Alcan Félix, 1889, 142 p.

MINISTÈRE DE LA SANTÉ PUBLIQUE, « Plan stratégique intégré en planification familiale et en sécurisation des produits de santé de la reproduction 2021-2025 », 2021.

MIRABEAU Gabriel-Honoré de Riquetti, *Des lettres de cachet et des prisons d'état: Ouvrage posthume, composé en 1778* [en ligne], vol. 1, [s. l.], Hambourg: [S.n.], 1782, 398 p. <http://archive.org/details/deslettresdecach01mira>

MOALTA Robenat Ténadji, *L'autorité parentale: Etude comparative des problèmes de droit interne et international privé (France et Pays d'Afrique Noire: Côte d'Ivoire, Congo, Sénégal, Tchad, Zaïre)*, dirigée par F. Boulanger, Thèse, Paris VIII, 1991, 295 p.

MODERNE Frank, *Etude comparative de deux institutions socialistes du développement rural de l'océan indien: le Fokonolona malgache et le village Ujamaa tanzanien*, Annuaire des pays de l'Océan Indien, [s. l.], CERSOI, 1974, 259 p.

MOTULSKY Henri, « Le droit subjectif et l'action en justice », Archives de la Philosophie du droit, 1964.

NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux* [microfiche], Lyon, 1939.

NIQUÈGE Sylvain et ANDOLFATTO Dominique (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, Paris, Éditions Mare & Martin, 2017, 514 p.

NJARA Ernest, *Philosophie du droit: Les quelques concepts philosophiques à connotation juridique*, Université de Fianarantsoa, [s. l.], [s. n.], [s. d.], 447 p.

- NOBLOT C, *Le pardon en droit de la famille* [en ligne], Thèse, 2014. <https://www.labase-lextenso.fr/petites-affiches/PA200412401>
- ORFILA Gérard, *La Nouvelle-Calédonie et le droit : regards sur l'application du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 1998, 307 p.
- OURLIAC Paul, *Études d'histoire du droit médiévale*, vol. 1-2, Paris, [s. n.], 1979.
- OZOUX Léon, *Droit Pénal Indigène*, Troisième, Antananarivo, Madagascar, Imprimerie officielle, 1939, 151 p.
- PACTET Pierre, *Éssai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative* [microfiche], Paris, 1950.
- PAPACHRISTOS A. C. et PAPACHRISTOU A. K., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, 151 p.
- PASCANU Philippe, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Thèse, Faculté de droit Paris, 1937, 231 p.
- PÉDAMON Michel, *La modernisation des structures familiales : Les grandes tendances du droit de la famille à Madagascar*, vol. 2, [s. l.], Faculté de droit et des sciences économiques de Madagascar, 1965.
- PELISSIER Jean, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Lyon, 1960, 495 p.
- PERRAULT Jacques, *La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil, dans Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française* [en ligne], Deuxième Congrès international de l'Association Henri Capitant, Montréal, Eugène Doucet limitée, 1952. <https://www.sudoc.fr/077754360>
- PETIT Jean, *Injures et diffamations envers la mémoire des morts*, Nancy, 1934, 197 p.
- PFEIFFER Ida et ESOAVELOMANDROSO Faranirina, *Voyage à Madagascar : avril-septembre 1857*, Reprod. en fac-sim., Paris, Karthala, 1981, 225 p.
- PICARD Edmond (1836-1924) Auteur du texte, *Les constantes du droit : institutes juridiques modernes / Edmond Picard,...* [en ligne], Bibliothèque de philosophie scientifique, Paris, Ernest Flammarion, Éditeur, 1921, 274 p. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k815278>
- PIOT Alice, *Droit naturel et réalisme, Essai critique sur quelques doctrines françaises contemporaines*, Thèse, Faculté de Paris, 1930, 231 p.
- POIRIER Jean et RABENORO Aubert, *Tradition et dynamique sociale à Madagascar*, Nice, [s. n.], 1978.
- POIRIER Jean et RAJAONA Siméon, *Civilisation malgache, tome 2*, vol. 2, Antananarivo, Faculté des lettres et sciences humaines, Cujas, 1968, 327 p.

POIRIER Jean, RAJAONA Siméon et BOTOKEY Laurent, *Civilisation malgache, tome 1*, vol. 1, Antananarivo, Faculté des lettres et sciences humaines, 1964, 403 p.

POPESCO Georges-Iorgu D., *Le droit de rétention en droit anglais (« Lien ») avec des aperçus comparatifs sur les mêmes institutions juridiques correspondantes en droit français, en droit allemand et en droit suisse*, Thèse, Faculté de droit, 1930, 167 p.

POUGOUÉ Paul-Gérard, *La famille et la terre : essai de contribution à la systématisation du droit privé au Cameroun* [microfiche], Bordeaux, 1977.

POUSSON-PETIT Jacqueline et POUSSON Alain, *L'affection et le droit*, Préf. F. Rigaux, CNRS, Centre régional de Publication de Toulouse, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990, 411 p.

PUIS Auguste, *Les lettres de cachet à Toulouse au XVIII ème siècle : d'après les documents conservés aux archives départementales ...* [en ligne], Paris-Toulouse, CHAMPION Edouard - PRIVAT Edouard, 1914, 332 p. https://www.europeana.eu/fr/item/794/ark__12148_bpt6k3344613b

RABEMANANJARA Jacques, *Les Dieux malgaches*, Imprimerie Henry Maillet, Paris, Hachette, 1964, 164 p.

RABESAHALA Gisèle, *Us et Coutumes Malgaches*, Ministère de la culture et de l'art révolutionnaire, Antananarivo, Madagascar, Société malgache d'édition, 1984.

RABUT Albert, *La notion de faute en droit privé*, Thèse, Paul Cézanne, 1949, 222 p.

RAHARIJAONA Henri, *La protection de la personne de l'enfant dans le droit positif malgache*, Antananarivo, Université d'Antananarivo, 1970, 288 p.

RAHERIFENOMANANA Norohanitra, « Les rapports juridiques entre parents et enfants : l'autorité parentale », Faculté DEGS Antananarivo, 2010.

RAKOTO ARIVONY RAINIANJA et RAHARIJAONA Henri, « Le rejet d'enfant : une coutume en voie de disparition », Mémoire, Faculté de droit, Antananarivo, 1989.

RAKOTO Ignace, *Recueil des jugements et arrêts rendus par les tribunaux à Madagascar, 1841-1896*, Paris [Antananarivo (Madagascar)], l'Harmattan Jurid'ika, 2009.

RAKOTO Ignace, *Parenté et Mariage en droit traditionnel malgache, préface de Michel Alliot*, PUF, Paris, Presses Universitaires de France, 1971, 144 p.

RAKOTOBE Nelly et HARIZO Rindra, *Le juge pénal face aux conventions sociales « Dina » et à la justice populaire*, Antananarivo, Madagascar, [s. n.], 2020, p. 13.

RAMANGASOAVINA Alfred, « Rapport présenté par la Commission de Rédaction du Code civil », Ministère de la justice, 1962.

RAMAROLANTO-RATIARAY et SEUBE Jean-Baptiste, *La Théorie Générale des Obligations en Droit Malgache, Tome 2, Les faits juridiques, Le régime général des Obligations*, vol. 2, Jurid'ika, Antananarivo, Madagascar, Jurid'ika, 2014, 302 p.

RAMAROLANTO-RATIARAY et SEUBE Jean-Baptiste, *La Théorie générale des Obligations en Droit Malgache, Tome I, L'acte juridique*, vol. 1, Jurid'ika, Antananarivo, Madagascar, Jurid'ika, 2013, 307 p.

RANDRIAMIHAINGO Jacquot, « L'évolution de la notion de biens personnels dans le droit malgache », Faculté DEGS Antananarivo, 1989.

RANDRIANASOLO Nambininstoa Sombiniaina Gabriel, « La délinquance juvénile », Faculté DEGS Antananarivo, 2010.

RARIJAONA René, *Le concept de propriété en droit foncier de Madagascar (étude sociologique, préface de Jean Carbonnier)*, EDITIONS CUJAS, Paris, Imprimerie Moderne de l'Est, 1967, 306 p.

RAU Éric, *La vie juridique des indigènes des îles Wallis*, [s. l.], Domat-Montchrestien, 1935, 106 p.

RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1978, 613 p.

RAYNAL Jean, *Etude sur les Conventions immorales*, Thèse, Paris, 1900, 170 p.

RAZAFINDRAINIBE Nathalie, « La justice face à la recrudescence de la délinquance juvénile à Madagascar », Faculté DEGS Antananarivo, 2010.

RAZAFINDRATSIMA Fara Aina, DURAND Bernard et RABEARIMANANA Lucile, *Entre droit français et coutumes malgaches: les magistrats de la Cour d'appel de Madagascar (1896-1960)* [microfiche], Thèse, Fondation Varenne diffusion LGDJ, 2011.

RAZANAKINIAINA Andrianarivony, « La sécurité de la femme et le divorce en droit positif », Faculté DEGS Antananarivo, 1988.

RIGAUX François, *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles Paris, É. Bruylant Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, 849 p.

RIGAUX François, *Les personnes, Tome I, Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, 1971, 899 p.

RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème, Paris, LGDJ, 1949, 417 p.

RIPERT Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ème, Paris, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1948, 423 p.

ROBIN Maurice, *Droit subjectif et pouvoir fonctionnel, Contribution à la théorie générale des pouvoirs juridiques*, Thèse, Paris, 1953, 299 p.

ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2003, 664 p.

ROUHETTE Anne, *Cahiers du Centre d'Etudes des Coutumes*, vol. 1, Faculté du droit et des sciences économiques et politiques, Tana, PUF, 1966, 126 p.

ROULAND Norbert, *L'Anthropologie juridique*, 2ème, Paris, PUF, 1995, 128 p.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Amsterdam, Chez Marc Michel Rey, 1762, 244 p.

