

Articles

DROIT DES SUCCESSIONS

Le testament dans le droit des États de l'Océan Indien : Afrique du Sud, Comores, Madagascar, Maurice, Mozambique, Seychelles

Christelle RINGWALD

Master 2 Droit du Patrimoine parcours Droit Notarial 2016-2017

Université de la Réunion

Résumé :

Une étude comparative a été menée sur les normes régissant la confection du testament en Afrique du Sud, aux Comores, à Madagascar, à Maurice, au Mozambique et aux Seychelles. Il en ressort : d'une part, que les formes du testament oscillent entre pluralité et singularité ; d'autre part, que le contenu du testament oscille quant à lui entre restrictions et libertés.

Mots-clés :

Testament (confection) – Océan Indien – Afrique du Sud – Comores – Mozambique – Seychelles – Maurice.

Abstract :

A comparative study has been led about the norms governing the making of the testament in South Africa, The Comoros, Madagascar, Mauritius, Mozambique and The Seychelles. It was found: from one hand, that the legal forms of the testament range from plurality and singularity; from the other hand, that the legal content of the testament range from restrictions to liberty.

Key-words:

Testament (making) – Indian Ocean – South Africa – Comoros – Mozambique – Seychelles – Mauritius.

« - *Quand je mourrai, répétait le vieux fou, tu seras mon héritier.*
Louis, le meunier, riait à gorge déployée.
- Si tu mourais, j'hériterais de ta cabane, mon oncle : la belle affaire ! Elle s'écroulerait. Si tu avais de l'argent, tu ne serais pas mendiant.
Un soir, le vieux fou eut un accident. Sur son lit de mort, il réclama un papier pour écrire son testament : dans un grand pot de fer, il y avait deux fois cinquante mille louis d'or. Ce récipient, on le trouverait enterré au beau milieu de la mauvaise cabane de pierre et de paille qui lui servait de maison.
- Je te l'avais bien dit, mon neveu, que tu serais mon héritier. Voilà, c'est signé. Si tu faisais dire une messe pour le repos de mon âme, j'en serais content. Ainsi le Bon Dieu me pardonnerait-il mes petits vols et les gros mensonges que j'ai racontés.
Mais qui aurait cru les choses que ce vieux fou avait racontées ! Qui l'aurait pris au sérieux ? »

Georges SAND, *Le meunier d'Angibault*, 1845

Cet extrait littéraire illustre la préoccupation humaine pour le devenir de son patrimoine, ainsi que pour le devenir de son âme. Cette préoccupation peut se traduire, comme l'a fait le personnage de cet extrait, dans un testament. Ainsi, l'homme exprime sa – dernière – volonté pour le temps où il ne sera plus.

Le testament peut alors être défini comme l'expression des dernières volontés d'une personne qui prend effet à sa mort. Le *de cujus*¹ continue de cette manière à régir les biens de sa progéniture et à manifester sa présence parmi les vivants². Cela traduit aussi la propension humaine à vouloir tout contrôler, même au-delà de la mort. Les biens seraient ainsi le prolongement de la personne humaine. En décidant de la façon dont ils seraient distribués, par un testament, cette personne continuerait de vivre. Serait-ce ici une manifestation du caractère inviolable et sacré du droit de propriété consacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? En effet, cela pourrait être le cas, car même après sa mort, grâce au testament, le *de cujus* a un droit de regard sur ce qui lui a appartenu, et qui pourtant ne lui appartient évidemment plus. Le testament est alors un moyen fabuleux de perpétuer sa volonté après sa mort. Le droit limite cependant les éventuels abus.

En droit français, le testament est défini à l'article 895 du Code civil comme « un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer. » Le testament est donc un acte juridique unilatéral et volontaire marqué par la révocabilité, dont les

¹ De la formule latine « *is de cujus successione agitur* » : celui de la succession duquel il s'agit.

² E. NJARA, *Le droit successoral malgache in Droit et Cultures* issue 33, 1997, p. 161 à 172.

effets commenceront à courir après la mort du testateur. Le volet extrapatrimonial, le devenir de son âme notamment, n'est pas évoqué dans cette définition.

Dès lors, la faculté de rédiger un testament est régie par le droit d'un État déterminé. Dans d'autres États, les règles peuvent être différentes. À ce stade, il convient de se pencher sur la définition du mot « droit ». Le *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU le définit comme l'ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société. Par ailleurs, il est marqué d'une ambiguïté. Il peut tantôt désigner la règle et se définir par sa qualification : droit privé, droit de la famille, droit des successions, etc. Tantôt il désignera également le résultat de cette règle. Ainsi, il est commun d'entendre qu'un arrêt rendu par une juridiction n'est pas conforme au droit. Mais la loi n'est que la mise en forme du droit comme l'exprime l'adage « *non ex regula jus fiat sed ex jure regula sumitur* », « ce n'est pas de la règle que découle le droit mais c'est du droit que découle la règle ». Le droit est bien la source de la loi et non l'inverse.³ En effet, il aurait également été possible de parler de « la loi » qui régie le testament. Mais le terme « droit » a été préféré car il en est la source. Le droit relatif au testament peut donc différer d'un État à l'autre.

Un État, en ce qu'il est composé de trois éléments – une population, un territoire et une autorité politique souveraine – au sens du droit international et constitutionnel, est le cadre dans lequel un droit peut se développer. Il peut également se développer hors du cadre étatique dans certains domaines, le droit de l'environnement notamment, mais dans la plupart des cas, c'est par l'intermédiaire d'un État qu'un droit trouve à se développer. L'État lui-même est d'ailleurs soumis au droit, que l'on retrouve dans la notion d'« État de droit », mais là est un autre débat. En revanche, c'est le droit de plusieurs États de l'océan Indien qui en fera l'objet.

L'océan Indien n'étant cependant pas une organisation géopolitique déterminée, comme l'Europe peut l'être, en tant qu'à la fois un continent et une organisation géopolitique avec des pays membres, il faudra choisir les États qui l'ont pour rivage pour délimiter cette étude. Certaines organisations existent cependant et peuvent aider à faire ce choix. Il y a par exemple l'association « Droit dans l'océan Indien » (LexOI) et la Commission de l'océan Indien.

Cette dernière est une organisation intergouvernementale créée en 1982. Elle est composée de cinq États membres – les Comores, la France (Réunion), Madagascar, Maurice et les Seychelles – et a deux principales missions⁴. La première est d'être le vecteur privilégié de construction et de développement solidaire de l'espace *indianocéanique*. La seconde est de servir de cadre à ses

³ Bernard BEIGNIER *et al*, *Introduction au droit*, LGDJ, 4ème éd., 2014.

⁴ <http://commissionoceanindien.org/a-propos/qui-sommes-nous/> (consulté le 23 avril 2018).

États membres pour mener des actions collectives extérieures d'intégration et de coopération avec le reste du monde.

La LexOI, qui est une association et non une organisation intergouvernementale, a quant à elle un objet plus juridique et un projet tout autant ambitieux, voire très ambitieux. En effet, elle a pour ambition de présenter le droit de l'océan Indien sous toutes ses formes, en partant de l'Afrique australe à l'Australie et des rivages du Pakistan jusqu'aux territoires antarctiques⁵.

Le périmètre géographique qu'annonce le sujet de ce mémoire aurait permis d'être aussi ambitieux et d'étudier le testament dans ce vaste océan Indien. Il a cependant été restreint pour des raisons d'ordre matériel et humain. Ainsi, sera étudié le testament dans le droit des États de la zone ouest de l'océan Indien, en partant de sud-ouest avec l'Afrique du Sud pour arriver à l'est avec Maurice, en passant par le Mozambique, les Comores, Madagascar et enfin, finir au nord avec les Seychelles. La France, également présente dans la zone ouest de l'océan Indien grâce à La Réunion, n'a pas été choisie en tant que telle car l'analyse sera faite du point de vue du droit français pour analyser le testament dans le droit des autres États cités.

Ces derniers, pour certains, font partie du continent africain : l'Afrique du Sud et le Mozambique. D'autres sont des îles : Madagascar et Maurice, voire des archipels : les Comores, les Seychelles. Ils peuvent ressembler à première vue à un ensemble hétéroclite d'États, avec des cultures et des langues différentes. Ils ont toutefois en commun les eaux de l'océan Indien et également une histoire : la colonisation et l'indépendance. Ils n'ont toutefois pas tous été colonisés par les mêmes peuples, qui s'y sont parfois succédés. Seuls les derniers colonisateurs seront évoqués ci-après : les Anglais pour l'Afrique du Sud, Maurice et les Seychelles ; les Français pour Madagascar ; les Français, mais avant eux les Arabes, pour les Comores ; les Portugais pour le Mozambique. Cependant, tous ces États ont acquis leur indépendance à l'heure d'aujourd'hui. Par ailleurs, le droit de ces États reflète leur histoire.

Maurice et les Seychelles, en tant qu'anciennes colonies britanniques, pourraient être vues comme des pays de *Common law*. Ils sont cependant des systèmes dits « mixtes », entre le *Civil law* et le *Common law*. Ainsi, ces États ont leur propre Code civil. S'il a été traduit en anglais aux Seychelles, on le trouve en français et en anglais à Maurice.

Le Mozambique, en tant qu'ancienne colonie portugaise, a gardé le Code civil alors adopté par le Portugal en 1966. Il n'a subi aucun amendement depuis.

⁵ Présentation de l'association LexOI, <https://www.rjoi.fr/index.php?id=6728>, (consulté le 23 avril 2018).

Les Comores et Madagascar maintenant, en tant qu'anciennes colonies françaises, auraient pu avoir leur propre Code civil. C'est le cas pour les Comores. Cependant, la loi du 23 septembre 1987 fixant l'organisation judiciaire des Comores ainsi que les principes fondamentaux applicables aux litiges de droit privé a fait du droit musulman la référence exclusive en certains pans du droit civil⁶, dont le testament. Le législateur n'a pas non plus voulu l'intégrer dans le Code de la famille de 2005. Ainsi, le testament dans le droit des Comores est régi par le Livre XXIX du *Minhadj*, « Le Guide des Zélés Croyants » en français, et les coutumes comoriennes.

Madagascar n'a pas de Code civil tel qu'on le connaît en France. Ainsi, le testament est régi par la loi n° 68-012 du 4 juillet 1968 relative aux successions, aux testaments et aux donations.

Ces différentes législations régissent la confection du testament, dans sa forme et dans son contenu, ainsi que son exécution, quant à son interprétation et à la caducité de certaines dispositions testamentaires notamment. Mais c'est aussi et surtout la jurisprudence et la doctrine de ces États qui sont les plus à même d'interpréter un testament, une fois qu'il a été ouvert au décès du testateur. Or, l'accès à la jurisprudence et à la doctrine des États choisis n'est pas chose aisée et la documentation trouvée fut trop maigre. Ainsi, l'exécution du testament ne fera pas l'objet d'une étude approfondie, et ne pourra être que parfois simplement évoquée.

Il est intéressant ici de revenir rapidement sur la définition que le droit de ces différents États donne au testament. Dans le Code civil mauricien et seychellois, l'article 895 dispose que « Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer ». Il s'agit de la disposition originelle du Code Napoléon de 1804, traduite en anglais concernant le Code civil des Seychelles⁷. Elle est similaire à la définition française actuelle du testament du Code civil français à quatre mots près. En effet, la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réformes des successions et des libéralités a inséré une alternative en ajoutant « *ou de ses droits* » à « *ses biens* »⁸.

⁶ Comores, LegiGlobe, <http://legiglobe.rf2d.org/comores/2013/06/14/>, publié le 14 juin 2013 (consulté le 23 avril 2018).

⁷ C. civ. sey. art. 895 : “*A will is an act whereby a testator makes a disposition of the whole or part of his property to take effect upon his death, with power to revoke.*”

⁸ Le droit français a voulu, avec cette précision, ouvrir la possibilité de disposer aussi bien aux biens qu'aux droits dont le testateur était propriétaire de son vivant. Ses droits peuvent être constitués de droits réels – usufruit (*Cass. 1^{ère} civ. - 3 nov. 1988*), servitude de passage (*Cass. 1^{ère} civ. - 23 mars 1975*), droit d'usage et d'habitation (*Cass. req. - 11 mars 1931*) – ou de droits personnels – remise de dette, bail ne comportant pas de loyer, cession de créance à titre gratuit [*Les difficultés de qualification sont toutefois fréquentes. Ainsi la Cour de cassation*

Le Code civil du Mozambique en son article 2179 donne la même définition du testament que le Code civil mauricien et seychellois mais rajoute que les dispositions à caractère non patrimonial que la loi permet d'insérer dans un testament sont valides si elles font partie d'un acte revêtu de la forme testamentaire, même s'il n'y a pas de caractère patrimonial. En effet, ce sera la seule disposition où il sera fait mention expresse des dispositions à caractère extrapatrimonial.

À Madagascar, la loi du 4 juillet 1968 dispose dans son article 26 que « *le testament est un acte personnel de son auteur. Il est la manifestation de sa volonté réelle* », sans autre précision.

En Afrique du Sud, dans le *Wills Act*, la définition du testament se trouve à deux endroits, sans qu'il y soit consacré un article à part entière. Le premier article, consacré à des définitions, définit le testament comme incluant un codicille ou tout autre écrit testamentaire. À l'article 2D relatif à l'interprétation des testaments, en son alinéa 2, un testament est toute sorte d'écrit par lequel une personne dispose de tout ou partie de ses biens après sa mort.

Aux Comores, le livre XXIX du *Minhadj* relatif au testament n'en donne pas de définition à proprement parler.

Les différentes législations évoquées ont été adoptées pour la plupart au milieu du 20^{ème} siècle, même si elles peuvent avoir des origines antérieures⁹. Le testament a, quant à lui, des origines encore plus antérieures.

Il existait déjà en droit romain. Tester était alors un devoir civique¹⁰. En effet, pour les romains, la mort était la continuation de la vie, qui requérait les mêmes soins et c'était aux héritiers de s'en charger en les procurant au défunt par des prières, des offrandes et une digne sépulture. La mort était également crainte. En effet, à défaut de tels services, le défunt négligé serait en souffrance et pourraient jeter des maléfices sur les vivants¹¹.

Cette vision évoluera lorsqu'au II^{ème} siècle avant Jésus-Christ, la philosophie grecque pénétrera la société romaine. Le testament est alors présenté

a considéré : en 1984, que la mise à disposition gratuite d'un immeuble par des parents au profit de leurs enfants ne constituait pas une donation (Cass. 1^{ère} civ. - 3 nov. 1984) ; en 1997, que l'avantage résultant de ce que certains enfants du défunt avaient été logés gratuitement pendant une longue période s'apparentait à une donation de revenus, à ce titre rapportable à la succession (Cass. 1^{ère} civ. - 14 janv. 1997)].

⁹ Le *Minhadj* notamment, qui a été consacré comme faisant partie du droit positif des Comores au côté des coutumes comoriennes, par un décret du 1er juin 1939, est attribué à l'imam Nawawî et date du XII^{ème} siècle.

¹⁰ C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Paris, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 26.

¹¹ *Ibid.*, p. 20.

comme une survie de l'âme du défunt et comme une victoire de la volonté sur la mort¹². Le formalisme testamentaire est simplifié et les juges vont interpréter de façon bienveillante les testaments pour qu'ils produisent leurs effets¹³. Des limites sont tout de même apportées pour éviter les abus du testateur envers sa famille. Une part des biens est notamment attribuée aux proches parents du défunt.

Sous l'influence du christianisme, le testament prendra une dimension plus spirituelle. Les Chrétiens utilisent d'ailleurs le vocable « testament » quand ils désignent la Bible : l'Ancien Testament et le Nouveau Testament¹⁴.

Justinien, fervent chrétien et Empereur romain d'Orient, perfectionnera l'institution testamentaire au VI^{ème} siècle en rénovant et précisant les règles de forme et de fond du testament. Il réforme notamment l'exhérédation en imposant une liste pour éviter les abus¹⁵.

C'est au Moyen-Âge que le testament se convertit en un acte purement chrétien¹⁶. Le Chrétien ne craint pas la mort corporelle car il sait que c'est le début de la vie éternelle. En revanche, il craint la mort de l'âme, la damnation éternelle causée par le péché. Le testament sera alors utilisé comme un moyen de salut personnel en réparant ses torts par des legs faits aux institutions religieuses et aux pauvres.

Cette dimension est encore présente à l'époque moderne pour certains testateurs rongés par le remord. Elle tend toutefois à disparaître au profit d'une dimension plus égoïste. Le testament est en effet perçu par la doctrine contemporaine comme « l'exaltation de l'individu au-delà de la mort »¹⁷. Aujourd'hui, tester n'est plus conçu comme un devoir. Tester est devenu un droit, une liberté individuelle. Toute personne n'est cependant pas libre de tester. Ainsi, dans toutes les législations des États étudiés, des conditions de droit commun apparaissent : le testateur devra être sain d'esprit, capable¹⁸ et ne pas voir sa

¹² *Ibid.*, p. 21.

¹³ Également appelé la *favor testamenti*.

¹⁴ Les premiers théologiens chrétiens, notamment Tertullien qui traduira la Bible du grec vers le latin, préféreront le terme « Testament » à celui d'« Alliance » pour désigner l'Écriture sainte. Le premier terme est en effet plus favorable que le second à l'idée d'unilatéralité du don fait par Dieu à l'humanité.

¹⁵ C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 22.

¹⁶ *Ibid.*, p. 23.

¹⁷ *Ibid.*, p. 26.

¹⁸ V. not. *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 259 pour les Comores ; C. civ. mru. et C. civ. sey. art. 901 à 904 pour Maurice et les Seychelles ; C. civ. moz. art. 2188 à 2190 pour le Mozambique ; Loi du 4 juillet 1968, art. 25 pour Madagascar ; *Wills Act* de 1953, art. 4 pour l'Afrique du Sud.

volonté viciée¹⁹. Ces conditions étant cependant communes à tous les actes juridiques, qu'ils soient synallagmatiques ou unilatéraux, elles ne seront pas développées dans la présente étude comparative. Ne sera pas non plus développée pour la même raison la capacité de recevoir par testament.

Ce droit de tester n'est cependant que très peu utilisé de nos jours. En effet, en France, seule une personne sur dix aurait rédigé un testament²⁰. Un site internet a été mis en place pour tenter de porter ce chiffre à la hausse²¹. Aux Comores, il est également fait peu usage du testament²². À Madagascar, le recours au testament a été encouragé suite aux prescriptions du Roi ANDRIANAMPOINIMERINA, premier souverain du centre de la Grande Île à la fin du XIX^{ème} siècle, qui disposaient que les roturiers qui décédaient sans descendance passaient leur patrimoine à l'État²³. Ce système n'était pas applicable aux nobles. Les justiciables ont cependant trouvé un moyen de le contourner en utilisant notamment le testament.

Dans la plupart des États étudiés, une croyance est toutefois partagée : il serait de mauvais augure de rédiger un testament car ce serait une manière d'inviter la mort, bien que ce soit la seule certitude – angoissante pour certain – de la vie humaine.

Le testament, outre le fait qu'il soit un moyen pour le *de cuius* de prolonger sa vie, ou plutôt son emprise sur les vivants, est aussi un moyen d'anticiper l'apparition de problèmes – voire de les régler – dans bien des familles. Combien de dossiers de successions sont laissés en suspens dans les études notariales à cause de biens immobiliers d'un *de cuius* qu'une famille se déchire ou s'en désintéresse. Un testament aurait permis de régler le partage de ces biens, sauf à considérer – par des héritiers déçus souvent – que son interprétation n'est pas claire. Ce dernier point ne sera cependant pas traité. Mais pour régler ce problème d'interprétation en amont, des conditions de forme et de fonds devront être respectées. Celles-ci, comme déjà évoquées, sont régies par le droit des États.

¹⁹ V. not. C. civ. moz. art. 2200 à 2202 pour le Mozambique ; Loi du 4 juillet 1968, art. 26 et 27 pour Madagascar.

²⁰ Lucile PERLEMUTER, En France, 9 successions sur 10 se font sans testament, <https://www.bforbank.com/epargne/famille/actualites/faire-mon-testament-en-ligne.html>, publié le 12 janvier 2015 (consulté le 23 avril 2018).

²¹ <https://testamento.fr/fr/> (consulté le 23 avril 2018).

²² Paul GUY, *Études de droit musulman comorien, Les successions*, 1980, p. 39 et s.

²³ R. P. CALLET par G. S. CHAPUS et E. RATSIMBA, « *Histoire des Rois, traduction du tantanran'ny Andriana* », Tome 1, Académie malgache, 1953, n°329, p. 606 : « *Si vous mourrez sans avoir eu d'enfants ni en avoir adopté, puisque vos biens appartiennent à des propriétaires sans enfants, c'est moi, le Maître, qui suis le maître de vos biens.* »

Il conviendra alors de se demander comment le droit des États de la zone ouest de l’océan Indien a appréhendé la confection du testament.

L’étude fait ainsi ressortir que les formes du testament oscillent entre pluralité et singularité (I) et que le contenu du testament oscille, quant à lui, entre restrictions et libertés (II).

I. – Les formes du testament : entre pluralité et singularité

En France, le testament peut être fait sous plusieurs formes. Ainsi, l’article 969 du Code civil français dispose qu’il pourra être olographe, fait par acte public ou dans la forme mystique. Ces formes classiques, d’un point de vue juridique français, apparaissent de façon pérenne dans le droit de la plupart des États de l’océan Indien étudiés dans ce mémoire (A). Des nuances apparaissent toutefois. Les recherches, toujours du point de vue juridique français, ont cependant révélé d’autres formes qui sont plus singulières (B).

A. – La pérennité des formes classiques

À Maurice comme aux Seychelles, on retrouve le même article 969 du Code civil français dans leurs Codes civils respectifs. À Madagascar, l’article 30 de la loi du 4 juillet 1968 reprend ces mêmes formes de testament, avec la nuance que le testament mystique est appelé « testament secret ». Le testament peut donc être fait sous la forme olographe (1), mystique (2) et par acte public (3).

Ses formes sont pérennes dans le droit des États où elles existent. En revanche, en Afrique du Sud, au Mozambique et aux Comores, certaines de ses formes classiques n’existent pas. Il y a toutefois des formes particulières. Ces dernières seront étudiées au point suivant.

1 – Le testament olographe

Le testament olographe pourrait sembler à première vue être le plus courant, voire le plus évident, d’un point de vue français. On le retrouve dans les droits mauricien, seychellois, malgache et sud-africain. Il n’est toutefois pas présent ni au Mozambique, ni aux Comores. Si cela peut se comprendre pour les Comores, en ce que les règles relatives au testament apparaissent dans le *Minhadj*, qui a été écrit au II^{ème} siècle dans un temps où l’écrit n’avait qu’une place très marginale, cela peut sembler plus surprenant pour le Mozambique, qui applique le Code civil portugais alors en vigueur en 1966. En effet, l’article 2205 du Code civil du

Mozambique dispose que les formes communes du testament sont le testament public et le testament « *fermé* ». Si ce dernier peut être écrit par le testateur, son formalisme, qui sera étudié dans un paragraphe ultérieur, ne ressemble en rien au testament olographe.

Dans tous les États comparés où cette forme de testament est présente, les mêmes conditions que celles de l'article 970 du Code civil français doivent être remplies : être écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, sans aucune autre condition de forme. D'ailleurs, les Codes civils mauricien et seychellois ont gardé la même numérotation et les mêmes mots que le Code civil français. Cela sera d'ailleurs souvent, voire tout le temps, le cas. Une traduction anglaise a simplement été faite pour le Code civil seychellois.

Concernant le droit malgache, l'article 31 de la loi du 4 juillet 1968 précise en son alinéa 2 que les interlignes, les ratures, les surcharges, les apostilles et les renvois, à moins qu'ils ne rectifient une erreur évidente de rédaction ou qu'ils ne rendent une disposition plus claire, devront être approuvés pour être valables. Si cette précision peut être saluée, force est de constater que la manière dont ils devront être approuvés n'est quant à elle pas précisée. Il peut cependant être supposé que les héritiers pourront le faire d'un commun accord, ou le juge le cas échéant interviendra. L'article 32 de la même loi prévoit la possibilité, sans que ce soit donc une condition de forme à proprement parler, « *de déposer le testament olographe entre les mains d'un tiers, d'un notaire, ou plus largement d'un officier public authenticateur* ». En France, comme à Maurice ou aux Seychelles, cette possibilité existe mais n'est pas formalisée par les textes. Le testateur peut charger un tiers de conserver son testament. Le tiers devra cependant le remettre au Notaire chargé de la succession au décès du testateur. Aucune condition de délai n'est non plus évoquée. En revanche l'article 39 de cette loi dispose que les formalités prescrites à cet article sont à respecter sous peine de nullité.

Le testament ne sera cependant jamais découvert si le tiers tarde à le faire ou ne le fait pas et si personne d'autre ne connaissait l'existence d'un tel testament. Ce tiers ne pourra donc pas *a fortiori* sanctionné et les dernières volontés du *de cuius* ne seront alors jamais exaucées. Pour apporter plus d'efficacité au testament, une deuxième forme pérenne de testament existe dans le droit des États étudiés : le testament mystique.

2 – Le testament mystique

Le testament mystique, ou encore appelé testament secret, dans les grandes lignes, est celui par lequel le testateur remet son testament au notaire, mais ce dernier n'en connaît pas le contenu.

Le droit des différents États qui acceptent cette forme de testament est sensiblement similaire quant à sa définition et à sa confection. Il est entouré d'une grande solennité.

Une nouvelle fois, les Codes civils mauricien et seychellois reprennent la numérotation du Code civil français originel : articles 976 à 980. Si dans leur essence, les dispositions présentent des similitudes, des différences apparaissent cependant quant à la formulation des articles et quant au formalisme. Concernant la formulation, l'article 976 du Code civil mauricien dispose :

« Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. Le testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire, et à six témoins au moins, ou il le fera clore et sceller en leur présence ; et il déclarera que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui : le notaire en dressera un acte de souscription, qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe ; cet acte sera signé tant par le testateur que le notaire, ensemble par les témoins. Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes ; et en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne puisse signer l'acte de souscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins. »

Une coquille orthographique s'est cependant glissée dans le Code civil mauricien à propos de l'acte de suscription, qui est l'acte par lequel le notaire constate par écrit être dépositaire d'un testament. On la retrouve dans tous les articles relatifs au testament mystique. En effet, dans le Code civil mauricien, le notaire dresse un « acte de souscription ». Or, un acte de souscription est celui par lequel on « souscrit » à un contrat par exemple. Le vocable « souscription » n'est donc pas approprié ici²⁴.

Par exemple, là où en France deux témoins et un notaire suffisent pour la présentation au notaire du testament clos et scellé, en droit mauricien, il faudra le présenter pareillement au notaire, mais en présence d'un nombre beaucoup plus important de témoins, qui est de six. L'article 980 du Code civil prévoit qu'ils doivent être majeurs, mauriciens et jouissant des droits civils. Il n'est pas précisé, comme c'est le cas dans l'article 980 du Code civil français tel qu'issu de la loi

²⁴ Un entretien téléphonique avec Mademoiselle BISOONAITH, de l'étude de Maître Jérôme KOENIG à Maurice, a permis de confirmer le fait que le Code civil mauricien comportait cette erreur. En effet, elle s'était aussi faite cette réflexion durant ses études de droit.

du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, que les témoins devront comprendre la langue française ou que mari et femme ne pourront être témoins dans le même acte. Puisque le droit mauricien ne l'interdit pas expressément, un couple marié pourrait être autorisé à signer, dans ce cas, le même acte. Vu le nombre important de témoins, cela a pour effet d'apporter une souplesse au formalisme. Mais si dans ces six témoins, deux – voire plus – est un couple marié, comment assurer le libre consentement à la signature des époux ? Le nombre plus important de témoins n'est donc pas synonyme dans tous les cas de plus de sécurité juridique.

Par ailleurs, comme en France, et avec la même numérotation, l'article 978 dispose que ceux qui ne savent ou ne peuvent pas lire ne pourront pas faire de testament mystique. L'article 979 du Code civil mauricien prévoit que le testateur qui ne peut pas parler mais qui peut écrire, pourra faire un testament mystique à condition qu'il l'écrive, le date, le signe de sa main, le présente aux notaires et aux témoins et qu'en haut de l'acte de suscription, il écrive que le papier qu'il présente est son testament. Les conditions de l'article 976 devront également être respectées. À la différence de l'article 976 du Code civil français *in fine*, il n'est pas précisé la possibilité de sauver le testament mystique par un testament olographe. Cela peut expliquer qu'il soit très peu utilisé à Maurice²⁵.

Aux Seychelles, les numéros d'articles – 976 à 980 – dans le Code civil seychellois correspondent également aux numéros des Codes civils français et mauricien, mais c'est l'adjectif « secret » qui sera utilisé pour traduire le testament mystique. Le formalisme du testament mystique sera également similaire. Si le testateur ne peut pas, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, signer l'acte de suscription, il doit en être fait mention et la raison qu'il a donnée également. D'autre part, il est impossible pour les personnes qui ne peuvent ou ne savent pas lire, de faire un testament en cette forme (C. civ. sey. art. 978). Toutefois, si elles peuvent écrire (C. civ. sey. art. 979), comme en droit français et mauricien, elles ont la possibilité de faire un testament secret sous les mêmes conditions. L'article 979 al. 2 du Code civil seychellois, comme le Code civil français, consacre également la possibilité de sauver un testament secret nul par un testament olographe si ses conditions ont été respectées. Et comme en droit français également, et contrairement au droit mauricien qui n'en fait pas mention, époux et épouse ne pourront pas être témoins d'un même testament (C. civ. sey. art. 980).

À Madagascar, le testament secret est régi par les articles 33 à 37 de la loi du 4 juillet 1968. L'adjectif « secret » a été également choisi ici plutôt que l'adjectif « mystique ». Il obéit cependant aux mêmes règles que le testament

²⁵ Propos recueillis lors d'un entretien téléphonique auprès de l'office notarial de Maître Jérôme KOENIG, notaire à Port-Louis, Maurice, le 8 juin 2017.

mystique français, à savoir qu'il doit être signé par le testateur et être présenté à un notaire, ensemble deux témoins. Ces derniers sont de préférence membres de la famille du testateur, mais ce n'est pas une obligation. Cela peut toutefois sembler curieux pour le juriste français. Le notaire peut être remplacé par un officier public authenticateur. Par ailleurs, ce qui peut encore plus surprendre le juriste français, peuvent être témoins d'un testament authentique, les parents ou alliés des parties à un acte de disposition à cause de mort (loi du 4 juillet 1968, art. 40).