RUFFIEUX Gaëlle, *Les sanctions des obligations familiales* [en ligne], Thèse, Grenoble, 2014, 793 p. <https://dallozbndpro-pvgpsla5-dalloz-bibliotheque-fr.elgebar.univ-reunion.fr/fr/pvPageH5B.asp?puc=005442&nu=143&pa=1#8>

SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique Ia, Ilae, La morale générale* [en ligne], Paris, [s. n.], 1274, 826 p. [https://www.thomas-d-aquin.com/documents/files/\(2-%20Somme%20th%C3%A9ologique%20Ia-Iae\).pdf](https://www.thomas-d-aquin.com/documents/files/(2-%20Somme%20th%C3%A9ologique%20Ia-Iae).pdf)

SAINT-CYR Albert-Eugène, *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français : spécialement dans les obligations ; étude historique, sociologique, jurisprudentielle et théorique*, Thèse, Bordeaux, 1941, 366 p.

SALEILLES Raymond, *De la personnalité juridique: histoire et théories : Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Éditions la Mémoire du Droit, 2003, 676 p.

SALEILLES Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, Reprod. en fac-sim., Paris, Éd. la Mémoire du droit, 2001.

SAVATIER René, *Le droit, l'amour et la liberté*, 2ème édition, Paris, LGDJ, 1963, 224 p.

SAVATIER René, *Des effets et de la sanction du devoir moral, en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1916, 451 p.

SAVIGNY Friedrich Carl von, *Le droit des obligations, Tome II*, Gérardin C. et Jozon P. (trad.), Paris, Auguste Durand, Librairie - Éditeur, 1863, 484 p.

SCARPELLI Uberto, GIANFORMAGGIO Letizia et CLAVREUL Colette, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 1996, 107 p.

SÉRIAUX Alain, *Le juge au miroir de l'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain*, in *Ibid.*

SIEW-GUILLEMIN Anne-Sophie, *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux* [en ligne], Thèse, Côte d'azur, 2017, 493 p. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01730697>

SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES, *Recueil d'études sociales à la mémoire de Frédéric Le Play*, Paris, Éditions A. et J. Picard et Cie, 1956, 300 p.

SOUS LA DIRECTION DE JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Centre Régional de Publication de Lyon, Paris, Centre National de la Recherche scientifique, 1991, 245 p.

SPAS Louis, *Etude sur l'organisation de Madagascar : Justice indigène - Indigénat - Conseils d'arbitrage*, Paris, M. Giard & E. Brière, 1912, 263 p.

SPIESS F., *De l'observation des simples conventions en droit canonique* [microfiche], Nancy, 1928.

STETTLER Martin, *Le droit suisse de la filiation*, vol. III, tome II, 1, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Genève, Suisse, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Edition française, Editions Helbing und Lichtenhahn Bâle, 1987, 607 p.

STEULLET Alain, *La victime de l'atteinte à l'honneur, Étude de droit pénal et de procédure pénale suisses*, Éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1983, 139 p.

SUDRE Frédéric et INSTITUT DE DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 22 et 23 mars 2002*, Bruxelles, Bruylant [u.a.], 2002, 410 p.

TANI Alex et BEIGNIER Bernard, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Paris La Défense, Defrénois, 2020, 439 p.

TERRÉ François, LEQUETTE Yves et GAUDEMET Sophie, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4e éd. 2014, [entièrement refondue], Paris, Dalloz, 2013, 1174 p.

TETU Maïlys, *La catégorie juridique des droits et libertés*, Droit public, Lyon III, Jean Moulin, 2020, 668 p.

THOMAS Claude Auteur du texte, *Essai sur les obligations naturelles en droit privé français / thèse pour le doctorat en droit présentée par Claude Thomas,... ; Université de Montpellier. Faculté de droit* [en ligne], [s. l.], [s. n.], 1932, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k30400866>

TOPOR Lucienne, *La médiation familiale*, 1ère, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, 128 p.

TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil, t. I, Ire édition*, [s. l.], [s. n.], 1811.

VATIKIOTIS Panayiotis Jerasimof, *L'Islam et l'État*, Guitard Odette (trad.), Paris, Gallimard, 1992, 204 p.

VERDIER Pierre et MARGIOTTA Nathalie, *Le droit à la connaissance de son origine : un droit de l'Homme, Pour en finir avec l'accouchement sous X et le secret de la filiation*, Éditions Jeunesse et droit, Paris, 1998, 103 p.

VIAL Géraldine, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Grenoble II, 2006, 677 p.

VON JHERING Rudolf, *L'esprit du Droit Romain, Dans les diverses phases de son développement, Traduction Meulenaere Octave, tome II, 2e édition*, DE MEULENAERE Octave (trad.), vol. Tome 2, 2e éd., Paris, Maresq Ainé, 1886.

VON JHERING Rudolf, *Etudes complémentaires de l'Esprit du droit romain, Vol. I, De la faute en droit privé* [en ligne], De Meulenaere Octave (trad.), vol. 1, Paris, Maresq Ainé, 1880, 83 p. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55346b>

VON JHERING Rudolf, *Le combat pour le droit*, Meydieu Alexandre François (trad.), Vienne - Paris, G. J. Manz ; A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875, 56 p.

VON JHERING Rudolf, JOUANJAN Olivier et DE MEULENAERE Octave, *La lutte pour le droit*, Reproduction en fac-similé, Paris, Dalloz, 2006.

WACHSMANN Patrick, *Les droits de l'homme*, 5. Éd, Paris, Dalloz, 2008, 187 p.

WYVEKENS Anne, « Justice familiale et "Diversité culturelle" », Institut des Sciences sociales du Politique, avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2015.

L'enfant et la famille nourricière en droit comparé, sous la direction de POUSSON J., Toulouse, [s. n.], 1997.

Liber amicorum à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Paris, PUS/LGDJ, 1994.

Etudes de droit africain et de droit malgache, Présentation de Jean Poirier, Université de Madagascar, Toulouse, CUJAS, 1965, 529 p.

Colloque du Droit Malgache, vol. 2, Antananarivo, Ministère de la justice, 1964, p. 147-205.

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Tome I, Aspects historiques et philosophiques [en ligne], [s. l.], [s. n.], 1934. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5433888t>

« DALLOZ Etudiant - Actualité: Pacta sunt servanda ». <https://actu.dalloz-etudiant.fr/le-saviez-vous/article/pacta-sunt-servanda/h/9b217f23507b1a5164c929721ef3527d.html>

« Verses about Respect for parents and others », sur *Quran Verses* [en ligne]. <https://quranverses.net/respect-for-parents-and-others/>

REVUES, OPEN SOURCE, ARTICLES, JOURNAUX, PAGES WEB, etc.

20MINUTES AVEC AGENCE, « L’adjointe à la maire de Taverny reconnue coupable d’injure publique », sur *Www.20minutes.fr* [en ligne], publié le 11 janvier 2023.

https://www.20minutes.fr/faits_divers/4018382-20230111-val-oise-adjointe-maire-taverny-reconnue-coupable-injure-publique

ANDRIAMANALINA Rombalahivola, « Ny hanitry ny fihavanana teo amin’ny Ntaolo malagasy », *Ny sakaizan’ny tanora*, 1970.

ATKIN Bill, « Nouvelle-Zélande : enfants contre familles, y-a-t-il conflit ? », 27. *J Fam. L.* 231, 1988.

AUJAS L., « Étude sur les dommages-intérêts en droit malgache », BAM, VII, février 1909.

AUJAS L., « De l’institution du Zazalava en droit malgache », V, BAM, avril 1907.

BARBIER Hugo, « Quand le déontologique et le licite se confondent » [en ligne], *RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil*, juillet 2022, p. 376. <https://www-dalloz-fr.elgebar.univ-reunion.fr/documentation/Document?id=RTDCIV/CHRON/2022/0417>

BATTEUR Annick, « L’interdit de l’inceste. Principe fondateur du droit de la famille », *RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 759.

BEIGNIER Bernard, « Faut-il réformer la réserve héréditaire ? », *Droit Fam.*, 2019.

BONNECASE, « La philosophie du Code Napoléon », 1921.

BOUDILLON Auguste, « Notes sur le droit éminent du souverain », janvier 1904, n° 1904-1.

CAPITAL 6 medias, « Expulsé de son domicile par sa fille, un septuagénaire contraint à vivre dans un mobile home » [en ligne], *Capital Economie Politique*, novembre 2022, n° 1452390, <https://www.capital.fr/economie-politique/expulse-de-son-domicile-par-sa-fille-un-septuagenaire-contraint-a-vivre-dans-un-mobil-home-1452390>

CHAPUS G. S. et MONDAIN G., « Le Tanguin », BAM, 1946.

CHAVENT-LECLERE Anne-Sophie, « Intégrité de l’enfant, Dalloz action Droit de la famille, Chapitre 622 », publié le 2024 2023. https://www-dalloz-fr.elgebar.univ-reunion.fr/documentation/Document?id=DZ%2FACTION%2FFAMILLE%2F2022%2FL06-T62-C622%2FPLAN%2F0002&ctxt=0_YSR0MD1kw6lsYWlzc2VtZW50IGQnZW5mYW50IG1pbmV1csKneCRzZj1wYWdlLXJlY2hlcmNoZQ%3D%3D&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTDCp3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PcKncyRzbE5iUGFnPcKncyRpe2Fibz1GYWxzZcKncyRwYWdpbm9VHJ1ZcKncyRvbmdsZXQ9wqdZjGZyZWVzY29wZT1GYWxzZcKncyR3b0lTPUZhbnlwqdzJHdvU1BDSD1GYWxzZcKncyRmbG93TW9kZT1GYWxzZcKncyRicT3Cp3Mkc2VhemNoTGFiZWw9wqdZJHNIYXJjaENsYXNzPQ%3D%3D&scroll=DZ%2FACTION%2FFAMILLE%2F2022%2FFPARA%2F622.09

CIANTELLI Veronica, « Penser l'origine : Johann Jakob Bachofen et la réhabilitation du mythe face à l'histoire » [en ligne], *Grief*, 4, Éditions de l'EHESS, 2017, n° 1, p. 114-121. <https://www.cairn.info/revue-grief-2017-1-page-114.htm>

CONAC Gérard et FEUER Guy, « Les accords franco-malgaches » [en ligne], *Annuaire Français de Droit International*, 6, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1960, n° 1, p. 859-880. https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1960_num_6_1_938

CORNU Gérard, « Du sentiment en droit civil », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1963.