Au Mozambique, le testament mystique correspond au « *testamento cerrado* », soit « *testament fermé* » en portugais. Et l'idée du testament remis au notaire dans une enveloppe close et scellée se retrouve bien dans l'adjectif « *fermé* ». Cette forme est régie par les articles 2206 à 2009 du Code civil mozambicain. Les mêmes conditions formelles vues plus haut dans les autres droits s'appliquent. Cependant, l'alinéa 2 de l'article 2206 du Code cité admet l'absence de sa signature uniquement quand il s'agit d'une personne qui ne sache pas ou ne puisse pas le faire, sous certaines conditions. Il faudra alors mentionner dans l'acte qui enregistre le testament « *fermé* » la raison pour laquelle cette personne n'a pas signé. Tout cela devra s'appliquer, sous peine de nullité du testament (C. civ. moz. art. 2206). L'article 2209 du même Code dispose que le testateur peut conserver le testament « *fermé* » en sa possession, le remettre entre les mains d'un tiers ou le déposer auprès d'un office notarial. La personne qui en a la possession est toutefois tenue de le présenter à un notaire de la zone dans laquelle se trouve le document, dans les trois jours après la connaissance du décès du testateur. Le cas échéant, elle sera responsable des préjudices causés.

En Afrique du Sud, le *Wills Act* 7 de 1953 ne fait pas mention d'une telle forme de testament. Son cas particulier fera l'objet d'un prochain développement.

Aux Comores, si cette forme de testament n'existe pas dans les textes, elle pourrait cependant trouver à s'appliquer. En effet, Paul Guy, ancien président du Tribunal supérieur d'appel de Moroni, évoque la possibilité d'un testament mystique ou notarié. En effet, en 1980, il publie une présentation du droit musulman comorien²⁶ dans laquelle il relève qu'un testament peut être notarié ou mystique par une intervention accidentelle de notaires français sur la demande expresse d'un musulman qui désire gratifier son épouse.

Si le testament mystique offre une plus grande sécurité quant à sa découverte, il souffre cependant d'un handicap. En effet, dans son contenu, rien n'assure au testateur que son testament soit conforme aux règles d'ordre public successorales et qu'il puisse *in fine* porter ses effets juridiques.

²⁶ Paul GUY, *Études de droit musulman comorien, Les successions*, 1980, p. 30 et s.

Pour assurer cette efficacité, le testament par acte public sera préféré.

3 – Le testament par acte public

Le testament par acte public est appelé ainsi car c'est un officier public qui le recevra et qui assistera sa rédaction. À la différence du testament mystique, l'officier public en connaîtra le contenu et sera plus à même de conseiller le testateur sur ce qu'il a le droit ou pas d'écrire. Il est aussi appelé « testament authentique » car il répond à la définition de l'acte authentique²⁷. Cet adjectif a d'ailleurs été choisi dans le Code civil seychellois : « *authentic will* ».

Régi par les articles 971 à 975 du Code civil français, ce sont une nouvelle fois les mêmes numéros d'articles des Codes civil mauricien et seychellois qui s'appliquent pour le testament par acte public dans ces États. Toutefois, ce ne sont pas toujours les mêmes dispositions qui s'appliquent.

Ainsi, à Maurice, comme en France, le testament par acte public est reçu par deux notaires ou par un notaire en présence de deux témoins (C. civ. mru.²⁸ art. 971). Les règles diffèrent cependant dans les articles suivants, même si dans les grandes lignes, elles restent semblables. Le testateur dicte son testament au notaire (C. civ. mru. art. 972) et le signe (C. civ. mru art. 973). Les témoins aussi doivent le signer (C. civ. mru. art. 974). Ne peuvent toutefois être témoins les légataires, leurs parents jusqu'au quatrième degré inclus ou les clercs de notaires qui ont reçu l'acte (C. civ. mru. art. 975). Une particularité pour le droit mauricien se trouve *in fine* de l'article 974 relatif à la signature des témoins : dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signent. Aucune définition n'est donnée au vocable « *campagne* ».

Aux Seychelles, les règles sont également similaires, la seule différence notable est qu'un seul notaire peut recevoir le testament authentique (C. civ. sey. art. 971). La présence d'un second notaire ou de deux témoins capables de signer leurs noms sera requise uniquement si le testateur n'est pas capable de signer. Cette règle ressemble à la règle de l'article 971 du Code civil français, tel qu'issu de la loi n° 2015-77 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

À Madagascar, un seul article de la loi du 4 juillet 1968 concerne à proprement parler le testament par acte public. Il doit également être dressé par notaire, mais le droit malgache apporte ici encore une alternative. Il pourra être

²⁷ V. not. c. civ. fr. art. 1317 al. 1.

²⁸ L'abréviation « mru » a été retenue pour « Maurice » en référence au Code IATA (de l'association internationale de transport aérien – *International Air Transport Association*), qui est utilisé dans l'aéronautique international pour identifier les aéroports.

dressé par un officier public authenticateur. Dans tous les cas, l'officier public sera assisté de deux témoins (loi du 4 juillet 1968, art. 38). L'article 39 de cette loi, déjà cité, dispose que ses conditions de formes sont prescrites à peine de nullité. Aucune précision supplémentaire n'est toutefois apportée.

Au Mozambique également, un seul article également est consacré au testament par acte public. L'article 2205 du Code civil mozambicain dispose qu'est « *public, le testament écrit par un notaire dans son livre de notes* ». Aucune autre formalité n'est cependant non plus requise selon le Code civil mozambicain pour ce testament authentique.

La formalité de ce testament au Mozambique et à Madagascar serait donc susceptible de différer d'un notaire à un autre.

Dans les grandes lignes, le testament par acte public français trouve son sosie dans le droit des autres États de l'océan Indien étudiés. Aucun de ces droits n'a cependant introduit les possibilités que le droit français a introduites en 2005, par la loi n° 2015-77 du 16 février 2015 susmentionnée. En effet, par cette loi, la possibilité de tester sous la forme authentique a été ouverte aux étrangers qui ne parleraient pas le français ou les analphabètes ou les malentendants (C. civ. fr. art. 972 al. 4 à 6). Cette loi n'a cependant pas prévu la possibilité pour un testateur qui ne saurait – ou ne pourrait plus – voir et qui ne saurait ni parler ni écrire en langue française, ni entendre, de tester sous la forme authentique.

Il lui sera cependant possible de tester sous une autre forme que celle autorisée par son droit national par exemple ou encore par le jeu des multiples renvois de la Convention de Washington du 26 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international ou de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de loi en matière de forme des dispositions testamentaires.

Les testaments olographe, mystique ou authentique sont trois formes admises de façon pérenne en France depuis l'adoption du Code civil en 1804, et dans les autres États de l'océan Indien comparés. Cela s'explique par le fait qu'ils ont un Code civil qui a pour frère aîné le Code civil napoléonien. Une quatrième forme, non codifiée, a cependant vu le jour en France récemment avec la Convention de Washington de 1973 citée ci-dessus. Dans l'étude du droit des États de l'océan Indien, d'autres formes singulières peuvent être également découvertes.

B. – La découverte de formes singulières

Des formes particulières internes (1) de testaments ont été codifiées ou adoptées par un État dans sa législation, et qui se retrouvent même en France,

mais qui, dans la législation qui les régit, font l'objet d'un chapitre particulier consacré à ces formes particulières.

Une autre forme particulière est le testament international (2), qui sera pris sous l'angle de la Convention de Washington de 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international et sous l'angle du testament fait à l'étranger, qui lui, a été codifié par le droit de certains États de l'océan Indien.

Enfin, certaines formes de testament peuvent être qualifiées de singulières par le fait qu'elles ne soient pas du tout admises en droit positif français (3).

1 – Des formes particulières internes

Tout d'abord, il y a le testament sud-africain (a) dont les conditions de forme sont posées dans le *Wills Act* 7 de 1953. S'il peut présenter des similitudes avec certaines formes de testament déjà étudiées, il constitue une forme à part entière car il ne fait pas l'objet d'une qualification (olographe, authentique, mystique, etc.) propre. Il n'est pas à proprement parler « codifié » car il n'y a de Code en Afrique du Sud, étant un État de *Common law*.

Le testament privilégié (b) ensuite, présent au Mozambique et aux Seychelles, est également une forme singulière, en ce que même dans le droit de ces pays, il est qualifié comme telle. On le retrouve également en droit français dans le point relatif aux règles particulières sur la forme de certains testaments.

a – Le testament sud-africain

L'absence des formes authentique et mystique en Afrique du Sud peut se comprendre car il n'y a pas de notaire dans les pays de *Common law*, tel qu'il est connu en France. Il a cependant une caractéristique qui est commune avec les formes déjà étudiées : il doit être fait par écrit.

La forme du testament est régie par le *Wills Act*²⁹, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1954, qui est d'ailleurs similaire à la législation anglaise correspondante.

Pour être valide, dans les grandes lignes, tel que l'article 2 du *Wills Act* le prévoit, le testateur ou le rédacteur du testament le cas échéant, et au moins deux témoins doivent signer le testament ou sa modification. Ce testament ou sa modification doivent être certifiés par un « commissaire aux serments » dans le cas où le testateur les aurait signés avec une simple marque ou s'ils ont été signés par une personne, ce qui est possible selon le *Wills Act*.

²⁹ 7 of 1953, modifié par les lois suivantes : *Wills Amendment Act* 48 of 1958, *General Law Amendment Act* 80 of 1964, *Wills amendment Act* 41 of 1965, *Law of succession Amendment Act* 43 of 1992, *General Law Amendment Act* 49 of 1996.

Ces formalités ont, comme tous les droits des États comparés jusqu'ici, également pour but de sécuriser la validité des dernières volontés du testateur.

Une autre forme de testament particulière qui est codifiée dans le droit de certains États de l'océan Indien est le testament privilégié.

b – Le testament privilégié

En droit français, le testament privilégié est un testament fait par certaines personnes (les militaires (C. civ. fr. art. 981 à 984), les victimes d'épidémie et les insulaires (C. civ. fr. art. 985 à 987) ; les navigants (C. civ. fr. art. 988 à 996)) dans des circonstances exceptionnelles telles que décrites aux articles 981 et 1001 du Code civil de 1804. Ces personnes ont le privilège de pouvoir recourir à l'équivalent d'un testament par acte public simplifié. Il n'est cependant que très peu usité car la personne concernée peut, plus simplement, recourir au testament olographe.

Dans les grandes lignes, la présence d'un officier public n'est pas requise dans ces circonstances particulières. C'est alors la présence d'une personne sous l'autorité de laquelle se trouve le testateur (commissaire des armées, médecin militaire, etc.) qui est requise. Il doit être fait un double du testament, mais si la santé du testateur le requiert, cette formalité ne sera pas obligatoire. Enfin, sa validité n'est que temporaire, six mois en général.

Même si la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 est venue moderniser quelque peu cette forme de testament en supprimant quelques mentions archaïques, telles que la peste notamment (C. civ. fr., anc. art. 985), la dimension archaïque n'a pas totalement disparu au vu des dispositions actuelles. Le Code civil mauricien, de forte inspiration napoléonienne, ne les ont sûrement pas repris pour cette raison. Il a toutefois récemment encore retenu l'attention du législateur. En effet, la loi n° 2015-777 du 16 février 2015 a étendu les provisions de l'article 986 du Code civil à l'ensemble des îles du territoire français (auparavant, seules les îles du territoire métropolitain ou d'un département d'outre-mer étaient visées).

Cette forme de testament existe dans le droit de deux États de l'océan Indien qui font l'objet du présent paragraphe : le droit du Mozambique et le droit des Seychelles.

Le Code civil seychellois, reprend dans la quasi-totalité et traduit les articles 981 à 1001 du Code civil français. Ce sont donc les mêmes règles que celles qui ont été vues antérieurement, qui s'appliquent. Quelques-unes ont cependant été adaptées aux Seychelles, notamment celle de l'article 986 qui dispose que les testaments faits sur une île, sans distinction ici, sur laquelle il n'y a pas de notaire, pourront être reçus par une autorité gouvernementale.

Au Mozambique, Le Code civil régit cette forme particulière de testament aux articles 2210 à 2222. On retrouve ainsi le testament des militaires (C. civ. moz. art. 2210 à 2213), fait à bord d'un navire (C. civ. moz. art. 2214 à 2218), fait à bord d'un aéronef (C. civ. moz. art. 2219), fait lors de catastrophes naturelles (épidémie, etc.) (C. civ. moz. art. 2220). Par ailleurs, contrairement aux droits antérieurement étudiés, les militaires peuvent faire soit un testament public, soit un testament « *fermé* » ou mystique. Dans le droit mozambicain, ce testament privilégié sera nul deux mois, et non pas six comme il a été vu pour le droit des autres États étudiés, après la cessation de la cause qui empêchait le testateur de tester selon les formes communes.

Après avoir étudié ci-dessus les formes singulières de testament codifiées, vont être présentées ci-après des formes singulières de testament, codifiée pour l'une d'entre elles, mais qui peuvent se justifier par leur dimension internationale.

2 – Le testament international

En droit français, le testament international fait référence au testament régi par la Convention de Washington du 26 octobre 1973 (a) portant loi uniforme sur la forme d'un testament international, déjà citée. Il n'est cependant pas codifié en droit français, ni dans aucun autre droit des États de l'océan Indien étudiés, dont aucun n'a d'ailleurs adhéré à la Convention. Toutefois, il est possible par un mécanisme de renvoi qu'elle trouve à s'appliquer.

Aussi, pour Maurice et le Mozambique plus spécialement, une forme de testament international est, quant à elle, codifiée. Il s'agit du testament rédigé à l'étranger (b).

a – La Convention de Washington de 1973

Dans son préambule, la Convention de Washington de 1973 stipule que les États signataires désirent « *assurer dans une plus large mesure le respect des actes de dernière volonté par l'établissement d'une forme supplémentaire de testament appelée désormais "testament international" dont l'emploi réduirait la nécessité de la recherche de la loi applicable* ». Cette Convention poursuit donc l'objectif que les actes de dernière volonté puissent porter leurs effets.

Elle a été conclue sous l'égide d'Unidroit³⁰ et a été signée par la France en 1974 et est entrée en vigueur en 1994³¹. Elle y a ainsi introduit une quatrième forme de testament. Comme cela a déjà été évoqué, aucun État de l'océan Indien

³⁰ Institut international pour l'unification du droit privé.

³¹ États signataires de la Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international, <http://www.unidroit.org/fr/etat-successions> (mis à jour le 20 août 2015) (consulté le 23 avril 2018).

n'en est signataire. Toutefois, elle trouve à s'appliquer en Afrique du Sud et à Maurice, voire dans tous les autres États de l'océan Indien.

En effet, l'Afrique du Sud et Maurice sont signataires de la Convention de la Haye du 26 octobre 1961 sur les conflits de loi en matière de forme de disposition testamentaire. Elle est entrée en vigueur en Afrique du Sud en 1970³² et à Maurice en 1968³³.

L'article 1^{er} de cette Convention soumet la validité formelle des dispositions testamentaires à des critères alternatifs qui ont pour objet de favoriser la validité et l'efficacité internationale du testament. Il suffira donc qu'un de ces critères, notamment qu'un ordre juridique auquel la Convention soumet la validité formelle des dispositions testamentaires³⁴, soit rempli pour que le testament international soit valide formellement.