DAVID René, « Les sources du code civil éthiopien » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 14, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1962, n° 3, p. 497-506. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1962_num_14_3_13416

DECORPS J-P., « La réserve héréditaire en droit comparé », *Droit Fam.*, 2019.

DÉCRET-LOI DU 01 MAI 1925, « Ny indizena (Ny atao hoe indizena, ny tsy ahazoana mangataka fitsarana ambony) », *LAKROAN'I MADAGASIKARA*, 1928.

ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA et STATISTICAL DIVISION, « Madagascar, État civil », UNESCO, 1995.

EL SHAKANKIRI Mohammed, « La notion du “Bien” dans la philosophie musulmane », 1979, p. 67-85.

ESMEIN Adhémar, « La jurisprudence et la doctrine », *RTDCiv.*, 1902.

ESOAVELOMANDROSO Faratiana, « L'influence des « coutumes », considérées en tant qu'habitudes, dans le droit positif malgache », *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2020, n° 27, p. 286.

ESOAVELOMANDROSO Faratiana, « Réflexions pour des réformes mieux adaptées en droit malgache de la famille », *Bulletin de l'Académie Malgache*, 1, janvier 2012, n° 1.

FARIDANONANA, « Kismaka ou rite du placenta », *Bulletin de l'Académie malgache*, 1980.

FRIAT Ludovic, « Magistrats judiciaires, enfermés dans leur tour d'ivoire ou assignés plus souvent qu'à leur tour d'y voir », sur *Actu-Juridique.fr/Lextenso* [en ligne], publié le 15 mai 2024.

GAUTIER Pierre-Yves, « Éloge du syllogisme », *JCP G.*

G.D, « Val-d'Oise: après sa condamnation, un émeutier et sa famille expulsés de leur logement social », sur *RMC* [en ligne], publié le 2 septembre 2023. https://rmc.bfmtv.com/actualites/police-justice/val-d-oise-apres-sa-condamnation-un-emeutier-et-sa-famille-expulses-de-leur-logement-social_AN-202308240394.html

GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline, « La répression pénale de l'abandon d'enfant, AJ Famille, Dalloz », publié le 2002. https://www-dalloz-fr.elgebar.univ-reunion.fr/documentation/Document?ctxt=0_YSR0MD1kw6lsYWlzc2VtZW50IGQnZW5mYW50IG1pbmVlcsKneCRzZj1wYWdlLXJlY2hlcmlNoZQ%3D%3D&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTDCp3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PcKncyRzbE5iUGFnPcKncyRpe2Fibz1GYWxzZcKncyRwYWdpbm9VHJ1ZcKncyRvbmdsZXQ9wqdzJGZyZWVzY29wZT1GYWxzZcKncyR3b0lTPUZhbHNlwdzJHdvU1BDSD1GYWxzZcKncyRmbG93TW9kZT1GYWxzZcKncyRicT3Cp3Mkc2VhemNoTGFiZWw9wqdzJHNlYXJjaENsYXNzPQ%3D%3D&id=AJFAM%2FCHRON%2F2002%2F0032

GOUVERNEMENT Malgache, « Ordonnance n° 60-025 du 4 mai 1960 portant répression de l'abandon de famille ». <http://madagascar-droits-homme.e-monsite.com/medias/files/ordonnance-n-60-025-du-4-mai-1960-portant-repression-de-l-abandon-de-famille.pdf>

GRANDJEAN Cécile, « Enquête sociale et médiation dans le conflit familial » [en ligne], 1989, n° 125, p. 113 à 119. <https://www.documentation-sociale.org/base-prisme/11912/>

GRANGER Roger, « La tradition en tant que limite aux réformes du droit » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 31, 1979, n° 1, p. 37-125. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1979_num_31_1_3348

GUY Yves et GUY Marie-Vincente, « Le droit d'aînesse absolue dans les Pyrénées centrales et le rang de naissance des conjoints » [en ligne], *Bulletins et Mémoires de la Société d'Anthropologie de Paris*, 2, 1990, n° 2, p. 117-129. https://www.persee.fr/doc/bmsap_0037-8984_1990_num_2_2_1726

IHARILIVA Mirana, « Toliara II - Des actes du Dinabe dénoncés », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 2 septembre 2021. <https://lexpress.mg/02/09/2021/toliara-ii-des-actes-du-dinabe-denonces/>

JOURDAIN Patrice, « Convention d'assistance bénévole : l'altruisme de l'assistant n'est pas toujours récompensé » [en ligne], *RTDCiv.*, juillet 2022, n° 2, p. 395. <https://www-dalloz-fr.elgebar.univ-reunion.fr/documentation/Document?id=RTDCIV/CHRON/2022/0426>

KAYSER Pierre, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTDCiv.*, 1971, p. 445-490.

KELSEN Hans, « Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, t. IV », 1926.

KENFACK H., « La reconnaissance des véritables clauses de médiation et de conciliation obligatoire hors de toute instance », *Dalloz*, 2015.

LA TORRE Massimo, « Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart » [en ligne], Brunet Pierre (trad.), *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, Klub Revus – Center za raziskovanje evropske ustavnosti in demokracije, décembre 2013, n° 21, p. 117. <http://journals.openedition.org/revus/2728?lang=fr>

LABORDE-LACOSTE Marcel, « Exposé méthodique de droit civil, t. I », *Sirey*, 1940.

LAURENT-BONNE Nicolas, « L’avenir de la réserve héréditaire est-il dans son histoire ? », *RTDCiv.*, 2021, n°1, p. 55.

LEBORGNE Anne, « La pratique de la médiation familiale judiciaire : étude menée dans le ressort de la cour d’appel d’Aix-en-Provence » [en ligne], *Gazette du Palais*, octobre 2015, p. 14-22. <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01318172>

LEBORGNE François, « Le Droit selon Henri Motulsky » [en ligne], *Revue Juridique de l’Ouest*, 28, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2015, n° 2, p. 9-37, https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2015_num_28_2_4947

LÉONARD Hajatiana, « AMBOVOMBE - Le juge met un directeur régional en prison », sur *L’Express de Madagascar* [en ligne], publié le 15 septembre 2023. <https://lexpress.mg/15/09/2023/ambovombe-le-juge-met-un-directeur-regional-en-prison/>

LEPETIT Bérangère, « Changement de nom de famille : une procédure qui ne rend pas tout le monde heureux » [en ligne], *Le parisien*, 24 juin 2023. <https://www.leparisien.fr/societe/changement-de-nom-de-famille-une-procedure-qui-ne-rend-pas-tout-le-monde-heureux-24-06-2023-KT5BGZQYIJFFJPG4CUOL7BXWAI.php>

LEROYER Anne-Marie, « Belle-famille empoisonnante ou solidarité nécessaire : réflexion sur les débiteurs de l’obligation alimentaire » [en ligne], *RTDCiv.*, octobre 2022, n° 3, p. 601. <https://www-dalloz-fr.elgebar.univ-reunion.fr/documentation/Document?id=RTDCIV/CHRON/2022/0514>

LEROYER Anne-Marie, « L’économie et le droit : à propos de l’articulation devoir de secours et prestation compensatoire » [en ligne], *RTDCiv.*, octobre 2022, n° 3, p. 595. <https://www-dalloz-fr.elgebar.univ-reunion.fr/documentation/Document?id=RTDCIV/CHRON/2022/0508>

LEROYER Anne-Marie, « Qu’est-ce qu’un père ? », *RTDCiv.*, 2019, n° 3, p. 562.

L’EXPRESS DE MADAGASCAR, « Faravohitra - Une femme âgée tuée chez elle », sur *L’Express de Madagascar* [en ligne], publié le 12 février 2022. <https://lexpress.mg/12/02/2022/faravohitra-une-femme-agee-tuee-chez-elle/>

LOIR Romain, « II. SOUMISSION DES CONTRIBUTIONS », 2020, p. 286.

MACBRIDE Sean, Année internationale des droits de l’homme, Revue - Commission internationale de juristes, *Numéro spécial 1968*, vol. Tome VIII, N°2, Genève, Imprimerie Henri Studer S.A, 1967, p. 161.

MADAGASIKARA Rédaction Midi, « Mes « sauts » d’humeur : Un Ray aman-dreny, késako », sur *Midi Madagasikara* [en ligne], publié le 23 mars 2023. <https://midi-madagasikara.mg/2023/03/23/mes-sauts-dhumeur-un-ray-aman-dreny-kesako/>

MADAGASIKARA Rédaction Midi, « Kidnapping Anjozorobe : Olona sivy eny ampelatanan'ny dahalo », sur *Midi Madagasikara* [en ligne], publié le 4 mai 2021. <http://www.midi-madagasikara.mg/faits-divers/2021/05/04/kidnapping-anjozorobe-olona-sivy-eny-am-pelatananny-dahalo/>

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps » [en ligne], *Droits*, 49, Presses Universitaires de France, 2009, n° 1, p. 19-28. <https://www.cairn.info/revue-droits-2009-1-page-19.htm>

MATHIEU Bertrand, « La normativité de la loi : une exigence démocratique | Conseil constitutionnel », publié le janvier 2007. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-normativite-de-la-loi-une-exigence-democratique>

MAYNEZ Eduardo Garcia, MARTINEZ Salvador et MARTINEZ, « “Inveterata consuetudo et opinio iuris seu necessitatis” », sur *Al Calor PolÃfático* [en ligne], publié le 2021. <https://www.alcalorpolitico.com/informacion/-inveterata-consuetudo-et-opinio-iuris-seu-necessitatis--359183.html>

MERINALAVASOFINA, « Ny Ntaolo sy ny lalàm-pitodran-tena (Fihavanana na ny Fisakaizana) », *Isan'Andro 1943*, 1943.

MESTRE A., Morale et obligation civile, RTDCiv., 1926, n° 1.

MILLARD Éric, Peut-on ne pas faire une sociologie du droit ?, [s. l.], [s. n.], 2009. <https://shs.hal.science/halshs-00366262>

M.L Faits divers, « Novonoina ny reniny ary nalaina an-keriny-ny-zanany » [en ligne], *midimadagasikara*, 24 août 2022. <https://midi-madagasikara.mg/2022/08/24/ikongo-novonoina-ny-reniny-ary-nalaina-an-keriny-ny-zanany/>

NJARA Ernest, « L'intégration des coutumes dans le droit moderne à Madagascar », *Bulletin de l'Académie Malgache*, 1, janvier 2006, n° 1.

NJARA Ernest, « Les Dinan'ny fandriam-pahalemana ou Chartes de la sécurité publique », BAM, 1997.

PAR FRÉDÉRIC NAIZOT LE 3 NOVEMBRE 2022 à 18h40, « Taverny : une adjointe au maire jugée pour injure publique », sur *Leparisien.fr* [en ligne], publié le 3 novembre 2022. <https://www.leparisien.fr/val-d-oise-95/taverny-une-adjointe-au-maire-jugee-pour-injure-publique-03-11-2022-ULYFOX7LMBA2XKC4V4KXJLRSMU.php>

PAR FRÉDÉRIC NAIZOT LE 10 JANVIER 2023 à 16h39 et À 16H43 Modifié Le 13 Janvier 2023, « «Vous êtes la honte du genre humain» : l'adjointe au maire à Taverny condamnée pour injure publique », sur *Leparisien.fr* [en ligne], publié le 10 janvier 2023. <https://www.leparisien.fr/val-d-oise-95/vous-etes-la-honte-du-genre-humain-ladjointe-au-maire-a-taverny-condamnee-pour-injure-publique-10-01-2023-P732T3IO2JCE7HT76CWVPHADFA.php>

PAR LE FIGARO, « Emmanuel Macron porte plainte contre une médium pour injure publique », publié le 7 janvier 2023. <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/emmanuel-macron-porte-plainte-contre-une-medium-pour-injure-publique-20230107>

PAR LE PARISIEN AVEC AFP, « Terrorisme : la déchéance de nationalité française d'une femme franco-turque validée par la justice », *Le parisien*, 5 mai 2023.

PERRIN Jean-Claude, « Les recherches de l'École de droit », BAM, 1960.

QUENTIN Jean-Baptiste, « Déchéance de nationalité : cinq ex-binationaux en appellent à l'Europe », *Le parisien*, 5 septembre 2016.

R. Julien, « Hajo Andrianainarivelo : « Le non-respect des lois, à l'origine des troubles politiques » », publié le 27 juillet 2023. <https://midi-madagasikara.mg/hajo-andrianainarivelo-le-non-respect-des-lois-a-lorigine-des-troubles-politiques/>

R Mandimbisoa, « 44,4% des femmes mariées avant l'âge de 18 ans à Madagascar », sur *Madagascar-Tribune.com* [en ligne], publié le 15 mars 2021. <https://www.madagascar-tribune.com/44-4-des-femmes-mariees-avant-l-age-de-18-ans-a-Madagascar.html>

R Mandimbisoa, « La réforme du système de l'état civil en bonne voie », publié le 3 décembre 2020. <https://www.madagascar-tribune.com/La-reforme-du-systeme-de-l-etat-civil-en-bonne-voie.html>

RABENJAMINA (Androvakely), « Ny zanaka teo amin'ny Ntaolo malagasy », *Isan'Andro*, octobre 1954.

RABENJAMINA (Androvakely), « Ny malagasy mandala firaisan-kina », *Isan'Andro*, 1950.

RABENJAMINA (Androvakely), « Ny Ntaolo malagasy sy ny dinam-pokonolona », *Isan'Andro*, 1944.

RABENJAMINA (Androvakely), « Ny Fati-drà », *Isan'Andro*, 25 juillet 1939, p. 1.

RABENORO Mireille, « L'abandon d'enfant, un crime passible d'emprisonnement ? », sur *Madagascar-Tribune.com* [en ligne], publié le 29 août 2023. <https://www.madagascar-tribune.com/L-abandon-d-enfant-un-crime-passible-d-emprisonnement.html>

Id., « Notions de justice et d'injustice : des étudiants malgaches face à la représentation proportionnelle des femmes dans les instances de décision », *Bulletin de l'Académie Malgache*, 2, février 2015, n° 2.

RADAODY-RALAROSY E.P, « Introduction et étude de la délinquance juvénile à Madagascar », BAM, 1959.

RAFAMANTANANTSOA Zafimahery, « Les exceptions à la rigidité et à la fixité des lois criminelles de l'Imerina », BAM, janvier 1973.

RAHAGA Ny Aina, « La vindicte populaire acceptée par 41% de la population », sur *Madagascar-Tribune.com* [en ligne], publié le 1 juin 2018. <https://www.madagascar-tribune.com/La-vindicte-populaire-acceptee-par-41-de-la-population.html>

RAHAJARIZAFY Antoine de Padoue, « Ny fihavanana : fototry ny fihavanana, endriky ny fihavanana », *Tahiry sy Remby*, 1969.

RAHARIJAONA Henri, « Le centenaire des Instructions aux Sakaizambohitra (1878-1978) », BAM, 1978.

RAHARIJAONA Henri, « Contribution à l'étude de l'évolution de la notion de "Heriny" dans le droit positif malagasy », BAM, février 1972.

RAHARIJAONA Henri, « La tutelle des enfants mineurs : l'option entre l'État et la famille », BAM, janvier 1971.

RAHARIJAONA Henri, « Aspects nouveaux du droit des successions », BAM, 1969.

RAHARIJAONA Henri, « L'application de la coutume par les juridictions malagasy », BAM, 1968.

RAHARIJAONA Henri, « Les actes de sorcellerie et le droit malgache », BAM, janvier 1965.

RAHARIJAONA Henri, « La langue juridique malgache », BAM, 1964.

RAJOHARIVELO, « Ny fivavahan'ny Sakalava, ny fomba samy hafa fanaony eto Imenabe, Ny amin'ny fatidrà sy ny heriny ary ny fomba fanaony azy », *FLAINANA*, 1931.

RAKOTO Ignace, « La justice malgache était-elle symbolisée par le glaive ou par la balance? », *Bulletin de l'Académie Malgache*, 2, février 2006, n° 2, p. 3-8.

RAKOTO Ignace, « Cent ans de l'évolution de la justice à Madagascar : de la justice clanique réparatrice à la justice royale à dominante punitive (1794 à 1896) », BAM, février 2005.

RAKOTO Ignace, « La recherche du juste dans la tradition judiciaire malgache », BAM, 1999.

RAKOTOARIVELO Julian, « Antsiranana L'abandon d'enfants en recrudescence », sur *Midi Madagasikara* [en ligne], publié le 2 septembre 2021. <https://midi-madagasikara.mg/2021/09/02/antsiranana-labandon-denfants-en-recrudescence/>

RAKOTOARIVELO Julian, « Nourrisson abandonné à Fenoarivo : Le gendarme venu à son secours veut le prendre en charge », sur *Midi Madagasikara* [en ligne], publié le 31 août 2021. <https://midi-madagasikara.mg/2021/08/31/nourrisson-abandonne-a-fenoarivo-le-gendarme-venu-a-son-secours-veut-le-prendre-en-charge/>

RAKOTONIRINA Solonjatovo et RAOELINA RANDRIAMBOLOLONA Jacqueline, « L'éthique et les Droits de l'homme dans la recherche de la paix », *Bulletin de l'Akademia Malagasy*, février 2012.

RALITERA Miangaly, « AGRESSIONS SEXUELLES - Les enfants victimes d'inceste se multiplient », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 20 février 2023. <https://lexpress.mg/20/02/2023/agressions-sexuelles-les-enfants-victimes-dinceste-se-multiplient/>

RALITERA Miangaly, « AINAMALALA RAZAKANDRAINY -« Une victime de viol ne se rétablit pas » », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 20 février 2023. <https://lexpress.mg/20/02/2023/ainamalala-razakandriny-une-victime-de-viol-ne-se-retablit-pas/>

RALITERA Miangaly, « Succession - L'époux remonte à la troisième place », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 28 octobre 2021. <https://lexpress.mg/28/10/2021/succession-lepoux-remonte-a-la-troisieme-place/>

RAMAROSAONA Zaïveline, « La femme malgache dans le Fokonolona », BAM, 1980.

RANAIVOARISON Rojo Fenotina, « L'implantation des Cliniques juridiques à Madagascar », *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2020, n° 27, p. 286.

RANDRIATSOA Diamondra, « Enquête - Les violences envers les enfants en hausse », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 28 octobre 2021. <https://lexpress.mg/28/10/2021/enquete-les-violences-envers-les-enfants-en-hausse/>

RANJEVA Raymond, « Le fondement de l'obligation juridique dans le code des 305 articles », BAM, 1982.

RAVALITERA Pela, « Les grands principes de la justice royale », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 5 janvier 2023. <https://lexpress.mg/05/01/2023/les-grands-principes-de-la-justice-royale/>

RAVALITERA Pela, « Le «Cerbera venenifera», une plante dotée d'une volonté propre », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 7 février 2022. <https://lexpress.mg/07/02/2022/le-cerbera-venenifera-une-plante-dotee-dune-volonte-propre/>

RAVALITERA Pela, « Le Sud-est, pays des populations arabisantes », sur *L'Express de Madagascar* [en ligne], publié le 14 août 2018. <https://lexpress.mg/14/08/2018/le-sud-est-pays-des-populations-arabisantes/>

RAVELO Mpitandrina, « Orim-bato sy vavaka nataon'Andrianampoinimerina raha vao nandray fanjakana izy », *Teny Soa, Krüger Etienne, Gérant responsable*, juin 1930, p. 192.

RAVELOJAONA, « Ny adidy ifanaovan'ny ray aman-dreny sy ny zanaka », *FIAINANA*, 1930.

RAVELSON Jérôme, « Ny Betsimisaraka, Ny fombafombam-panambadiana, veliranom-panambadiana, raha misy teraka », *LAKROAN'I MADAGASIKARA*, 1929.

RAZAFINDRAMASINA, « Ny fanajàna teo amin'ny Ntaolo, fanajàna tamin'ny Mpanjaka sy ny Andriana, Fanajàna teo amin'ny ankohonana sy ny ankizy », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*, 1 janvier 1920, p. 49.