De plus, cette Convention a une vocation universelle. En effet, son article 6 ne soumet pas son application à des conditions de réciprocité. Même si la nationalité des intéressés ou la loi applicable en vertu des dispositions de la Convention n'est pas celle d'un État contractant, cette Convention sera applicable. Elle pourra donc s'appliquer aux Comores, à Madagascar, au Mozambique et aux Seychelles. Ainsi, par un jeu subtil de renvoi vers différents droits que l'on retrouve dans la Convention de La Haye de 1961, un testament international, rédigé selon les canons de la Convention de Washington de 1973, dans les États cités précédemment – bien qu'ils ne soient signataires ni de la Convention de La Haye de 1961 – ni de la Convention de Washington de 1973 – a toutes ses chances d'être validé formellement s'il respecte les conditions – souples – de la Convention.

Cela à une majorité de personnes d'avoir recours à cette forme de testament. Ainsi, comme il a déjà été remarqué, un aveugle qui ne saurait ni lire, ni écrire, ni entendre et qui ne parlerait pas français pourrait légalement rédiger un testament international. Ce dernier est également une solution pour sauver un testament

³² États contractants à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=40> (mis à jour le 15 août 2017) (consulté le 23 avril 2018).

³³ Entrée en vigueur à Maurice de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=303&disp=eif>, (consulté le 23 avril 2018).

³⁴ Jean-Louis VAN BOXSTAEL, *Le testament international*, rev. Notamus, Département juridique de la Fédération royale du notariat belge, Vol. 2015, no. 2, 2016, p. 26-31.

authentique irrégulier³⁵. Enfin, le rapport explicatif de cette convention³⁶ relève, que les successions testamentaires sont réglées de manière très variée dans les différents droits par des règles et des pratiques qui sont souvent très ancrées dans les traditions. Cette diversité est cependant remise en cause face à la multiplication de la circulation des personnes et des biens sur le territoire international, qui a pour effet une convergence des différents droits, bien qu'il sera impossible d'arriver à une convergence parfaite. C'est notamment ce que tente de faire la Convention de Washington de 1973 en créant le testament international.

Si le principe du respect de la volonté du testateur, la *favor testamenti* du droit romain, pouvait ainsi parfois être mis en échec, pour une simple raison de forme par exemple, ce testament international, par sa simplicité, est alors une façon d'y apporter un respect plus efficace.

Il faut remarquer cependant que sa dénomination peut être trompeuse. En effet, aucune de ses conditions d'application ou de validité n'exigent un élément d'extranéité. Et comme cela a déjà été évoqué, il peut servir à sauver un testament authentique invalide selon le droit interne. Dans ce cas, ce testament, bien que valide en tant que testament international au sens de la Convention de Washington, ne sera international que par son nom.

Une autre forme de testament international existe de façon plus évidente dans le droit de certains États de l'océan Indien : le testament fait à l'étranger. Ici, il a été codifié dans le droit des États étudiés et un élément d'extranéité sera exigé. Il portera donc bien son qualificatif.

b – Le testament fait à l'étranger

Le testament fait à l'étranger n'est pas régi par la Convention de Washington. On le retrouve dans le droit mauricien et mozambicain.

Dans le droit mauricien, il est régi par les articles 999 à 1001. Ainsi, un mauricien qui se trouve à l'étranger, peut faire un testament olographe ou authentique dans les formes du lieu où il se trouve. Dans ce cas, ces testaments ne pourront pas avoir d'effet sur les biens situés à Maurice que s'ils ont été enregistrés au domicile du testateur, ou de son dernier domicile connu à Maurice

³⁵ V. not. Cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2014 n° 13-18.383 : « Mais attendu que l'annulation d'un testament authentique pour non-respect des dispositions des art. 971 à 975 c. civ. ne fait pas obstacle à la validité de l'acte en tant que testament international dès lors que les formalités prescrites par la Convention de Washington du 26 oct. 1973 ont été accomplies ; qu'ayant constaté que toutes les conditions prévues par la loi uniforme sur la forme d'un testament international avaient été remplies à l'occasion de l'établissement du testament reçu le 11 janv. 2006, la cour d'appel en a justement déduit que cet acte, déclaré nul en tant que testament authentique, était valable en tant que testament international ; que le moyen n'est pas fondé ».

³⁶ Disponible sur <http://www.unidroit.org/fr/explicatif-successions>, (consulté le 23 avril 2018).

ou au lieu de la situation de l'immeuble, si le testament contient des dispositions d'immeuble. Ces formalités devront être respectées sous peine de nullité.

Dans le droit mozambicain, un seul article y est consacré. Ainsi, l'article 2223 du Code civil du Mozambique dispose que le testament fait par un citoyen portugais³⁷ – mozambicain – à l'étranger qui respecte les conditions prescrites par la loi étrangère compétente ne produira ses effets au Portugal³⁸ – au Mozambique en l'espèce – que s'il a été fait sous une forme solennelle dans sa confection ou dans son approbation.

Les autres droits n'ont pas envisagé un tel testament. Ce n'est cependant plus nécessaire avec l'existence du testament international de la Convention de Washington de 1973, qui est particulièrement adaptée aux relations internationales. Il a été vu que ce dernier est une forme de testament bien singulière dans la façon – quelque peu alambiquée – par laquelle il trouve à s'appliquer.

Une autre forme de testament peut être également tout aussi compliquée à appliquer, mais cela résultera plutôt des circonstances dans lesquelles il aura été rédigé.

Vont être vues maintenant des formes de testament encore plus singulières du point de vue du droit français. En effet, ce dernier interdit certaines formes, le testament oral et le testament conjonctif pour l'essentiel. Ces derniers sont toutefois admis dans certains États de l'océan Indien, jusqu'à même, pour le testament oral, en constituer la forme commune.

3 – L'admission de formes testamentaires interdites en droit français

Dans le rapport explicatif de la Convention de Washington de 1973³⁹, Jean-Pierre PLANTARD écrivait que « *les successions testamentaires sont réglées de manière très variée dans les différents droits par des règles et des pratiques qui sont souvent très ancrées dans les traditions* ». Les formes, que sont le testament oral (a) et le testament conjonctif (b), reflètent bien les traditions propres à chacun des États de l'océan Indien comparés. Elles sont cependant interdites en France.

³⁷ Il ne faut pas oublier que c'est le Code civil portugais de 1966 qui est en vigueur actuellement au Mozambique.

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Cf. supra*

a – Le testament oral

Il résulte de l'étude des droits mauricien, seychellois, mozambicain et sud-africain que le testament oral n'est pas admis dans ces États.

Pour le droit mozambicain, un doute subsiste toutefois. En effet, concernant le contenu du testament, le Code civil mozambicain dispose sera nul le testament dans lequel le testateur n'aura pas exprimé clairement sa volonté, mais seulement par des signes ou des monosyllabes, en réponse aux questions qui lui ont été faites (C. civ. moz. Art. 2180). Cette dernière mention pourrait en effet laisser autoriser un legs verbal, qui n'est pourtant pas une forme commune de testament au Mozambique comme vu plus haut. Les formes communes du testament mozambicain étant toutefois les formes publique et « fermée » qui exigent un écrit (C. civ. moz. art. 2205 et 2206), il ne semble pas que le testament oral pourrait être admis.

Par ailleurs, ainsi que l'exprime l'adage suivant : *Verba volant, scripta manent*⁴⁰, le mode oral souffre d'une mauvaise presse en ce qu'il ne fige pas une pensée comme le mode écrit peut le faire. La Convention de La Haye de 1961 laisse d'ailleurs la possibilité à chaque État contractant de « *se réserver de ne pas reconnaître les dispositions testamentaires faites, en dehors de circonstances extraordinaires, en la forme orale par un de ses ressortissants n'ayant aucune autre nationalité.* »

La culture orale trouve cependant une place privilégiée dans un temps où l'écrit n'était pas d'usage commun, comme c'est le cas aux Comores (α.) et à Madagascar (β.). D'ailleurs, aux Comores, le testament oral est, ce qui peut sembler surprenant du point de vue juridique français, la forme classique du testament. À Madagascar, il fait partie d'une des formes particulières : la déclaration de dernière volonté.

α . Aux Comores : la forme classique du testament

Le testament dans le droit des Comores a disparu du Code civil et il n'a pas été intégré dans le Code civil de la famille de 2005. C'est donc le *Minhadj* qui s'applique, plus précisément, son livre XXIX relatif aux dispositions testamentaires. Il faut le rappeler, ce texte a été rédigé par *Nawawî* au XII^{ème} siècle, dans un temps où l'écriture ne primait pas sur le témoignage oral⁴¹ Il pose le principe du testament sous la forme orale⁴². Il n'est pas d'ailleurs fait mention

⁴⁰ Les paroles s'envolent, les écrits restent.

⁴¹ François-Pierre BLANC, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien*, Balzac éditeur, 2015, p. 428 §783

⁴² *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 267.

de « testament » à proprement parler, sinon de « *dispositions testamentaires* » au sens que peuvent avoir les dispositions de dernière volonté.

Ainsi, le *Minhadj* donne des règles précises quant à la formulation que doit avoir cette disposition testamentaire. Elle passe par l'emploi des formules telles que suivantes : « *Je lui lègue telle ou telle chose* », « *Remettez-la-lui* », « *Donnez-la-lui après ma mort* », ou encore « *Ceci est à lui après ma mort* ». Mais si on se borne à dire « *Cette chose est à lui* », qui signifie « *Restituez-le lui* », est un aveu et non un legs. Cependant, si on dit : « *Cette chose est à lui dans ma succession* », c'est une disposition testamentaire valable. La présence de témoins est donc primordiale pour que ce testament porte ses effets. Le *Minhadj* n'en précise toutefois pas le nombre. Un seul pourrait donc suffire, mais il serait sûrement judicieux, comme dans la plupart des droits étudiés jusque-là, d'imposer la présence d'au moins deux témoins, pour que chacun puisse confirmer ce que l'autre dit.

La disposition testamentaire peut encore être implicite en étant formulée d'une manière qui indique la dernière volonté de *de cuius*. Le testament écrit, s'il est remis aux témoins, sera donc valable. Un testament comorien, qui serait rédigé sous la forme olographe, mystique ou authentique, sera donc valable, mais il sera considéré comme une disposition testamentaire implicite selon le droit positif comorien.

À Madagascar en revanche, le testament oral fait partie des formes particulières de testament.

β . À Madagascar : la déclaration de dernière volonté

Cette forme de testament est régie aux articles 41 à 45 de la loi du 4 juillet 1948. Les formalités sont à respecter sous peine de nullité de la déclaration de dernière volonté.

Concernant le domaine personnel, toute personne, sentant sa mort imminente, peut déclarer ses dispositions de dernière volonté à une personne mentionnée dans l'article 41 de la loi de 1968, soit le notaire, le chef de la famille à laquelle il appartient, un membre du conseil municipal ou communal, ou un auxiliaire du chef de canton.

Ici, la présence obligatoire de quatre témoins est requise, dont au moins deux membres de la famille du disposant.

Concernant les bénéficiaires de cette forme de testament, le testateur ne peut cependant que partager ses biens entre tous ses enfants au sens de l'article 17 et 18. Des dispositions extrapatrimoniales sont également possibles. En effet, le

testateur peut formuler des prescriptions relatives à sa mise au tombeau (loi du 4 juillet 1968, art. 42).

La déclaration de dernière volonté a la même valeur qu'un testament public en l'absence de testament (loi du 4 juillet 1968, art. 45) et est ainsi soumise aux mêmes conditions de validité et de forme que ce dernier. C'est donc une forme de testament à part entière.

Une autre forme de testament interdite en France et qui se retrouve dans le droit de certains États de l'océan Indien est le testament conjonctif.

b – Le testament conjonctif

Un testament est dit conjonctif – ou « conjoint », « commun », « joint » ou encore « mutuel » – quand deux personnes disposent dans un même testament, l'une au profit de l'autre et réciproquement. Interdit dans la plupart des droits de tradition civiliste, il l'est également de façon expresse à Maurice et aux Seychelles (C. civ. mru. et C. civ. sey. art. 968), en ce qu'ils ont repris le Code civil français. Il est également interdit au Mozambique (C. civ. moz. art. 2181), qui a lui aussi un Code civil sur le modèle du Code napoléonien.

La Convention de La Haye de 1961 étudiée plus haut, fait référence à cette forme de testament dans son article 4 et l'admet. En effet, elle dispose que la convention « *s'applique également aux formes des dispositions testamentaires faites dans un même acte par deux ou plusieurs personnes* ». Ainsi, si par le jeu des multiples critères de rattachement de son article 1^{er}, le testament conjonctif est valable, sa validité, même dans un droit qui l'interdit, sera admise.

Concernant l'Afrique du Sud, le *Wills Act* ne précise pas expressément son interdiction. L'article 2, qui dispose que le testament doit être signé par le testateur ou une autre personne en sa présence et sous sa direction, ne semble pas admettre le testament conjonctif. En effet, à aucun moment, il est fait mention d'une possibilité de pluralité de testateurs. Elle se retrouve cependant dans le *Common law*. Ainsi, un testament mutuel est conçu comme rassemblant les testaments de deux personnes, faits de façon séparée. Chaque partie doit donc avoir le droit de modifier ou de révoquer la partie du testament mutuel dans laquelle il dispose de ses biens, sans le consentement de l'autre.

Pour que cela soit possible, deux conditions doivent être remplies. Tout d'abord, le premier mourant ne doit pas avoir disposé seulement de ses biens, mais il doit avoir aussi disposé des biens de son conjoint survivant. Autrement-dit, la propriété des deux testateurs doit avoir été fondue en une seule et avoir été disposée en un tout⁴³.

⁴³ Cf. *Secretary SA Association vs. Mostert* 1873 Buch 31.

La deuxième condition concerne le survivant. Il doit avoir accepté tout ou partie des bénéficiaires que lui confère le testament du premier mourant. En droit sud-africain, comme ailleurs, personne n'est en effet obligée d'accepter un legs. L'acceptation est d'ailleurs présumée à moins que les légataires ne répudient le legs expressément⁴⁴. Dans le manuel d'introduction au droit sud-africain écrit par W.J. HOSTEN⁴⁵, un exemple est donné : dans un testament joint, deux testateurs, soit un couple marié, laisse leur biens communs⁴⁶ à leurs enfants, avec l'usufruit au conjoint survivant. Ainsi, la première condition évoquée plus haut est remplie. Jusqu'à la mort du premier conjoint, chacun des époux peut changer son testament, c'est-à-dire le testament joint. Il ne pourra cependant pas disposer de plus de la moitié de ses biens qu'il a en commun avec son époux. À la mort du premier conjoint ensuite, pour la deuxième condition, le survivant doit accepter ou pas le legs, en l'espèce, l'usufruit des biens communs. S'il répudie le legs, il ne recevra rien tel que prescrit par le testament mais garde, bien sûr, sa propre moitié dont elle n'avait pas disposé. Les enfants quant à eux recevront, s'ils acceptent en pleine propriété la moitié des biens du premier mourant, la moitié qui n'est pas sujette à l'usufruit.

Aux Comores maintenant, le testament conjonctif n'est pas interdit de façon expresse dans le *Minhadj*, mais l'influence actuelle du droit français, même si le droit positif en la matière est fortement influencé par le droit musulman, pourrait mener à l'idée qu'il n'y serait pas non plus admis.