RMC, « « Reprenez vos enfants en main ! » : contre les violences urbaines, ce maire appelle les habitants à « signaler » les délinquants », sur *RMC* [en ligne], RMC, publié le 27 mai 2021, <https://rmc.bfmtv.com/emission/violence-urbaines-a-rillieux-la-pape-le-maire-appelle-les-habitants-a-signal-les-delinquants-2043211.html>

ROCHEBLAVE-SPENLE Anne-Marie, « Rôles et statuts », *Encyclopédie universelle*, Corpus 20.

ROCHFELD Judith, « Autorité parentale - Prévention de la délinquance » [en ligne], *RTDCiv.*, juin 2007, n° 2, p. 408, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02248124>

RONFANI Paola, « Droits des enfants, droits des parents » [en ligne], *Enfances Familles Générations. Revue interdisciplinaire sur la famille contemporaine*, Centre Urbanisation Culture Société, novembre 2006, n° 5, <http://journals.openedition.org/efg/8061>

ROTH Claudia, « « Tu ne peux pas rejeter ton enfant ! » : Contrat entre les générations, sécurité sociale et vieillesse en milieu urbain burkinabè » [en ligne], *Cahiers d'études africaines*, 47, mars 2007, n° 185, p. 93-116. <http://journals.openedition.org/etudesaficaines/6742>

ROUAST André, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTDCiv.*, 1944.

ROUVIERE Frédéric, « Typologie des problèmes juridiques et argumentation » [en ligne], *RTDCiv.* octobre 2022, n° 3, p. 559. <https://www.dalloz-fr.elgebar.univ-reunion.fr/documentation/Document?id=RTDCIV/CHRON/2022/0499>

R.P ABINAL, « Le Fandroana en Imerina en 1867 », BAM, 1950, 1940.

SALEILLES, « École historique et droit naturel », *RTDCiv.*, 1902, p. 102 et s.

SERMET Laurent, *Le droit de la famille à Madagascar dans la décennie 1960, Les années soixantes dans le sud-ouest de l'Océan Indien : La Réunion, Madagascar, Maurice, Mayotte* [en ligne], Association historique internationale de l'Océan Indien, [s. l.], Revue historique des Mascareignes, 2002. <https://hal.univ-reunion.fr/hal-03454078>

SCHERER Théo, *Nouvelle loi relative aux violences intrafamiliales : l'union du droit civil et du droit pénal*, [en ligne], Civil | Dalloz Actualité, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/nouvelle-loi-relative-aux-violences-intrafamiliales-l-union-du-droit-civil-et-du-droit-penal>, 28 mars 2024.

SPITZ Jean-Fabien, « Droits négatifs, droits positifs : Une distinction dépourvue de pertinence » [en ligne], *Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.*, 2009, n° 2009/1 n° 49, p. 191-212. <https://www.cairn.info/revue-droits-2009-1-page-191.htm>

STROMHOLM, *Le droit à la vie privée et ses limitations*, Téhéran, Rapport général 5section IV-C-I ; IXe Congrès International de Droit Comparé, 1974.

SUCHMAN Mark C., MERTZ Elizabeth et GANNE Yannick, « Vers un nouvel empirisme juridique : les Études Juridiques Empiriques et le Nouveau Réalisme Juridique » [en ligne],

Clio@Thémis. *Revue électronique d'histoire du droit*, 2017, n° 12, p. 57. <https://hal-u-picardie.archives-ouvertes.fr/hal-03698039>

TARDY V., « Les fraternités intrafamiliales et le droit », *Petites affiches*, novembre 1999.

TEXTE Société d'économie sociale Auteur du, TEXTE Union de la paix sociale (Tours) Auteur du et TEXTE Société bibliographique (France) Auteur du, « La Réforme sociale / publiée par un groupe d'économistes avec le concours de la Société d'économie sociale, de la Société bibliographique, des Unions de la paix sociale, et sous le patronage de M. F. Le Play ; rédacteur en chef: M. Edmond Demolins », sur *Gallica* [en ligne], publié le 1881. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54413398>

T.M Faits divers, « Anosiavaratra un père de famille a mis enceinte sa propre fille » [en ligne], *midimadagasikara*, 27 août 2021. <https://midi-madagasikara.mg/2021/08/27/anosiavaratra-un-pere-de-famille-a-mis-enceinte-sa-propre-fille/>

TRAKALA mpampianatra, « Ny Fanange na Fatidrà », *Ny Mpamafy, Mission protestante française*, 1 mai 1920, p. 150.

TREMBLAY Luc B., « Le normatif et le descriptif en théorie du droit » [en ligne], 33, mars 2002, p. 69-95. https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_33/33-12-tremblay

TYAN Émile, « Méthodologie et sources du droit en Islam » [en ligne], N 1959, p. 79-109. <https://doi.org/0.2307/1595127>

UNIVERSITÉ D'ANTANANARIVO (dir.), *Revue de droit et de jurisprudence de Madagascar [Texte imprimé]*, Antananarivo, Université d'Antananarivo, Ministère de la justice, 2000.

UNIVERSITÉ DE LILLE, « Histoire du Droit Pénal », publié le 2020 2019. <https://www.studocu.com/fr/document/universite-de-lille/droit-penal-linfraction-et-la-responsabilite-penale/histoire-du-droit-penal/7642647>

VALETTE Lauréna, « L'ordre de la naissance influe sur la personnalité », sur *Psychologies.com* [en ligne], publié le 15 août 2023. <https://www.psychologies.com/famille/rerelations-familiales/socurs-freres/Ordre-de-naissance-influe-personnalite>

VANEECKHOUTTE François, « Le préfet du Val-d'Oise a-t-il expulsé une famille de son logement social du fait des émeutes ? », sur *Libération* [en ligne], publié le 30 août 2023. https://www.liberation.fr/checknews/le-prefet-du-val-doise-a-t-il-expulse-une-famille-de-son-logement-social-du-fait-des-emeutes-20230825_TAMTCI7CNVD4TJT4Z6CCVBMEGU/

VIANGALLI François, « Le consentement à la violence et la règle volenti non fit injuria de la responsabilité civile » [en ligne], *Distribution électronique Cairn.info pour Presses*

Universitaires de France, 49, Presses Universitaires de France, 2009, n° 1, p. 29-56.
<https://www.cairn.info/revue-droits-2009-1-page-29.htm>

VILLALON Richard, « Un djihadiste revenu de Syrie déchu de sa nationalité française » [en ligne], *Figaro AFP*, 18 novembre 2022. <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/un-djihadiste-revenu-de-syrie-dechu-de-sa-nationalite-francaise-20221118>

« Violences intrafamiliales : publication de la loi visant à mieux protéger les enfants victimes ou covictimes » sur LEXTENSO, ACTU-JURIDIQUE, 19 mars 2024. <https://www.actu-juridique.fr/breves/personnes-famille/violences-intrafamiliales-publication-de-la-loi-visant-a-mieux-protger-les-enfants-victimes-ou-covictimes/>

VOHITRA (J), « Fomba fanajàna fanaon'ny ntaolo : ny fiarahabana, ny fanaovam-beloma, ny fandalovana, ny fiarahan-dalana, ny firaisan-trano, ny fotoam-pamangiana », *Ny sakaizan'ny tanora*, 1948.

YV Sam Faits divers, « Affaire Ikongo, le bilan s'alourdit à 19 morts et 21 blessés » [en ligne], *midimadagasikara*, 31 août 2022. <https://midi-madagasikara.mg/2022/08/31/affaire-ikongo-le-bilan-salourdit-a-19-morts-et-21-blesses/>

« L'histoire du peuplement de Madagascar se dévoile peu à peu », sur *Sciences et Avenir* [en ligne], publié le 4 novembre 2022. https://www.sciencesetavenir.fr/archeo-paleo/l-expansion-de-la-population-fatale-a-la-megafaune-malgache_167320

« Ankohonana Miatrika », sur *Fonds d'Intervention pour le Développement* [en ligne], publié le 18 février 2021. <https://www.fid.mg/ankohonana-miatrika/>

« La France reconnaît les liens familiaux entre des parents et leurs enfants nés de mère porteuse », sur *Impact de la Convention européenne des droits de l'homme* [en ligne], publié le 2014. <https://www.coe.int/fr/web/impact-convention-human-rights/-/la-france-reconna%C3%A0Et-les-liens-familiaux-entre-des-parents-et-leurs-enfants-n%C3%A9s-de-m%C3%A8re-porteuse>