Cette interdiction a ses raisons : elle sert à éviter une possible – mauvaise – influence sur le testateur et ainsi, garantir le principe de la libre révocabilité du testament.

À Madagascar, l'article 29 de la loi de 1968 indique explicitement qu'ils ne sont pas prohibés. Le législateur a quand même prévu le cas de la crainte évoquée ci-dessus en donnant la possibilité aux époux de déclarer que leur testament mutuel ne pourra être modifié de leur vivant que d'un commun accord. En revanche, cette disposition cessera de porter ses effets s'ils divorcent ou si leur union est rompue.

Ce dernier paragraphe consacré à cette dernière forme particulière de testament clos le second chapitre de cette première partie qui a traité des différentes formes de testament, qui, comme il a été vu, s'articule entre pluralité et singularité.

⁴⁴ *Crookes NO vs. Watson* 1956 1 SA 277 (A) 298.

⁴⁵ W.J. HOSTEN *et al.*, *Introduction to South African law and legal theory*, Butterworth, 1995, p. 688 .

⁴⁶ Les « biens communs » ne sont pas entendus ici au sens français, comme faisant partie de la communauté légale. Ce sont simplement les biens qu'ont en communs, de façon indivise, les époux.

II. – Le contenu du testament : entre restrictions et libertés

Si le testateur n'est pas libre de tester dans la forme qu'il souhaite, car cette forme fait l'objet d'un encadrement légal, il ne peut pas non plus disposer selon son plein gré. Ainsi, légalement, la liberté de tester est encadrée (A). Il existe cependant des cas où la liberté de tester est privilégiée (B).

C'est donc autour de la liberté que va tourner cette seconde partie relative au contenu du testament. Les différents types de legs (universel, à titre universel, particulier notamment) ne feront pas l'objet d'un développement, car ils qualifient ce que le testateur fait quand il institue des héritiers et ne concerne pas donc à proprement parler de la liberté de tester.

A. – La liberté encadrée

Si en droit romain, tester était un devoir, cet acte est devenu aujourd'hui une liberté individuelle, une faculté, un droit. Tester peut être vu à l'époque moderne comme un moyen de consolation pour l'homme face à la mort.

Une tendance du droit moderne, selon Charles BAHUREL, dans sa thèse sur *Les volontés des morts*⁴⁷, est de « fondre, jusqu'à refondre, la liberté testamentaire dans la liberté contractuelle – au sens de la liberté de faire des actes juridiques. Autrement dit, le testament quitterait les contraintes du droit successoral pour être rattaché, sans autre limite que l'ordre public, au droit des biens ou des personnes selon son contenu. » Cet auteur nous enseigne que les droits anglo-saxons sont fermement enfermés dans cette voie. Ainsi, ils accordent une importance moindre aux règles successorales parce qu'en cette matière, la volonté du disposant est quasiment toute puissante⁴⁸. En droit français, cependant, « peu de mécanismes juridiques d'organisation des biens traversent la période du décès sans être récupérés par le droit successoral (...), lieu de passage forcé »⁴⁹. Ainsi, en droit français, l'idée que la mort rompt tout demeure profondément et il n'appartient pas principalement au *de cuius* de régler le sort de ses biens après son décès⁵⁰.

⁴⁷ C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 26.

⁴⁸ J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, Revue international de droit comparé, Vol. 39, n°1, 1987, p. 288 à 290.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

C'est également l'idée qui prédomine dans le droit des États de l'océan Indien analysés. Il y a ainsi un encadrement tant personnel (1) que patrimonial (2).

1 – L'encadrement personnel

L'encadrement personnel tient au testateur (a), qui voit sa liberté restreinte dans le contenu qu'il peut mettre dans son testament. L'encadrement personnel tient également au bénéficiaire (b). En effet, le testateur n'a pas la liberté de désigner, dans le droit des États de l'océan Indien étudiés, n'importe qui comme bénéficiaire. Certains, les enfants notamment, peuvent faire l'objet d'une protection particulière.

a – Le testateur

Le testateur, bien qu'il soit libre de tester, ne peut pas tout faire comme cela a déjà été dit. Certaines choses lui sont notamment interdites, comme les substitutions (α). D'autres lui sont parfois imposées, comme la nomination d'un exécuteur testamentaire (β).

α . L'interdiction des substitutions

La substitution exprime l'idée que le bénéficiaire du testament est chargé par le testateur de garder la propriété léguée et de la transmettre à une tierce personne au bout d'un certain temps où si un événement particulier se produit. Dans le droit des États de l'océan Indien comparés, cette interdiction est en principe généralisée. Des exceptions existent toutefois.

Ainsi, certaines législations des États de la zone ouest de l'océan indien, d'influence civiliste, interdisent expressément les substitutions. Ce sera donc le cas pour le droit mauricien (sauf une petite exception concernant la famille proche), et seychellois. Madagascar et le Mozambique en revanche les autorisent, mais sous condition. Enfin, concernant les Comores et l'Afrique du sud, il faudra faire une interprétation extensive de leurs législations pour arriver à une telle interdiction.

L'interdiction des substitutions révèle la volonté du législateur d'éviter que le mort n'ait trop d'emprise sur les vivants. En effet, si cela était permis, le *de cuius* pourrait imposer au bénéficiaire la transmission de son bien, ainsi qu'au bénéficiaire du bénéficiaire, *etc.* C'est l'idée sous-jacente également de l'interdiction de la propriété perpétuelle qu'ont voulu abolir les Révolutionnaires de 1789. Effectivement, l'un de leurs principaux combats a été d'abolir le féodalisme car ce système avait pour effet que le Paysan ne pouvait pas jouir pleinement de la pleine propriété de la terre qu'il cultivait, qui revenait au

Seigneur. La devise de l'abolition de système aurait pu être « Pas de contrôle sur la terre par les morts ! » ou « La terre aux vivants ! ». Derrière l'aspect émotionnel de la possession, se cachait également un aspect pratique, plus tourné vers l'économie qui sans traduisait dans le souhait pour le vivant d'être propriétaire de la terre et de pouvoir la commercialiser⁵¹.

Ainsi, on retrouve l'interdiction des substitutions dans la plupart des droits des États de l'océan Indien étudiés, en ce qu'ils suivent pour la plupart les préceptes du Code napoléonien.

À Maurice comme aux Seychelles, comme en France une nouvelle fois, l'interdiction des substitutions se retrouve aux articles 896 à 899 des Codes civils mauricien et seychellois. Par conséquent, est nulle toute disposition qui vise à interdire au bénéficiaire du testament d'aliéner le bien reçu ou à l'obliger de la transmettre à un tiers. Le Code civil mauricien a cependant gardé, contrairement aux Codes français et mauricien, la possibilité de substitutions pour les pères et pères et les frères et sœurs et les transferts ou dispositions de biens à titre fiduciaire. Concernant le Code seychellois, l'alinéa 2 de l'article 900 rend en principe nulles toutes les dispositions tendant à rendre la propriété inaliénable. Se révèle encore une fois ici la crainte de la propriété perpétuelle.

Toutefois, la nomination d'un second bénéficiaire, en remplacement d'un premier qui ne puisse ou ne veuille pas recevoir le legs, ne constitue pas une substitution et est valide. Le même mécanisme s'appliquera en cas de démembrements de propriété. Cela permet d'éviter que le bien soit abandonné. En effet, il faut rappeler ici que le testament est un acte unilatéral. Contrairement à une donation, où le bénéficiaire n'est pas obligé non plus d'accepter, mais le jour de la signature de l'acte, s'il le signe effective, cela vaudra foi de son acceptation. La donation est un acte bilatéral. Dans le testament, le bénéficiaire n'est pas obligé d'accepter. Le testateur « propose » plus qu'il ne « dispose » de ses biens. Au bénéficiaire de choisir ensuite, une fois le testament découvert et ouvert à la mort du *de cuius*, d'accepter ou pas. Ainsi, il est possible de dire que le testateur « propose », dans le sens où il n'impose pas sa volonté sur le bénéficiaire qu'il désigne dans le testament, et que le légataire « dispose », dans le sens où c'est à lui que revient le choix final d'accepter ou non.

Le testateur ne pourra également pas rédiger de clauses qui tendent à rendre le legs inaliénable, à moins qu'un intérêt légitime et sérieux le justifie. Mais même dans ce cas, le bénéficiaire pourra être autorisé judiciairement à disposer de la propriété léguée si cet intérêt n'existe plus ou si un intérêt plus important apparaît. Par conséquent, la disposition qui aurait pour effet de déposséder le bénéficiaire

⁵¹ A. G. CHLOROS, *Codification in a mixed jurisdiction, The civil and commercial law of Seychelles*, North-Holland publishing company, 1977, p. 74.

du droit d'agir en justice pour faire annuler une telle disposition testamentaire sera nulle et ne pourra produire d'effet.

À Madagascar, la loi du 4 juillet 1968, dans son article 47, l'autorise mais l'enferme dans une condition de délai. Ainsi, le testateur peut dans son testament stipuler que son légataire devra transmettre les biens dont il aura bénéficié à une personne, à l'expiration d'un certain délai ou à son décès, ou si une condition expressément stipulée se réalise.

Au Mozambique, en revanche, les substitutions ne font pas l'objet d'une interdiction expresse. Elles se retrouvent ainsi aux articles 2281 à 2300 du Code civil mozambicain. Il ressort toutefois de leurs études que les substitutions, telles qu'elles ont été définies plus haut, sont également interdites au Mozambique.

Il en existe de trois sortes : les substitutions directes (C. civ. moz. art. 2281 à 2285), les substitutions fidéicommissaires (C. civ. moz. art. 2286 à 2296) et les substitutions pupillaires ou quasi-pupillaires (C. civ. moz. art. 2297 à 2300). On les retrouvait déjà en droit romain. Elles seront étudiées dans les grandes lignes.

Les substitutions directes sont celles, comme en France, à Maurice et aux Seychelles, qui concerne les légataires qui ne pourraient ou ne voudraient pas accepter le legs. À ces derniers, seront substituées d'autres personnes. Sauf déclaration contraire, cela sous-entendra qu'il aura voulu protéger l'autre personne. Par ailleurs, plusieurs personnes peuvent se substituer à une seule personne ou une seule personne à plusieurs. Le testateur peut également disposer que les colégataires peuvent se substituer réciproquement. Si tel est le cas, c'est-à-dire si le legs a été fait en parts inégales, il faudra respecter la proportion dans la substitution. Si dans la substitution, tout le reste des personnes instituées comme héritier n'est pas appelé, si cela concerne une tierce personne et qu'il n'a pas été mentionné de proportion à respecter, la plus grande part de ce qui reste vacant sera réparti entre elles en parts égales par les substitués. Les substituants ont également des droits et des obligations. Sauf volonté contraire du testateur, ils succèdent aux droits et obligations qu'avaient les personnes substituées.

Les substitutions fidéicommissaires maintenant sont celles qui concernent le fait d'imposer à son héritier la charge de conserver l'héritage, pour qu'à sa mort, un autre puisse en bénéficier. Cette substitution semble correspondre à celle qui est interdite en droit français, mauricien et seychellois. En droit mozambicain, elle ne concerne que la famille du testateur en revanche. La personne en charge de garder le bien s'appelle le « fiduciaire » et la personne qui lui sera substituée à sa mort s'appelle le « fidéicommissaire ». Comme le premier type de substitutions, il peut n'y avoir qu'une seule première personne (le fiduciaire) à qui se substituent plusieurs autres personnes (les fidéicommissaires) ou plusieurs personnes (les fiduciaires) à qui se substituent qu'une seule autre personne (le fidéicommissaire).

Ce type de substitution est toutefois limité. Ainsi, cette substitution ne pourra avoir d'effet au-delà du premier degré, même si le retour de l'héritage pour le fidéicommissaire doit être subordonné à un fait futur et incertain. Seul le père ou la mère ou les enfants du testateur pourront donc être fidéicommissaires.

La substitution pupillaire maintenant, concerne quant à elle le parent qui n'aurait pas la garde de ses enfants ou qui l'aurait que partiellement. Il peut substituer à ses enfants les légataires de son choix, pour le cas où ses enfants décèderaient avant d'avoir eu dix-huit ans. La substitution sera alors sans effet à la majorité de l'enfant. La substitution quasi-pupillaire concerne celle où l'enfant est incapable de tester en raison d'une interdiction pour anomalie psychologique. Par ailleurs, il est possible qu'une substitution pupillaire se transforme en une substitution quasi-pupillaire si le mineur est déclaré incapable pour des raisons psychologiques. Ces deux derniers types de substitutions ne pourront cependant concerner que les biens que le substitué aura acquis durant la vie du testateur.

En Afrique du Sud, dans le *Wills Act*, et aux Comores, dans le *Minhadj*, rien ne semble interdire expressément ces substitutions.

En Afrique du Sud toutefois, la consultation du manuel d'introduction au droit sud-africain⁵² apportera cependant sa lumière sur la question. Ainsi, il existe dans ce droit deux types de substitutions. Ce sont, comme en droit mozambicain, la substitution directe - une alternative entre deux légataires dans le cas où un premier ne pourrait ou ne voudrait pas accepter le legs - et la substitution fidéicommissaire (avec un « fiduciaire » qui est le premier bénéficiaire et le « fidéicommissaire » qui est la seconde personne, qui sera substituée à la première).

Dans le premier cas, pour la substitution directe, si le premier légataire accepte, la substitution devient nulle. Elle est sous-entendue à l'article 2 (C) du *Wills Act* : si un testateur laisse un bénéficiaire à un descendant, mais que ce descendant meurt avant le testateur ou s'il n'a plus le droit d'hériter, alors la progéniture de ce descendant héritera à sa place par le mécanisme de la représentation, tel qu'on le connaît également en droit français. De même, la progéniture du descendant désigné héritera si le descendant refuse le bénéfice des dispositions du testament. Exception faite cependant pour le cas où le descendant aurait été désigné en même temps que l'époux survivant : ce dernier sera alors bénéficiaire entièrement du legs.

Dans le second cas, pour la substitution fidéicommissaire, comme en droit mozambicain, le testateur laisse tout ou partie de ses biens à un premier héritier

⁵² W.J. HOSTEN *et al.*, *Introduction to South African law and legal theory*, Butterworth, 1995, p. 679 à 687.

(le fiduciaire), à charge pour elle de la transmettre à un second héritier (le fidéicommissaire) après l'écoulement d'une certaine période ou la survenance d'un événement précis (à la mort du premier héritier par exemple). Ce type de substitution est différent du premier en ce que les deux héritiers héritent, non pas alternativement, mais successivement. C'est donc la crainte d'une propriété perpétuelle qui ressurgit ici. Ainsi, en droit sud-africain, le *Immovable Property (Removal or Modification of Restrictions) Act 94* de 1995, dans son article 6 (1) limite la substitution fidéicommissaire à deux substitutions, contrairement à une seule pour le droit mozambicain, après que le fiduciaire originel ne soit devenu propriétaire.

Il faudra alors faire attention de ne pas confondre ce fiduciaire avec le fiduciaire de la fiducie actuelle en droit français, souvent traduite pour évoquer le mécanisme du *trust* anglo-saxon. Ce dernier mécanisme⁵³ peut d'ailleurs faire l'objet d'une disposition testamentaire, mais le testateur devra l'établir clairement et raisonnablement.

La fiducie, comme entendue pour la substitution fidéicommissaire sud-africaine ou mozambicaine, se différencie également de l'usufruit, en ce que le fiduciaire est plein propriétaire du bien qu'il devra ensuite transmettre alors que l'usufruitier, comme le nom l'indique, n'en a que l'usufruit. Un testateur peut cependant tout à fait transmettre la propriété d'un bien à une personne et l'usufruit à une autre. Ici, contrairement à la substitution fidéicommissaire, le plein propriétaire et l'usufruitier sont propriétaires au même moment, même si en pratique, ils auront la jouissance du bien de manière successive.

Concernant le droit positif comorien, les recherches n'ayant pas permises d'aboutir avec certitude à cette interdiction, elle ne pourra être que supposée, de part notamment l'intervention, quoiqu'accidentelle, des notaires français dans les successions comoriennes. Ces derniers s'opposeraient sûrement à l'insertion d'une telle clause dans un testament qu'un Comorien voudrait rédiger.

S'il peut être admis que le testateur a une liberté restreinte concernant la possibilité d'insérer des substitutions dans son testament, il a une liberté plus grande concernant la possibilité de nommer un exécuteur testamentaire pour la prise en charge de ses dernières volontés.

β . La nomination d'un exécuteur testamentaire

La nomination d'un exécuteur testamentaire est, comme en droit français, une option dans la plupart des droits des États de la zone ouest de l'océan Indien.

⁵³ Pour l'essentiel, il s'agira de laisser la propriété d'un bien à une personne, le *trustee*, pour qu'elle gère ce bien de façon à faire bénéficier une autre personne (qui peut être le propriétaire original) ou pour un but impersonnel.

Dans les grandes lignes, il s'agit de la possibilité pour le testateur de nommer une ou plusieurs personnes chargées de veiller à la mise en application de son testament ou de l'exécuter. C'est donc un moyen pour le testateur de s'assurer que ces dernières volontés seront respectées. Ils ne sont en général pas rémunérés et aucune limite de temps n'est donnée⁵⁴. Il ne sera pas non plus propriétaire des biens et ne pourra donc pas les transmettre à ses enfants. La fonction n'est d'ailleurs pas non plus transmissible. Dans tous les droits étudiés, l'exécuteur testamentaire devra être capable juridiquement et pourra être un héritier (de la famille du testateur) ou un légataire (une personne extérieure à son cercle de famille).

À Madagascar cependant, il n'en est pas fait mention dans la loi du 4 juillet 1968. Les recherches effectuées dans ce domaine dans d'autres lois de ce dernier État n'ont malheureusement pas abouti à éclairer la question. Ce point ne sera donc pas développé.

L'exécuteur testamentaire se retrouve toutefois dans les Codes civils de Maurice et des Seychelles, comme très souvent, aux mêmes articles que le Code civil français, soit les articles 1025 à 1034. Il s'agit de la même fonction. Des différences existent cependant. Notamment aux Seychelles, un testateur ne pourra pas nommer plus de trois exécuteurs testamentaires. Ils agiront en tant que fiduciaires, telle que leur fonction est régie par le Code civil seychellois, mais qui ne sera pas étudiée ici. De plus, cette nomination devra être confirmée judiciairement. Enfin, il sera obligatoire de nommer un exécuteur pour les testaments comportant des clauses concernant des immeubles.

Au Mozambique, ce sont les articles 2320 à 2334 du Code civil qui en traitent et il n'y a pas de différences majeures avec les autres droits étudiés. Pour l'essentiel, l'exécuteur testamentaire devra, comme dans tous les droits, être capable juridiquement (C. civ. moz. art. 2321). Il n'est également pas obligé d'accepter (C. civ. moz. art. 2322), corollaire du caractère unilatéral du testament. Mais le refus devra se faire devant notaire (C. civ. moz. 2324). L'acceptation peut être expresse ou tacite, mais ne pourra pas se faire sous conditions ni en partie seulement (C. civ. moz. art. 2323). L'exécuteur a les missions que le testateur lui confie, dans les limites de ce qui est autorisé par la loi (C. civ. moz. art. 2324). Il n'est en principe pas rémunéré (C. civ. moz. art. 2333) et ne peut pas transmettre son mandat (C. civ. moz. art. 2334).

⁵⁴ Comp. C. civ. fr. art. 1032 (depuis la loi du 23 juin 2006) : la mission de l'exécuteur testamentaire prend fin au plus tard deux ans après l'ouverture du testament sauf dérogation par le juge.

En Afrique du Sud, il n'est fait référence qu'une fois à l'exécuteur testamentaire⁵⁵. La consultation d'un manuel de droit sud-africain⁵⁶ ou la jurisprudence ont aidé à en savoir plus. La nomination d'un exécuteur est une obligation dans tous les cas de figure, même si le testateur n'en a pas nommé. Il s'agira d'un exécuteur testamentaire à proprement parler si le testateur en aura désigné un dans son testament.

Ainsi, la jurisprudence sud-africaine a décidé que les légataires n'auront de droit personnel sur les biens légués, dont ils sont bénéficiaires, qu'une fois que les biens leur auront été livrés par un exécuteur⁵⁷. La question de savoir si l'exécuteur est propriétaire des biens objet de sa fonction est cependant toujours en suspens dans le droit sud-africain. La procédure de livraison de tels biens est cependant complexe et est régie par l'*Administration of Estates Act 66 of 1965*. Si l'exécuteur testamentaire n'a pas été nommé dans le testament, il le sera judiciairement. Ses fonctions sont notamment d'administrer les biens, de payer les dettes et d'enfin remettre ce qui reste aux légataires.

Aux Comores, il s'agit d'une institution particulière, nommée le *wasî* et le *Minhadj* est toujours le texte de référence en la matière. La dernière section du livre XXIX du *Minhadj y* est consacrée⁵⁸. Sa mission sera essentiellement de « Prendre soin du paiement des dettes du testateur, de l'exécution de sa dernière volonté et de la tutelle de ses en bas-âge ».

Concernant la capacité de l'exécuteur testamentaire, en principe, seul « un Musulman, majeur, doué de raison, irréprochable et apte au mandat dont il a la charge » pourra être *wasî*. Il sera intéressant de noter que la cécité n'est pas une cause d'incapacité.

Concernant le droit de nommer un testateur, selon le *Minhadj*, seul un musulman – « tout musulman » dans le texte – majeur, doué de raison et libre, en a le droit. Pour l'exécuteur de la tutelle des enfants en bas-âge, seul le testateur qui en est lui-même le tuteur légitime pourra le nommer. Il n'est toutefois pas autorisé à nommer deux exécuteurs se succédant l'un à l'autre. Le *Minhadj* donne ici des exemples de phrases à prononcer, « Je vous constitue mon exécuteur testamentaire jusqu'à la majorité de mon fil » notamment. Il donne également des exemples de phrases à prononcer pour en nommer un : « Je vous nomme mon

⁵⁵ Af. du Sud, *Wills Act*, art. 6: *Witness cannot be nominated as executor, etc.* [SEP] *If any person attests the execution of a will or signs a will in the presence and by direction of the testator under which that person or his spouse is nominated as executor, administrator, trustee or guardian, such nomination shall be null and void.*

⁵⁶ W.J. HOSTEN *et al.*, *Introduction to South African law and legal theory*, Butterworth, 1995, p. 696

⁵⁷ *Greenberg vs. Greenberg's Estate* 1955 3 SA 361 (A)

⁵⁸ *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 279 à 282.

exécuteur testamentaire » ; mais il met en garde de bien définir le mandat de l'exécuteur car si le testateur s'est simplement contenté de dire « *Je vous nomme mon exécuteur* », cela sera considéré comme nul. Le testateur pourra nommer deux exécuteurs testamentaires, mais aucun ne pourra agir sans le concours de l'autre, sauf disposition contraire.

Le testateur ne pourra cependant pas donner à l'exécuteur testamentaire le pouvoir de conclure un contrat de mariage pour le fils du défunt pendant sa minorité ou de représenter la fille du défunt en tant que tuteur dans un tel contrat. L'exécuteur chargé de la tutelle d'un enfant devra cependant lui rendre compte de sa gestion et s'il y a une contestation, il y aura une présomption en faveur de l'exécuteur concernant les frais d'entretien de l'enfant.

Enfin, comme dans tous les droits étudiés jusqu'ici, l'exécuteur testamentaire n'est en aucun cas obligé d'accepter ce mandat. S'il l'accepte, il ne pourra pas non plus le faire pendant la vie du testateur. De même, le testateur peut révoquer cette nomination et l'exécuteur peut y renoncer quand bon lui semble, même après l'avoir accepté.

Dans l'ensemble, même si le texte a une origine beaucoup plus antérieure que les autres législations étudiées, l'exécuteur testamentaire du droit comorien ressemble en bien des points aux autres exécuteurs des autres droits étudiés.

Après avoir vu comment les différents droits des États de l'océan Indien appréhendent l'encadrement personnel concernant le testateur, vient maintenant le tour des bénéficiaires.

b – Les bénéficiaires

Les bénéficiaires doivent d'une part être déterminés (α .) et d'autre part, pour certains, protégés (β .).

α . La détermination des bénéficiaires

Avant d'étudier ici les différentes sortes de bénéficiaires, il faut s'attarder sur le fait qu'ils doivent être déterminés. En effet, il paraît évident qu'une personne doit savoir qu'elle est bénéficiaire d'un legs pour en profiter. Le droit des différents États étudiés va pour la plupart en ce sens. Des petites exceptions existent cependant.

Ainsi, au Mozambique, sera nul le testament dans lequel le testateur n'aura pas exprimé clairement sa volonté, mais seulement par des signes ou des monosyllabes, en réponse aux questions qui lui ont été faites (C. civ. moz. art. 2180). Aussi, la disposition faite en faveur d'une personne incertaine est

également nulle (C. civ. moz. art. 2185). L'erreur dans l'indication de la personne ou des biens, qui n'entrave pas l'interprétation du testament comme bénéficiant à une personne déterminée n'emportera pas la nullité de la disposition au profit de cette dernière (C. civ. moz. art. 2203). Il pourra également désigner des successeurs individuellement et d'autres collectivement, ce seront ceux désignés individuellement qui seront privilégiés (C. civ. moz. art. 2227). L'idée de détermination des bénéficiaires se retrouve bien dans cette disposition. En revanche, cette idée se retrouve moins dans la possibilité qu'a le testateur de désigner une généralité de personnes (C. civ. moz. art. 2225). Certes, il sera considéré que la disposition sera faite en faveur des personnes existantes au lieu du domicile du testateur au moment de sa mort, mais cela ne semble pas totalement convaincant, et semble aller contre la lettre de l'article 2185 cité ci-dessus.

En outre, le bénéficiaire pourra être le testateur lui-même, plus précisément son âme (C. civ. moz. art. 2224). Se retrouve ici la dimension religieuse, lié au sentiment de culpabilité. Ainsi, cette disposition concerne ses volontés religieuses, mais ce sont des dispositions patrimoniales également. En effet, le testateur devra désigner les biens qui seront utilisés pour « sauver » son âme, et leur quantité. Une telle disposition constituera une charge qui retombera sur l'héritier ou le légataire. Le droit mozambicain sera d'ailleurs le seul droit des États de l'océan Indien comparés à poser de façon expresse la possibilité de tester en faveur de son âme.

Une préoccupation religieuse se retrouve également dans le droit comorien. Ainsi, le *Minhadj* dispose qu'un legs fait pour l'entretien d'une église chrétienne ou d'une synagogue n'est pas licite⁵⁹. En revanche, il le sera s'il est fait pour l'entretien d'une mosquée, voire au profit d'une mosquée sans rien préciser de plus. Pour le reste, ce recueil donne une liste des personnes au profit desquelles le testateur peut disposer et les conditions qui devront être respectées⁶⁰. Ainsi, il peut tester en faveur d'une seule ou de plusieurs personnes, mais il faudra qu'elles soient capables d'exercer leur droit de propriété. S'il teste au profit d'un enfant conçu, il faudra que ce dernier naisse vivant et que la conception ait déjà eu lieu au moment de la disposition, soit que la naissance ait eu lieu six mois après précise le *Minhadj*. Si l'enfant naît après ce terme, il ne sera donc pas considéré conçu préalablement à la disposition testamentaire, sauf si le mari n'a pas cessé d'entretenir des relations avec la mère. Dans ce dernier cas, la conception est admissible jusqu'au terme maximum de quatre ans.

Également, les dispositions testamentaires en faveur d'un animal sont absolument nulles si le testateur a manifesté son intention spéciale de le constituer

⁵⁹ *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 259.

⁶⁰ *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 259 à 262.

propriétaire. Elles ne le seront cependant pas si le testateur déclare que le legs devra servir à ce que l'animal ne manque jamais de la nourriture nécessaire⁶¹.

En revanche, il est possible de « *léguer à une catégorie de personnes certaines et déterminées, sans indiquer le nombre des individus dont elle compose* »⁶². Les personnes peuvent donc ici ne pas faire l'objet d'une détermination précise.

À Madagascar maintenant, les dispositions testamentaires doivent permettre de déterminer leur bénéficiaire sous peine de nullité (loi du 4 juillet 1968, art. 28). Ainsi, s'il n'a pas survécu au testateur (loi du 4 juillet 1968 art. 51), il ne pourra plus être déterminé et par conséquent être bénéficiaire du testament.

Toutefois, même si le testateur a déterminé un bénéficiaire, il n'a pas la liberté de désigner n'importe qui. Ces interdictions tiennent en la qualité du bénéficiaire. Elles se retrouvent également en droit français⁶³, qui en est d'ailleurs la source.

On retrouve ainsi dans le droit des États de l'océan Indien étudiés, une interdiction de tester en faveur des curateurs, tuteurs et des administrateurs légaux. Par exemple, au Mozambique, en général est nulle la disposition du mineur en faveur de quelconque personne à laquelle la garde revient (C. civ. moz. art. 2183). Ainsi, est nulle la disposition faite par un mineur non émancipé en faveur de son tuteur, curateur ou administrateur légal de biens, bien que les comptes ont été approuvés, sauf si ces personnes sont des descendants, ascendants, collatéraux jusqu'au troisième degré ou le conjoint du testateur (C. civ. moz. art. 2192). Cette exception est également valable à Maurice et aux Seychelles (C. civ. sey. Et C. civ. mru. art. 907). Dans ces droits, pour ce qui est de la capacité du mineur, son âge est précisé. Ainsi, le mineur de moins de seize ans a l'interdiction de disposer par testament au profit de son tuteur. Il pourra cependant ici le faire si le compte définitif de la tutelle a été préalablement rendu et apuré.

Une autre catégorie de bénéficiaire est celui qui aurait la qualité de soignant de la dernière maladie du testateur. Ainsi, au Mozambique, sont concernés les médecins, infirmiers qui traitent le testateur, ou le prêtre qui dispense une assistance spirituelle (C. civ. moz. 2184), sauf s'ils reçoivent des legs rémunérateurs de services rendus (C. civ. moz. art. 2185). La même règle se retrouve à Maurice et aux Seychelles à l'article 909 de leurs Codes civils respectifs.

⁶¹ *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 262.

⁶² *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 273.

⁶³ La loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 a ajouté l'interdiction de faire un legs à une personne morale par personne interposée, que ne reprennent pas les droits des États étudiés.