INDEX SOMMAIRE¹

Abandon d'enfant, de famille	525, 558, 561 et s.	Fokonolona	32, 58, 74 et s., 216, 306, 344, 538, 607
Actes de rejet	503, 518, 760 et s.	Foris familiatio	186, 472, 479
Accouchement anonyme (sous X)	169, 568, 766 et s.	Groupe familial	49 et s., 241, 300, 317, 392, 406, 449, 662
Adoption : coutumière	40, 542 et s, 592	Honneur, Honneur familial	359, 536, 655 et s., 686, 725, 783, 822
Judiciaire, plénière	11, 108, 247, 764	Indigence, Indigent	126, 462, 573, 703
simple	102, 427, 772 et s.	Indignité successorale	288, 617, 777 et s, 823
Adrogation	528, 529	Injure	311, 419, 560, 664, 675 et s, 755, 797, 166, 384 et s., 711
Adultère	100, 529, 559, 654, 755, 798	Intégrité morale	
Aînés (polysémie)	231 et s, 783, 800	Intégrité physique	381 et s., 580, 710 et s.
Atteinte au nom, à l'image	665 et s, 670, 713	Lettres de cachet	253, 478 et s.
Autorité parentale	86, 525, 562 et s.	Masi-mandidy (principe du)	175, 237, 336, 800 et s.
Aveu	96, 430, 557, 651, 746	Mémoire, défunt, funérailles	263, 495, 600, 683 et s.
Bannissement (Apokeryxis, abdicatio liberorum)	472, 493, 529, 585, 686, 761, 819	Métajuridique	14, 159, 170, 284, 320, 482, 637
Bonnes mœurs, boni mores	126, 133, 311, 828 et s.	Nom de famille	88, 217, 370 et s, 665
Coutume juridique	112, 124, 137, 147, 482	Obligation d'aliments	104, 335, 564, 702
Contra legem	151, 330 et s, 607	Obligation de secours et d'assistance	65, 439, 654 et s, 688 et s.
Praeter, secundum legem	330, 373	Obligation morale	4, 224, 258 et s., 355
Culte des ancêtres	66, 299 et s, 472, 663	Obligation naturelle	212, 264, 277 et s., 355
Délaissement d'enfant	563, 565, 576	Ordre public	126, 225, 322, 824 et s.
Désaveu de paternité	93, 525, 554 et s, 598	Ostracisme	494
Devoir moral	5, 134, 261 et s, 291, 360 et s, 404, 449 etc.	Parenté (lien)	30, 341, 447, 497, 579, 651, 759, 775 et s.
Diffamation	378, 383, 675 et s.	Parole donnée	67 et s., 214 et s.
Dignité humaine	159, 169, 227, 314, 385	Personne morale	6, 80, 185 et s, 661, 713
Dina (Convention sociale de sécurité publique locale)	81, 138, 216, 331 et s.	Puissance paternelle	19, 31, 86, 96, 247, 308, 527 et s.
Discipline sociale, familiale	26, 115, 313, 482, 535	Preuve (faute grave)	403, 651, 744 et s.
Divorce	55, 89, 540, 622, 757	Religion dite abrahamique	310 et s.
Domage moral, physique, mixte	420, 606, 731 et s.	Réserve héréditaire	399 et s., 584, 718, 771, 800, 805 et s.
Droit de correction	253, 451, 472, 614, 631	Respect (essai de définition)	135, 200, 225, 231 et s.
Droits de la personnalité	217, 226, 385, 583, etc.	Révocation, de la donation	21, 287, 351, 785 et s.
Droits fondamentaux	148, 164 et s, 199, 451	de l'adoption simple	107, 350, 542, 772 et s.
Equité	120, 153, 282, 642 et s.	Rupture (filiation)	541, 720, 760, 816 et s.
Exhérédation	463, 472, 519, 800 et s.	Secret de famille	411, 415, 440
Faute intentionnelle	406, 723 et s, 759	Sources du droit	12, 11, 136 et s, 299
Fiançailles (dot, dation)	36, 82, 215, 361 et s.	Souvenir de famille	88, 111, 146, 657, 707
Fihavanana (familiarité, ...)	15, 59 et s.	Succession ab intestat	65, 399, 584, 595, 718
Filiation (preuve de la)	95, 425 et s., 431	Vie privée (respect)	217, 365, 374 et s, 492,
Fokontany	80 et s., 188, 212, 344	Vie familiale (respect)	628, 707, 734, 823

¹ Les numéros renvoient aux paragraphes numérotés.

TABLE DES MATIERES

Introduction générale	1
I. Les objets et intérêts de l'étude	1
II. Les problématiques	3
III. Notre méthode	6
PARTIE PRÉLIMINAIRE : CONSIDÉRATIONS CONTEXTUELLES	22
TITRE I L'ORGANISATION SOCIALE MALGACHE	22
CHAPITRE I. La société traditionnelle	24
SECTION A. La famille	25
I. Le couple traditionnel	27
A. Le mariage traditionnel	28
1) Conditions de formation du mariage	29
2) Effets du mariage	30
B. Les rôles et places des membres de la famille traditionnelle	31
1) Le rôle de l'homme	31
2) Le rôle de la femme	32
3) La place de l'enfant dans la famille traditionnelle	33
II. Éléments comparatifs de la place de l'homme et de la femme dans le foyer	34
A. En France	34
B. Exemple de la famille africaine	35
SECTION B. Le groupe familial et l'individu	36
I. L'individu	36
II. La place du groupe familial dans la société malgache	38
III. Éléments de comparaison	40
A. Le groupe familial de la Nouvelle Zélande	40
B. Le groupe familial en France	43
C. Rôle de médiation du groupe familial	44
SECTION C. Les notions de « Fihavanana » et de « Fokonolona »	46
I. Le "Fihavanana"	46
A. Aspect sociologique	46
B. Aspect juridique.	48
C. La parenté indirecte du droit musulman	50
1) Conditions	51

2) Effets	51
II. L'extension du groupe familial par l'alliance ou la fraternité du pacte de sang ou « Fati-drà »	52
A. La finalité du pacte.	54
B. Les conditions de validité du « <i>Fati-drà</i> » ou « <i>Fanange</i> ».	54
C. Les effets du pacte de sang	55
III. Le « Fokonolona »	58
A. Une institution sociale	59
B. Une institution juridique.	60
1) Les fonctions et attributions du fokonolona	60
2) Le <i>Fokonolona</i> affecté à un Fokontany.	63
CHAPITRE II. La société contemporaine	65
SECTION A. La résilience de la famille traditionnelle	65
I. Le mariage traditionnel, source subsidiaire de famille légitime	65
II. La fonction de la famille traditionnelle	67
SECTION B. La famille moderne	67
I. La grande famille laissant la place à la famille « foyer »	67
II. La famille légitime	69
A. Les effets du mariage	70
B. Approche comparative sur les enfants légitimes, naturels et adoptifs	70
1) Les enfants légitimes ou légitimés	71
2) Les enfants naturels	71
3) L'enfant adoptif	77
TITRE II Histoire du droit a madagascar	81
CHAPITRE I. De la législation orale	82
SECTION A. De la genèse du droit	82
I. La source : « Kabary » ou discours royaux	82
A. Le pouvoir totalitaire du souverain	83
B. La positivité de ses aphorismes juridiques	84
1) Le caractère normatif de la législation orale du souverain	84
2) À l'instar des anciennes coutumes de Rome	86
II. La justice royale	88
A. Une justice royale basée sur la législation orale et les règles coutumières	88
B. Une justice royale construite par la force de l'équité à l'instar du Common Law	89

SECTION B. Au droit écrit	91
I. Les Codes écrits de l'époque royale	91
II. Le dernier Code du droit traditionnel malgache	92
CHAPITRE II. Au pluralisme juridique de l'époque coloniale	93
SECTION A. Maintien du droit traditionnel malgache à côté du droit français	93
I. La source	93
II. Les conditions : l'ordre public et les bonnes mœurs	96
SECTION B. Un véritable pluralisme juridique selon le statut de l'individu	97
I. Le droit traditionnel applicable aux citoyens indigènes	98
A. En matière civile	98
B. En matière pénale	99
II. Le droit « moderne » applicable aux citoyens français et assimilés	100
A. Les citoyens français et assimilés	100
B. Le droit « moderne » des codes français	101
PARTIE I LE DEVOIR DE RESPECT AUX AINÉS	103
TITRE I Le droit et le respect	105
CHAPITRE I. Existe-t-il un devoir de respect ou un droit au respect ?	106
SECTION A. Les sources du droit à Madagascar depuis l'indépendance	106
I. Les sources principales du droit	107
A. Une position équivoque	108
B. Éléments de droit comparé	110
II. La place fondamentale et privilégiée de la coutume	111
A. La consécration de la coutume par les autorités	111
1) Qu'est-ce que la coutume ?	112
2) Et la coutume juridique in fine?	114
B. La coutume : une source à part entière du droit	115
1) À Madagascar	115
2) La place de la coutume en droit comparé	117
III. L'applicabilité du droit civil français à Madagascar	121
A. Le principe de la continuité de l'état et du droit	121
B. L'appel exprès du droit malgache au droit français	122
SECTION B. Les manifestations du respect dans le droit	122
I. Le respect dans les Déclarations, Conventions, et Chartes Internationales	124
A. Dans les Déclarations, Conventions et Pacte universels	125

1) Déclaration Universelle des Droits de l'Homme	125
2) Dans la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789	126
3) Dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques	127
B. Dans les Conventions et Chartes communautaires	128
1) Pour Madagascar	129
2) Pour la France	131
II. Dans les lois nationales	136
A. Le respect dans la Constitution	136
1) De Madagascar	136
2) De la France	139
B. Le droit au respect en matière civile	139
1) A Madagascar	139
2) En France	142
CHAPITRE II. Le caractère diptyque du droit au respect	147
SECTION A. Le droit au respect selon son titulaire	147
I. Protection des personnes morales	147
A. Les personnes morales de droit public	148
1) Comparaison historique du respect dû aux services publics et aux agents de l'État	148
2) Le respect dû aux services publics et aux agents de l'État	149
B. Les personnes morales de droit privé	150
II. Protection des personnes physiques	151
A. Protection des individus	151
1) L'individu capable	151
2) Les incapables	152
B. Protection des personnes vulnérables	153
1) Protection des enfants	153
2) Protection des parents, ascendants et personnes âgées devenus vulnérables	157
SECTION B. Le respect : un principe de droit selon son objet	158
I. Protection des Institutions de l'État, juridiques et sociales	159
A. Le droit au respect des Institutions de l'État	159
1) En droit malgache	159
2) En droit français	159
B. Le droit au respect des Institutions juridiques et sociales	160

1) Le respect : protecteur des institutions sociales	160
2) Le respect : protecteur des institutions juridiques	161
C. Protection des lois et des accords de volonté	162
1) Le droit au respect des lois	162
2) Le droit au respect découlant d'un contrat	164
3) Le cas exceptionnel de la Convention sociale « Dina »	167
II. Protection des biens	169
A. Le droit au respect des biens extrapatrimoniaux	169
B. Le droit au respect des biens patrimoniaux	170
III. Éléments caractéristiques du devoir de respect ou du droit au respect	171
A. Un principe de droit à part entière	171
B. Un comportement devant l'objet du droit	172
C. Essai de définition du droit au respect	173
TITRE II Quid du devoir de respect aux aînés ?	174
CHAPITRE I. La qualification juridique du devoir de respect aux aînés	176
SECTION A. Détermination des termes « aux aînés »	178
I. La polysémie du terme « aînés »	178
A. Les aînés dans le cercle familial horizontal	181
1) Au point de vue du droit malgache	181
2) Au point de vue du droit français	184
B. Les aînés dans le cercle familial vertical	191
1) Au point de vue du droit malgache	191
2) Au point de vue du droit français	193
II. La définition du « devoir de respect aux aînés »	197
SECTION B. Approches comparatives du devoir moral	199
I. Le devoir moral dans sa conception malgache	200
II. Le devoir moral dans sa conception française	204
III. La confluence entre le droit et la morale ou la religion	208
SECTION C. Droit naturel et obligation naturelle	211
I. Le droit naturel	211
II. L'obligation naturelle par la doctrine	213
III. Éléments de comparaison de l'obligation naturelle	218
A. L'obligation naturelle du droit malgache	218
1) Définition de l'obligation naturelle selon l'art. 48 de LTGO	219

2) L'assimilation de l'obligation naturelle à l'obligation imparfaite	219
3) La règle d'honneur	222
B. Éléments de droits continentaux européens	223
1) Droit romain et droit français	223
2) Droits suisse et allemand.	225
CHAPITRE II. Le devoir de respect aux aînés : une obligation juridique	226
SECTION A. Le fondement du devoir de respect aux aînés	227
I. Les sources idéales : La religion	228
A. Le culte des ancêtres	230
1) La croyance d'une vie après la mort	231
2) Une norme spirituelle et sociale devenue une norme juridique	233
3) Comparatisme historique du culte des ancêtres	237
B. La religion dite abrahamique	240
1) Une métaphore dans les règles religieuses chrétiennes	240
2) Dans le droit musulman	245
3) Dans le Judaïsme	248
II. Les sources réelles et rationnelles du devoir de respect aux aînés	251
A. Les sources réelles	251
B. Les sources rationnelles	252
SECTION B. Les sources juridiques du devoir de respect aux aînés	254
I. Le droit coutumier	254
A. Les conditions de la coutume comme source du droit	257
B. Quelques exemples de coutume régionale	260
II. Les sources légales du devoir de respect aux aînés	261
A. De l'obligation légale née du lien de filiation	262
1) Le respect dû à ses père et mère	263
2) Le respect dû à sa famille, à ses ascendants, à ses tuteurs...	265
3) Le devoir des aînés, de la famille, des ascendants, des tuteurs...	267
B. De l'obligation de respect à l'appartenance à un groupe familial, une ethnie	269
III. Le devoir de respect aux aînés : en quête de perfection	271
SECTION C. La nature juridique ambivalente du devoir de respect aux aînés	272
I. Le devoir de respect aux aînés : une obligation légale	274
A. En droit malgache	274
B. En droit français	276

II. Le devoir de respect aux aînés : une obligation civile ou naturelle ?	278
A. En droit malgache	278
1) L'obligation naturelle en droit malgache	278
2) Les incohérences entre le devoir de respect et d'honneur de la loi n° 63-022 et l'art. 48 de LTGO	279
B. En droit français	281
C. L'exemple de la révocation de la dot en droit comparé	282
1) En droit romain.	282
2) En droit français.	283
3) Résultat	284
CHAPITRE III. Les traits caractéristiques du devoir de respect aux aînés	285
SECTION A. Le contenu du devoir de respect aux aînés	285
I. La protection des relations personnelles avec les aînés	286
A. Le droit au respect de leurs informations personnelles	287
1) Le rattachement familial par le nom	288
2) Le sexe	290
3) Le domicile	293
4) Le droit au respect de leur vie privée	294
B. Les droits au respect de leurs intégrités	298
1) Le droit au respect de l'intégrité physique	298
2) Le droit au respect de l'intégrité morale	301
C. Le droit au respect de leurs libertés civiles : liberté d'esprit et liberté d'action	303
1) De la liberté de l'esprit	303
2) De la liberté d'action	304
II. La protection des relations patrimoniales avec les aînés	305
A. Par les rapports pécuniaires d'obligation alimentaire	305
1) Une obligation familiale en droit malgache par manque de ressources de l'État	305
2) Une obligation légale de droit public par l'influence des droits fondamentaux en France	307
B. Par le droit de succession et des libéralités	309
1) En droit malgache	309
2) En droit français	311
III. Les objets du devoir de respect aux aînés	313
A. Une obligation de faire	314
1) Au point de vue du droit malgache	315
	730

2) Au point de vue du droit français	317
B. Une obligation de ne pas faire	320
1) Au point de vue du droit malgache	320
2) Au point de vue du droit français	321
C. Le cas exceptionnel de l'obligation de donner	323
1) Le devoir de respect aux aînés : une obligation en nature	326
2) L'obligation en nature se transformant en argent	327
3) Éléments de droit comparé	329
SECTION B. Le régime juridique de l'obligation de respect aux aînés	330
I. Les preuves des obligations	331
A. La preuve de la filiation établie par les actes de l'état civil	331
B. La preuve de la filiation par tout moyen en droit comparé	333
1) En droit romain	334
2) En droit malgache.	335
3) En droit français	336
4) En droit suisse	338
II. Les caractères communs du devoir de respect	340
A. Obligation permanente et inextinguible	340
1) Une obligation permanente	340
2) Une obligation inextinguible	342
B. Obligation incessible	343
1) Caractère personnel du devoir de respect aux aînés : <i>intuitu personae</i>	343
2) Tabous et hors commerce	344
C. Obligation intransmissible	345
III. Les caractères à contenus variables du devoir de respect	346
A. Le caractère irrépétible du devoir de respect	346
B. La non-quérabilité du devoir de respect	347
C. Le caractère solidaire du devoir de respect aux aînés	348
SECTION C. De la pertinence de l'obligation de respect aux aînés ?	350
I. L'idéal d'un devoir de respect intergénérationnel réciproque	351
A. La fragmentation du devoir de respect aux aînés par la loi	351
B. Un besoin social évident	352
1) Apport sociologique du droit	352
2) L'obligation de respect : une règle fondamentale dans la famille	354

3) L'appréciation particulière du manquement à l'obligation de résultat	355
C. Protection des personnes vulnérables par les lois civiles	356
1) Les parents et aînés devenus vulnérables	356
2) Enfants vulnérables	358
3) Les droits et devoirs de l'enfant en droit suisse	359
II. L'existence de sanction en cas de manquement aux devoirs d'honneur et de respect	360
A. La condition préalable des devoirs imposés par la loi aux parents et ascendants	361
B. Une demande en exécution possible	364
1) Le droit au respect pourvu d'action en exécution	364
2) Le droit au respect pourvu d'une action en exécution par ricochet	365
C. L'utilité d'une sanction alternative	368
Conclusion de partie	369

PARTIE II ÉTUDE COMPARATIVE DU REJET EN TANT QUE SANCTION DE DROIT CIVIL 371

TITRE I Le rejet malgache 371

CHAPITRE I. La genèse du rejet d'enfant 372

SECTION A. Origine du droit de rejet d'enfant : Le « Kabary » ou « discours royal » 372

I. La source du rejet d'enfant : la coutume	372
A. La consécration du rejet d'enfant par la législation orale	373
1) Le rejet d'enfant : une peine privée, une peine comminatoire	373
2) Le rejet d'enfant : une privation de droit patrimonial	379
3) La privation de droit patrimonial en droit français.	379
B. Le fondement métajuridique du rejet	380
1) Fonctions prophylactique et sociale du rejet	380
2) Aspect économique du rejet	382
3) Aspect politique du rejet	383
II. Les titulaires du rejet	385
A. Les père et mère	385
B. La famille : les tuteurs, adoptants, aïeux et aïeuls	386
C. Les cas exceptionnels du rejet d'enfant par la communauté	388
1) Le paria : individu exclu du groupe social	388
2) Le rejet d'enfants jumeaux dans la coutume du sud-est de Madagascar	391
III. Les conditions de forme du rejet	392

A.	La forme traditionnelle et non écrite de l'acte de rejet d'enfant	392
1)	La cérémonie du rejet	392
2)	Le versement de l'Hasina et de l'Oribato	393
3)	Le rôle du fokonolona	393
B.	L'obligation d'enregistrement de l'acte de rejet depuis les Instructions des Sakaizambohitra de 1878	395
1)	L'inscription au registre de l'état civil du rejet	397
2)	La procédure contradictoire obligatoire du rejet	404
3)	En cas d'opposition au rejet	406
4)	L'ultime recours à la justice	410
C.	Les différentes formes de l'acte de rejet	411
1)	Le rejet par un acte unilatéral	411
2)	Le rejet par une convention	413
SECTION B.	Les multiples usages traditionnels du rejet d'enfant	417
I.	Le rejet d'enfant découlant de l'exercice de la puissance « parentale »	418
A.	Le rejet et la puissance paternelle : comparaison historique du droit de correction	418
1)	L'enfant sous la puissance paternelle du droit malgache	418
2)	L'enfant sous la puissance paternelle du droit romain	420
3)	L'enfant sous la puissance paternelle du droit français	422
B.	Les motifs du rejet dans l'exercice de la puissance paternelle	426
1)	La désobéissance	427
2)	La fainéantise	430
3)	Le manque d'affection	431
4)	La dilapidation des biens familiaux : l'enfant prodigue	434
II.	La révocation de l'adoption traditionnelle	435
A.	Rejet et adoption ; deux institutions jumelles	435
B.	Le rejet comme moyen de révoquer l'adoption	439
1)	Le rejet par la survenance d'un enfant biologique du rejetant	440
2)	Le rejet d'enfant adoptif pour des motifs graves	441
C.	L'adoption comme moyen de révoquer le rejet	442
III.	Le désaveu de paternité	443
A.	L'inconduite de la femme	443
1)	Approche malgache de la notion d'inconduite de la femme	443
2)	L'inconduite de la femme en droit français	445