Le testateur ne pourra pas non plus tester en faveur d'un bénéficiaire s'il interpose un tiers entre. Ainsi, au Mozambique, sont nulles les dispositions mentionnées aux articles précédents, quand elles sont faites par interposition d'un tiers (C. civ. moz. art. 2198). La même règle se retrouve là encore dans les Codes civils mauricien et seychellois à l'article 911, mais elle vise à empêcher de disposer au profit d'un incapable, qui n'aura pas la capacité de recevoir un testament. Ils précisent que les personnes interposées peuvent être les père et mère, enfants et descendants, et l'époux de la personne incapable.

Particularité du droit mauricien maintenant, qui admet la possibilité de tester en faveur d'un étranger mais sous condition de réciprocité. Ainsi, il faudra que cet étranger puisse disposer en faveur d'un mauricien (C. civ. mru. art. 912).

En droit mozambicain, le testateur ne pourra pas disposer en faveur de la personne avec qui il a commis un adultère, sauf si le mariage était déjà dissout et que les conjoints étaient séparés juridiquement de corps et de biens (C. civ. moz. art. 2197). Une règle similaire se retrouve à l'article 908 du Code civil seychellois bien qu'elle soit moins rigide.

Concernant le droit malgache, l'article 47 de la loi de 1968 donne une liste non-exhaustive - par l'adjectif « *notamment* » - de ce que peut faire un testateur dans son testament. Il semblerait donc que les interdictions évoquées ci-dessus pourraient être autorisées dans ce droit. Il en est de même pour le droit sud-africain et le *Wills Act* de 1957. Les recherches sur son point n'ont, une nouvelle fois, cependant pas permis de répondre avec certitude à cette interrogation.

Une fois les bénéficiaires déterminés, on va voir maintenant que certains sont protégés.

β . La protection de certains bénéficiaires

En droit français, la protection des bénéficiaires fait référence aux héritiers réservataires que sont les enfants, et le conjoint survivant. En effet, la loi française réserve à ces derniers une part dans la succession qui ne pourra être ni être réduite, ni supprimée, ni par les donations du vivant du *de cuius*, ni par son testament. Les donations ne relevant pas de l'objet de la présente étude, il sera traité de la protection des héritiers réservataires au regard de ce qui est possible ou pas pour un *de cuius* de faire par une disposition testamentaire. Les règles de la succession légale, *ab intestat*, seront évoquées parfois pour les besoins de l'analyse.

Concernant les enfants tout d'abord, après l'arrêt MAZURECK rendu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme en 2000, la discrimination qui existait dans la filiation a disparu du Code civil français par la loi n° 2001-1135 du 3

décembre 2001⁶⁴. Tous les droits des États étudiés n'ont cependant pas encore effectué cette mise à jour dans leur droit. Si les enfants sont protégés dans le droit des États de l'océan Indien, des discriminations existent donc encore et les enfants ne feront pas l'objet d'une protection pleine et entière. Cela a cependant vocation à disparaître. En effet, tous les États de l'océan Indien étudiés ont adhéré⁶⁵ à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989⁶⁶ qui dispose dans son article 2 que :

« 1. 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.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille »

Les discriminations demeurent cependant dans le droit des États de l'océan Indien comparés, comme il sera vu ci-après.

Aux Comores, il a été vu précédemment que la disposition testamentaire faite à un enfant conçu était valide si cet enfant naissait dans les six mois, ou quatre ans après si le mari avait continué d'avoir des relations avec la mère. Cela sous-entend donc que ce soit un enfant né pendant le mariage et que la discrimination entre « enfant naturel » et « enfant légitime » existe toujours en droit positif comorien. Par conséquent, l'enfant naturel sera moins protégé que l'enfant légitime.

Cependant, en droit comorien, et en droit musulman en général⁶⁷, lorsqu'il s'agit de successions testamentaires, tous les héritiers sont réservataires, car il

⁶⁴ La seule exception restant l'enfant issu de l'inceste, puisqu'il ne pourra pas voir sa filiation établie auprès de ses deux parents mais cela n'empêchera pas le testateur de l'instituer légataire, si la quotité disponible le lui permet.

⁶⁵ Adhésion le 7 septembre 1990 :

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_fr, (consulté le 23 avril 2018).

⁶⁶ Nations Unies, Convention relative aux droits de l'enfant :

<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, (consulté le 23 avril 2018).

⁶⁷ F.-P. BLANC, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien*, Balzac éditeur, 2015, p. 357

n'est possible de disposer que du tiers⁶⁸. Le *Minhadj* précise également que « les frais funéraires sont privilégiés sur la généralité des biens du défunt, en second lieu, il faut payer ses dettes, et après, les dispositions testamentaires peuvent être exécutées jusqu'à concurrence d'un tiers de la succession, déduction faite des dettes. Les autres deux tiers du montant net de la succession appartiennent aux héritiers légitimaires »⁶⁹. Les bénéficiaires protégés en droit musulman, et donc comorien, sont de ses « héritiers légitimaires » qui bénéficient des deux-tiers de la succession.

Aussi, selon le *Minhadj*, il y a deux types d'héritiers légitimaires, qui feront l'objet d'une protection particulière :

1. « Les héritiers légitimaires mâles, qui sont au nombre de dix : 1° le fils ; 2° le fils du fils et les autres descendants agnats⁷⁰ ; 3° le père ; 4° le grand-père paternel et les autres ascendants agnats ; 5° le frère ; 6° le fils ; 7° le fils du frère, à moins qu'il ne s'agisse d'un frère utérin ; 8° le frère germain ou consanguin du père ; 9° l'époux survivant non divorcé ou n'ayant pas été répudié ; (10° le patron)⁷¹ ».

2. « Les héritiers légitimaires (de sexe féminin)⁷² qui sont au nombre de sept : 1° la fille ; 2° la fille du fils et les autres descendantes du fils pourvu qu'elles soient des agnates ; 3° la mère ; 4° la grand-mère et les autres descendantes qui vont être mentionnées dans la Section V du présent livre⁷³ ; 5° la sœur ; 6° l'épouse survivante, non divorcée ou répudiée ; (7° la patronne) »⁷⁴.

Le *Minhadj* développe par la suite sous quelles conditions ces différentes catégories de bénéficiaires, faisant l'objet d'une protection, peuvent hériter. Elles sont cependant très complexes, car très précises et multiples et ne pourront faire l'objet d'un développement ici.

Par ailleurs, un testateur comorien ne pourra pas disposer par testament en faveur d'un héritier, sauf s'il lui lègue une chose certaine et déterminée du montant de sa portion. F.-P. BLANC explique dans son manuel d'*Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan*

⁶⁸ *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 262.

⁶⁹ *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 261.

⁷⁰ Les héritiers agnats sont les héritiers universels, c'est-à-dire, qui ont droit à ce qui reste de la succession quand le prélèvement des héritiers qui ont droit à une « quote-part coranique » (V. Section V du Livre XXVIII du *Minhadj*) aura été opéré.

⁷¹ Disposition obsolète car faisant référence à l'esclavage.

⁷² “de sexe féminin” n'est pas précisé dans le texte du *Minhadj* de l'éd. Van Den Berg.

⁷³ *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 234.

⁷⁴ Disposition obsolète car faisant référence à l'esclavage.

*Indien*⁷⁵, que cela est logique car permettrait de privilégier un héritier à *fardh* (*i.e.* les héritiers légitimes vus ci-dessus), qui est un héritier par le sang de sexe masculin et féminin⁷⁶ qui verrait sa quote-part excéder celle que lui octroie le Coran, ou un *aceb* (*i.e.* les héritiers universels qui ont vocation à recueillir le reste de la succession) qui pourrait, compte tenu de sa position dans la famille, n'avoir droit à rien, ou même un cognat⁷⁷ qui n'est successible en droit chaféite qu'à défaut d'*aceb*.

Pour résumer, en droit comorien, bien qu'il puisse sembler obsolète sur certains points, les bénéficiaires ne sont pas uniquement les enfants et le conjoint survivant, comme c'est le cas notamment en France et dans certains États de l'océan Indien. Ici, toute la famille, proche ou lointaine, est protégée.

Aux Seychelles maintenant, les enfants sont également des bénéficiaires protégés. Toutefois, il y aura également une discrimination entre l'enfant naturel - voire adultérin – et l'enfant légitime car le premier fera l'objet d'une protection qui sera moindre que celle accordée au second. En effet, le Code civil seychellois (C. civ. sey. art. 908) pose le principe que l'enfant naturel n'aura droit qu'à la moitié des biens dont aurait pu être bénéficiaire un enfant légitime.

Le conjoint survivant en revanche ne sera pas dans le droit seychellois un bénéficiaire protégé dans une succession testamentaire. En effet, les articles relatifs à la réserve héréditaire (C. civ. sey. art. 915-1 et 915-2), qui sera étudiée plus loin dans le développement, n'en font pas mention. Le testateur sera donc libre, dans son testament, de l'exhérer ou au contraire le protéger par des dispositions en sa faveur.

Au Mozambique, il en est de même. D'une part, la discrimination dans la filiation persiste dans le Code civil. Cela peut se comprendre car il date de 1966. Se retrouve alors la même règle qu'aux Seychelles, où les enfants illégitimes n'auront droit qu'à la moitié de la part à laquelle auront droit les enfants légitimes (C. civ. moz. art. 2139) notamment. Le testateur pourra cependant exhérer son enfant si ce dernier a commis un crime envers lui, ou s'il a été condamné pour calomnie ou faux témoignage à son encontre, ou s'il a sans raison valable refusé de subvenir à ses éventuels besoins alimentaires (C. civ. moz. art. 2166). Aucune mention n'est cependant faite concernant la protection du conjoint survivant dans

⁷⁵ F.-P. BLANC, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien*, Balzac éditeur, 2015, p. 431

⁷⁶ *Ibid.*, p. 360 : pour résumer, « *il peut être homme ou femme, proche ou éloigné de l'auteur et c'est en fonction du sexe et de la proximité parentale que la Révélation, complétée par le consensus, a initialement fixé la quotité des fardhs* ».

⁷⁷ *Ibid.*, p. 403 : ceux « *dont la lignée de parenté avec le de cujus est interrompue par un héritier de sexe féminin* ». Exemples : la fille de la fille, la petite-fille de la fille de son fils.

le Code civil mozambicain, qui ne sera donc pas un héritier réservataire dans ce droit.

D'autre part, concernant le conjoint survivant, dans la succession légale, il apparaît en quatrième position après les descendants, les ascendants, les frères et sœurs et les descendants de ces derniers (C. civ. moz. art. 2133). D'autre part, l'article 2157 dans la section relative à la réserve héréditaire, dispose que les héritiers légitimes sont les descendants et les ascendants visés à l'article 2133. Le conjoint survivant ne fait donc l'objet d'aucune protection en droit mozambicain. Le testateur de cet État pourra donc en toute liberté exhériter son conjoint, dans le cas où il sera appelé à se porter héritier, par un testament s'il le souhaite. Pour le protéger, il faudra qu'il fasse un testament en sa faveur.

À Madagascar, l'institution du *masi-mandidy*, qui sera étudiée plus en détail, confère au testateur une liberté presque absolue. Les seules limites sont l'ordre public (art. 28 de la loi du 4 juillet 1968) tout d'abord. Une deuxième limite concerne ensuite la possibilité pour les héritiers omis du testament, ou qui n'ont reçu qu'un legs manifestement inférieur à la part à laquelle ils auraient pu prétendre en l'absence de testament, de réclamer jusqu'à concurrence de cette part des biens qui n'auraient pas été recueillis par leurs bénéficiaires, ou qui n'ont pas été compris dans le testament (art. 54 de la loi du 4 juillet 1968). La troisième limite concerne enfin la possibilité pour les enfants et petits-enfants mineurs ou incapables exclus de la succession d'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 de la loi du 4 juillet 1968).

Le conjoint survivant ne sera donc pas non plus ici un bénéficiaire qui fera l'objet d'une protection particulière.

Aussi, malgré cette liberté quasi-absolue, le testateur ne peut pas tester en faveur d'un enfant adultérin car, la famille étant protégée par la Constitution malgache, de telles dispositions seraient contraires à l'ordre public. C'est ce qu'il en ressort de la jurisprudence malgache qui, dans plusieurs arrêts⁷⁸, a décidé que :

« (...) l'article 46 de la loi n°68.012 du 4 juillet 1968 consacre le principe du masi-mandidy, que toutefois l'article 28 du même loi dispose que les dispositions testamentaires dont l'objet est contraire à l'ordre public, à la loi ou aux bonnes sont nulles, et que l'article 20 de la Constitution déclare que l'État protège la famille, élément naturel et fondamental de la société ; Attendu en l'espèce que le testateur, en désignant comme ses seuls héritiers, les enfants qu'il a reconnus au détriment de ses enfants légitimes, visait à protéger et

⁷⁸ Not. les arrêts de la Cour suprême de Madagascar, Formation de contrôle, du 8 août 2003 (184/99-CO) et du 3 avril 2003 (78-95-CO).

perpétuer les fruits de la situation d'adultère dans laquelle il se trouvait ;

Que l'ordre public familial, la loi et les bonnes mœurs s'opposent à la validation d'un tel testament ;

Qu'il s'ensuit que le moyen est fondé et la cassation encourue ; (...) »⁷⁹.

Il faut donc articuler l'institution du *masi-mandidy* avec le respect de l'ordre public. Cela a pour conséquence que la discrimination dans la filiation demeure toujours dans le droit positif malgache. L'enfant adultérin ne saurait par conséquent être un bénéficiaire protégé. C'est également le cas pour le conjoint survivant, dont il n'y est même pas fait référence.

En Afrique du Sud en revanche, le *Wills Act* (art. 2D (1) (b)) dispose expressément que le fait qu'une personne soit née en dehors des liens du mariage doit être ignoré concernant les testaments. Il n'y a donc pas de discrimination dans la filiation en Afrique du Sud. Aussi, comme il sera vu plus loin dans le développement concernant la réserve héréditaire, les enfants et le conjoint survivant sont des bénéficiaires qui font l'objet d'une protection particulière. Le *de cuius* ne sera donc pas libre de les exhérer dans son testament s'il le souhaitait.

À Maurice, la discrimination dans la filiation est toujours évoquée dans le Code napoléon (not. C. civ. mru. art. 733 et art. 756). L'enfant naturel a cependant les mêmes droits qu'un enfant légitime (C. civ. mru. art. 757). Ces derniers bénéficient de la quotité disponible (C. civ. mru. art. 913) et sont donc des bénéficiaires protégés que le testateur ne pourra pas totalement exhérer, quand bien même se serait sa dernière volonté.

Concernant le conjoint survivant, dans la succession légale, il succède au même rang qu'un enfant (C. civ. mru. art. 767) et dispose d'un droit d'usufruit – sur l'immeuble, les meubles meublants et sur les droits immobiliers qui appartenaient au défunt et qui, au jour du décès, servaient au logement principal du ménage – qui ne peut être réduit ou supprimé par des dispositions testamentaires ou par l'effet de libéralités consenties par le *de cuius* (C. civ. mru. art. 768). Le conjoint survivant ne fait pas donc l'objet d'une protection au titre de la réserve héréditaire. Il ne sera protégé qu'au titre du droit d'usufruit évoqué ci-dessus. Le Code civil mauricien l'exprime explicitement à l'article 769. Par conséquent, l'article suivant dispose que « *la part du conjoint survivant peut être réduite ou supprimée par la volonté du défunt, clairement manifestée dans un testament, ainsi que par l'effet des libéralités consenties par celui-ci* » (C. civ.