B.	L'impossibilité de paternité du mari	446
1)	En droit malgache	446
2)	En droit français	447
C.	Résultat de la comparaison de ces deux institutions impactant la filiation	448
IV.	L'abandon d'enfant	448
A.	L'abandon d'enfant et l'abandon de famille en droit malgache	449
1)	L'abandon de famille	449
2)	L'abandon d'enfant	449
B.	L'abandon d'enfant et l'abandon de famille en droit français	450
1)	L'abandon de famille	450
2)	L'abandon d'enfant	451
3)	Le rejet de maternité : l'accouchement sous X	452
C.	L'indigence	458
1)	À Madagascar	458
2)	L'indigence en France	459
D.	L'incapacité d'élever un enfant ou l'absence prolongée	459
1)	En droit malgache	459
2)	En droit français	461
SECTION C.	Les effets du rejet d'enfant	462
I.	La confirmation du rejet d'enfant comme sanction civile	462
A.	Une rupture du lien de filiation	462
B.	Le rejet d'enfant est irrévocable	464
C.	Le caractère diptyque des effets du rejet d'enfant	465
1)	Sur le droit des personnes	465
2)	Sur le droit patrimonial	466
II.	Les limites du rejet d'enfant	470
A.	L'engagement militaire	470
B.	Autres justifications exclusives	471
1)	Non-validité du rejet d'enfant fait « An-dohariana »	471
2)	Interdiction de rejeter les enfants aimants et affectueux ou orphelins	471
3)	Le cas inédit de rejet d'une personne décédée	472
III.	La portée du rejet d'enfant	472
A.	Limitation de la portée du rejet	472
1)	La portée du rejet selon la doctrine	472

2) La délimitation de la portée du rejet par la loi	474
B. Conséquences de cette limitation	475
1) Maintien du lien de famille entre ses membres non concernés par le rejet	475
2) Droit à la succession	475
3) Droit au tombeau familial	476
CHAPITRE II. Le rejet depuis la loi n° 63-022	478
SECTION A. Le maintien du rejet (d'enfant) par législateur malgache	478
I. Les raisons du maintien dans la codification du droit civil	479
II. Exclusion de tous les abus	479
III. Nouvelle définition du rejet	481
SECTION B. La nature juridique du rejet	482
I. Le rejet : un droit subjectif	483
A. Droit personnel	484
1) La restriction apportée par la loi quant aux titulaires du droit de rejet	485
2) La résistance du rejet par la communauté	486
3) La restriction de la loi quant à la personne du rejeté	489
B. Du droit fonction au pouvoir de sanction	490
1) La transformation de la finalité du rejet d'enfant par la loi de 1963	492
2) Le rejet à la lumière du pouvoir juridique du droit français	494
II. Le rejet : un droit altruiste ou égoïste ?	496
A. Droit égoïste	496
B. Droit altruiste	497
SECTION C. La judiciarisation du rejet d'enfant par la nouvelle loi n° 63-022 du 20 Novembre 1963	498
I. La présomption de conflit	499
II. L'intervention du juge judiciaire	502
A. La requête aux fins de l'autorisation de rejet	503
1) La demande faite par le rejetant en personne	503
2) L'exclusion de la demande de rejet par les héritiers	504
3) Le délai d'action et de recours en matière de rejet	506
B. La procédure de conciliation diligentée par le juge	509
1) Une conciliation judiciaire	509
2) La médiation faite par des tiers	511
C. Le juge à la croisée des chemins de la coutume et de la loi	513

1)	Le rôle du juge dans la construction du droit de rejet	514
2)	Une ordonnance motivée	517
3)	La solution du dilemme en droit comparé	520
III.	Inversement de la charge de preuve par l'effet de la nouvelle loi	523
A.	De la charge de preuve contre les allégations du rejetant	524
B.	À l'exigence de preuve de ses allégations par le rejetant	525
1)	Le rejetant doit prouver ses allégations devant le tribunal	525
2)	La preuve du contraire revient à la défense	527
TITRE II	Analyse comparative du rejet	529
CHAPITRE I.	Le rejet : sanction civile des obligations familiales	529
SECTION A.	Sanction de l'atteinte à l'honneur familial	529
I.	L'honneur familial	530
A.	L'honneur et le droit	530
B.	L'honneur en droit comparé	531
1)	En droit français	531
2)	En droit suisse	534
C.	L'étendue particulière de l'honneur familial en droit malgache	535
1)	L'honneur familial atteint par le manquement aux obligations alimentaires	535
2)	L'honneur familial atteint par le manquement aux autres obligations familiales	536
II.	Le contenu de l'atteinte à l'honneur	537
A.	Atteinte au nom et à l'image	538
1)	L'atteinte au nom familial	538
2)	L'atteinte à l'image d'un membre de la famille	541
B.	Les diffamations et injures	545
1)	De la diffamation et de l'injure en droit malgache	545
2)	De l'injure en droit romain	547
3)	De la diffamation et de l'injure en droit français	548
4)	Règles communes aux injures, à la diffamation et au rejet.	555
C.	De la condamnation à des peines afflictives et infamantes	557
SECTION B.	Sanction des manquements graves aux obligations de secours et d'assistance	558
I.	De l'obligation de secours et d'assistance du droit de rejet malgache	559
A.	De l'obligation de secours	559
B.	De l'obligation d'assistance	560

1) Obligation de soins	561
2) L'assistance aux aînés	562
II. De l'obligation alimentaire en droit comparé	563
A. De l'obligation alimentaire en droit français	564
B. De l'obligation alimentaire en droit musulman	566
C. Les conditions communes des obligations familiales	569
1) Du rapport de famille entre le créancier et le débiteur	569
2) Des besoins du créancier	571
3) Des ressources du débiteur	573
SECTION C. Sanction des manquements graves au devoir de respect	573
I. De l'atteinte à la personne	574
A. De l'atteinte à l'intégrité physique	577
B. De l'atteinte à l'intégrité morale	578
1) Sanction de l'atteinte à la vie privée et familiale des parents et ascendants	579
2) Sanction de l'atteinte à l'image des parents et autres ascendants	580
3) Sanction de la présomption de disparition de l'affection	582
II. De l'atteinte au patrimoine du rejetant	584
A. Sanction des immunités familiales contre le vol ou la dégradation des biens	584
B. Sanction de la transgression de la volonté en matière de droit de succession et des libéralités	585
SECTION D. Le régime juridique du rejet	586
I. L'établissement des motifs graves du rejet	586
A. La jonction de la faute morale à la faute civile	587
1) L'exclusion de la faute non intentionnelle	588
2) Les traits caractéristiques de la faute intentionnelle	589
B. Le lien de causalité entre l'obligation violée et le dommage	594
1) La violation ou le manquement aux devoirs de respect	595
2) L'existence d'un préjudice suffisamment grave	597
3) L'imputabilité de la faute à l'auteur de l'acte dommageable	605
C. La preuve de la faute grave	607
1) Les moyens de preuve	608
2) La prise en compte de la hiérarchie de la faute	614
II. Les effets du rejet depuis la loi n° 63-022	623
A. La rupture définitive du lien de filiation pour le futur	623

1)	Exclusivement, entre le rejetant et le rejeté	624
2)	Sauf par la volonté du rejetant de l'étendre aux descendants du rejeté	624
3)	La subsistance de l'interdiction à mariage	625
B.	Le rejet et la rupture du lien de filiation en droit français	625
1)	La rupture du lien de filiation de l'adoption plénière	625
2)	Les effets de l'accouchement anonyme	627
C.	La faculté de demander la restitution de la donation en nature	629
D.	L'irrévocabilité pour aucun motif	629
1)	Du rejet malgache	629
2)	De l'adoption plénière du droit français	630
CHAPITRE II.	Le rejet et les autres sanctions civiles des obligations familiales	632
SECTION A.	La révocation de l'adoption simple	632
I.	Le rejet : une métaphore de la révocation de l'adoption simple du droit français	632
II.	La révocation de l'adoption simple pour des motifs graves	633
SECTION B.	L'indignité successorale	636
I.	L'indignité de droit et l'indignité facultative du droit français	636
A.	L'indignité de plein droit	636
B.	L'indignité facultative	638
II.	Comparaison des deux sanctions civiles des atteintes aux personnes	639
A.	Sur les motifs graves du rejet et de l'indignité successorale	639
B.	Sur les effets du rejet et de l'indignité successorale	639
SECTION C.	La révocation de la donation	641
I.	L'ingratitude à la donation	641
A.	La révocation de la donation pour ingratitude en droit français	642
B.	La révocation de la donation pour ingratitude en droit malgache	644
C.	Les différences de termes et d'action sur la révocation de la donation des deux droits	645
II.	Comparaison des deux sanctions civiles de l'ingratitude à la donation	646
A.	Les différences dans l'exercice de l'action judiciaire	646
1)	Les titulaires de l'action en justice	646
2)	Sur la prescription de l'action en justice	647
B.	Les points ressemblants au rejet d'enfant	648
1)	Le devoir de reconnaissance	648
2)	Les motifs graves pour ingratitude à la donation du droit français	650

3) Sur les effets à caractère patrimonial	655
SECTION D. L'exhérédation	656
I. L'exhérédation sur la quotité disponible	658
II. L'exhérédation dans le testament	659
A. Par les clauses pénales	660
B. L'exhérédation en présence d'éléments internationaux	662
1) L'exhérédation en France et le règlement européen n° 650/2012	662
2) Le choix de la loi applicable en présence d'éléments internationaux	662
III. L'exhérédation n'est pas la finalité du rejet	664
A. Inexistence de la réserve héréditaire	664
1) La volonté de disposer de ses biens en droit malgache	665
2) À l'instar du droit successoral éthiopien	666
B. Les limites au principe de l'autonomie de la volonté	668
1) La temporisation légale au principe du Masi-mandidy	668
2) Les limites n'impliquent pas la réserve héréditaire	669
CHAPITRE III. La rupture du lien de filiation : nouveau concept de sanction civile	671
SECTION A. La rupture du lien de filiation pour manquement aux obligations familiales	671
I. La rupture du lien de filiation n'est pas atypique	672
II. Les intérêts de la rupture du lien de filiation	674
III. Un règlement définitif du conflit familial	676
SECTION B. Une sanction civile en conformité avec l'ordre public et les bonnes mœurs du XXI ^e siècle	678
I. La rupture du lien de filiation conforme à l'ordre public	679
II. La rupture du lien de filiation conforme aux bonnes mœurs	683
CONCLUSION	687
BIBLIOGRAPHIE	689
INDEX SOMMAIRE	723
TABLE DES MATIÈRES	724