⁷⁹ Cour suprême de Madagascar, Formation de contrôle, 14 mai 2002, 51/96-CO.

mru. art. 770). Concernant le testament, il faudra donc que le testateur introduise une clause manifestant clairement sa volonté de l'exhérer. Au cas contraire, si le testateur souhaite protéger son conjoint, il lui sera également conseillé de faire un testament au profit de ce dernier. S'il n'a pas d'enfants, la question de la protection de la réserve héréditaire ne se posera pas. S'il en a, il faudra la respecter.

Il ressort de ce qui a été étudié ci-dessus que la liberté du testateur fait l'objet d'un encadrement personnel. Si parfois le *de cuius* est libre de tester en faveur de la personne de son choix, certains bénéficiaires, tels les enfants et le conjoint survivant, font l'objet d'une protection particulière, protection qui est cependant à plusieurs vitesses dans le droit des pays des États de l'océan Indien comparés.

La liberté du testateur fait également l'objet d'un encadrement patrimonial.

2 – L'encadrement patrimonial

Le contenu du testament fait l'objet d'un encadrement patrimonial, tant du point de vue de l'ordre public successoral, qui doit – évidemment – être respecté (a) que du point de vue de l'objet sur lequel peut porter le testament, qui doit être quant à lui déterminé (b).

a – Le respect de l'ordre public successoral

L'ordre public successoral est constitué de règles, mentionnées de façon expresse ou non, qui doivent être impérativement respectées et qui ne souffriront donc d'aucune exception.

Tous les droits des États de l'océan Indien étudiés doivent par conséquent porter un respect quasiment religieux à l'ordre public, aux bonnes mœurs et à la loi, qui est une trilogie qui revient de façon constante (α). Aussi, comme pour le bénéficiaire qui a été étudié plus haut, l'objet sur lequel porte un testament doit être déterminé (β) afin que le légataire puisse le recevoir.

α . Une trilogie constante à respecter : l'ordre public, les bonnes mœurs et la loi

Le respect de cette trilogie, au-delà des testaments, s'impose également dans tous les actes juridiques. En effet, l'article 6 du Code civil français dispose qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. La mentionner à nouveau pour les testaments aurait donc semblé superflu. Le testament n'est cependant pas une « convention ». Ce n'est pas un acte synallagmatique. C'est un acte unilatéral. Il ne fait pas l'objet

d'une négociation entre deux parties. C'est sous cette lumière qu'il apparaît donc utile de rappeler le respect de cette trilogie concernant l'encadrement du contenu du testament. La volonté du *de cuius*, malgré tout le respect qui peut être porté aux morts, n'est pas toute puissante.

En Afrique du Sud, dans le *Wills Act*, il n'y est pas fait expressément mention. En effet, bien qu'il comporte des dispositions relatives à la confection d'un testament, ce texte est relatif à son exécution. N'étant pas un État de droit écrit au sens civiliste du terme, il a été difficile de trouver les références explicites sur ce sujet dans la loi ou la jurisprudence. Encore une fois, le manuel d'introduction au droit sud-africain de W.J. HOSTEN⁸⁰ apportera sa lumière. Ainsi, il apparaît que les conditions impossibles à réaliser (telles que « s'il fait de son mieux » ou « s'il touche le soleil »), contraire à la loi ou aux bonnes mœurs doivent être considérées non-écrites. Bien que le droit sud-africain soit issu du système juridique du *Common law*, l'influence du droit romain dans ce dernier se fait cependant apercevoir par l'emploi de locutions latines telles que *contra bonos mores*⁸¹ ou *pro non scripto*⁸². Il est courant en effet en droit anglo-saxon de les utiliser pour nommer un procédé juridique.

Aux Comores toutefois, dans le *Minhadj*, il n'est pas expressément fait mention de cette trilogie. Cela peut se comprendre encore une fois si on prend en considération l'âge et le contexte de ce texte, qui est le plus singulier parmi tous les textes des États de l'océan Indien étudiés. En effet, il est le seul à être aussi ancien et il est le seul également qui prend sa source dans le droit musulman. Le respect de l'ordre public, des bonnes mœurs et de la loi peut se retrouver cependant à plusieurs endroits du Livre XXIX du *Minhadj* consacré aux dispositions testamentaires. Notamment, dans la phrase « *Les dispositions testamentaires au profit du public*⁸³ *doivent avoir un but licite*⁸⁴ », si le vocable « *licite* » peut englober « *ordre public* » et « *loi* », on retrouve ces deux premières composantes de la trilogie. Ainsi, comme il a déjà vu plus haut, un testateur ne pourra pas faire un legs pour l'entretien d'une église chrétienne ou d'une synagogue, car cela ne constitue pas un but licite pour le *Minhadj*. En revanche, le legs pour l'entretien d'une mosquée est licite et même le legs au profit d'une mosquée, sans rien ajouter de plus.

⁸⁰ W.J. HOSTEN *et al.*, *Introduction to south-african law and legal theory*, Butterworth, 1995, p. 677

⁸¹ Contraire aux bonnes mœurs.

⁸² Considéré non-écrit.

⁸³ Le vocable « *public* », fait référence aux institutions publiques, plus particulièrement des institutions religieuses. Il s'oppose au vocable « *particulier* » qui lui fait référence aux personnes, qui sont traitées dans ce livre consacré aux dispositions testamentaire du *Minhadj*. Ce sont notamment les femmes enceintes, les pauvres, les voisins.

⁸⁴ *Minhadj*, t. 2, éd. Van Ben Berg, p. 259

Concernant les bonnes mœurs, il y est fait référence à plusieurs endroits, notamment dans la mention du mari et de la femme, concernant notamment la possibilité de tester en faveur d'un enfant simplement conçu, comme vu plus haut.

Concernant la loi, le *Minhadj* en lui-même en est une. En effet, faisant partie du droit positif comorien, ces dispositions font donc office des lois qu'il faut respecter.

Au Mozambique, d'influence civiliste maintenant, la référence est expresse. Ainsi, l'article 2186 du Code civil mozambicain dispose que sera nulle la disposition testamentaire quand il résultera de l'interprétation du testament qui a un but contraire à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ainsi, les conditions contraires à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, sont réputées non écrites, même si le testateur aurait tenté de s'en défaire en déclarant le contraire (C. civ. moz. art. 2230 al. 2). Par ailleurs, seules les dispositions concernées seront ici remises en cause et non pas le testament en entier. Pour un exemple de dispositions contraires à la loi (C. civ. moz. art. 2232 et s.), se trouvent notamment les conditions de résider ou pas dans un certain lieu, de cohabiter ou pas avec certaines personnes, de ne pas faire de testament, de ne pas transmettre à une personne déterminée les biens laissés ou de ne pas les partager ou les diviser, *etc* (v. C. civ. moz. art. 2232), ou encore d'obliger un légataire à se marier ou à ne pas se marier (C. civ. moz. art. 2233).

La liberté individuelle du testateur sera donc ici limitée pour des raisons qui seront unanimement admises. En effet, ces dispositions visent essentiellement à éviter certains abus de la part d'un testateur qui souhaiterait, de son vivant, avoir encore une emprise – plutôt importante de surcroît – sur ceux qu'il laisse après sa mort. Ces dispositions constituent donc un garde-fou qui a pour but bienfaisant d'éviter qu'il ne les contrôle depuis l'au-delà.

À Madagascar, la trilogie se retrouve également de façon explicite. Ainsi, l'article 28 de la loi du 4 juillet 1968 dispose que les dispositions testamentaires dont l'exécution est impossible ou qui ne permettent pas de déterminer leur bénéficiaire ou leur objet ou encore dont l'objet est contraire à l'ordre public, à la loi ou aux bonnes mœurs, sont nulles. Cela permettra notamment d'apporter des restrictions à l'application de l'institution du *masi-mandidy* qui sera étudiée plus loin.

Aux Seychelles, on retrouve la même restriction à l'article 900.

À Maurice, la même restriction existe au même article de son Code civil. La seule différence étant que la mention de l'ordre public ici n'est pas faite expressément. À l'instar de son homologue – voire ancêtre – français, l'article 6 du Code civil mauricien fait référence aux « mœurs ». Il ressort donc de cette comparaison linguistique que le respect de l'ordre public et le respect des mœurs

sont synonymes. Par ailleurs, le nouvel article 1102, tel qu'issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, dispose dans son alinéa 2 que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». Ici, il faut comprendre la liberté contractuelle au sens de la liberté de faire des actes juridiques, comme l'envisageait C. BAHUREL dans sa thèse sur *Les volontés des morts*⁸⁵. La question serait ici de savoir s'il s'agissait d'un oubli, qui a été repris par le législateur mauricien, de la part du législateur de 1804 ou simplement que c'est ce qu'il sous-entendait par le terme « *mœurs* ». Il faudra remarquer que l'adjectif « *bonnes* » ne les accompagne pas ici comme c'est souvent le cas ailleurs. Les recherches effectuées à ce sujet n'ont cependant pas permis d'y apporter une raison suffisamment convaincante. Une remarque sera cependant faite sur le caractère peut-être désuet du terme « *mœurs* » et sur le fait qu'elles ont tendance à disparaître⁸⁶ à l'heure actuelle.

Un autre aspect de l'ordre public successoral concerne maintenant la question du respect de la réserve héréditaire.

β . La réserve héréditaire

Si elle a déjà été évoquée plus haut quand les bénéficiaires protégés des différents droits des États de l'océan Indien ont été étudiés, il s'agira ici d'étudier plus particulièrement sa composition. La question de la réduction des libéralités, en cas d'atteinte à la réserve, n'étant que parfois évoquée.

Ainsi, au Mozambique, la réserve héréditaire consiste à réserver aux enfants la moitié des biens du *de cuius* si celui-ci n'a qu'un enfant et les deux tiers s'il en a deux ou plus (C. civ. moz. art. 2158). Son mode de calcul général est exposé à l'article 2162 du Code civil mozambicain. Il faut, comme en droit français, prendre compte de la valeur des biens du défunt à la date du décès (C. civ. moz. art. 2162).

À Maurice, comme en France, les libéralités ne pourront pas excéder la moitié des biens du disposant s'il a un enfant, un tiers s'il en a deux, et un quart s'il en a trois ou plus (C. civ. mru. art. 913).

Ainsi, s'il n'y a aucun ascendant ou descendant, les libéralités pourront épuiser la totalité des biens (C. civ. mru. art. 916) et il sera également possible de disposer de la totalité de la quotité disponible dans un testament au profit des enfants ou des autres successibles du donateur (C. civ. mru. art. 919).

⁸⁵ C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 26

⁸⁶ V. not. C. cass., civ. 1^{ère}, 17 décembre 2015, n° de pourvoir : **14-29549** et le fait que l'adultère en droit français ne semble plus être contraire aux bonnes mœurs.

Aux Seychelles, ce sera la même règle qu'à Maurice et qu'en France qui sera posée dans le Code civil seychellois, respectant, une nouvelle fois ici, la même numérotation que le Code civil de 1804 (C. civ. sey. art. 913).

Aux Comores, comme il a déjà été vu dans le développement concernant la protection de certains bénéficiaires, la réserve ne se limite pas à protéger les enfants ou le conjoint survivant. Elle protège quasiment l'ensemble de la famille. Chaque bénéficiaire a cependant une part bien spécifique qui lui revient. Comme il a déjà été évoqué plus haut, les dispositions sont très complexes et ne pourront être étudiées ici. Il est cependant possible de les consulter dans le Livre XXVIII du *Minhadj* consacré aux successions.

La réserve héréditaire est d'un tiers⁸⁷, et par conséquent, la quotité disponible est de deux tiers. En effet, le *Minhadj* dispose que « *les dispositions testamentaires ne sauraient excéder le tiers de la succession, et celles qui ont été faites en contravention de ce précepte de la loi, sont réductibles à la portion disponible, sur la demande de l'héritier légitime* »⁸⁸.

À Madagascar, il n'y a pas de réserve héréditaire à proprement parler en raison de l'existence de l'institution bien particulière qu'est le *masi-mandidy* qui sera étudié ci-après. Comme il a déjà été vu concernant les trois limites de cette institution, la loi du 4 juillet 1968 accorde simplement à 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, 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 de la loi de 1968). Elle accorde également aux enfants et, s'il n'en existe plus, aux petits enfants mineurs ou incapables, qui ont été exclus expressément ou implicitement de la succession de leur auteur, la possibilité d'obtenir judiciairement, 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. Ils auront un an pour intenter cette action (art. 55 de la loi de 1968).

En Afrique du Sud, il n'y a pas non plus de réserve héréditaire à proprement parler. Mais les enfants ont cependant le droit, au même titre qu'en droit malgache

⁸⁷ F.-P. BLANC dans son manuel d'*Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien* nous apprend que la réserve des deux tiers trouve son origine dans un *hadith* célèbre : EL BOKHÂRI, LV, II, 1, t. 2, p. 262. La tradition est rapportée par Saïd-ben-Abou-Ouaqqâs : « Le Prophète vint me rendre visite pendant que j'étais malade à la Mecque ... Ô envoyé de Dieu, lui exposai-je, je vais léguer par testament tout ce que je possède. – Non me répondit-il. – La moitié ? – Non. – Le tiers ? – Le tiers, oui, et c'est beaucoup, reprit-il ; mieux vaut que tu laisses tes héritiers riches que pauvres et réduits à tendre la main aux passants ».

⁸⁸ *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 263.

vu précédemment, de réclamer sur l'héritage une part pour leurs entretien et besoins⁸⁹. La même possibilité, dans la limite du raisonnable, est donnée par le *Maintenance of surviving Spouses Act 27 of 1990* au conjoint survivant, qui ne sera pas capable de subvenir à ses propres besoins.

Après avoir vu l'encadrement patrimonial du point de vue du respect de l'ordre public successoral, il sera maintenant abordé du point de vue de la détermination de l'objet.

b – La détermination de l'objet

Comme pour le bénéficiaire, étudié plus haut, l'objet sur lequel peut porter un testament doit être déterminé dans tous les droits des États de l'océan Indien étudiés. Il doit donc *a fortiori* exister.

Ainsi, si le legs porte sur une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner une chose de la meilleure qualité, et il ne pourra pas non plus offrir une chose de la plus mauvaise. (C. civ. mru. et C. civ. sey. art. 1022).

Par conséquent, il ressort de toutes les législations comparées que si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du législateur, le legs sera caduc⁹⁰. Ce sera notamment le cas en droit mauricien et seychellois (C. civ. Mru. et C. civ. sey. art. 1042). En effet, l'acte testamentaire ne prenant vie qu'à la mort du *de cuius*, il faut que les dispositions qui le composaient puissent porter leurs effets à la date de l'acte, ce qui ne sera pas possible si l'objet a disparu.

Ainsi, les conditions impossibles à réaliser, évoquées dans les articles relatifs au respect de l'ordre public, de la loi et des bonnes mœurs, ne pourront pas non plus avoir d'effet et ne seront pas valides⁹¹.

Le testateur doit également être propriétaire des biens qu'il lègue, notamment en droit malgache, l'article 48 de la loi du 4 juillet 1968 dispose que « le legs de la chose d'autrui est nul ». La même règle sera posée par les articles 1021 des Codes civils mauriciens et seychellois.

Il sera cependant possible de léguer des choses futures mais certaines. Ainsi, aux Comores, dans le *Minhadj*, un testateur peut léguer l'usufruit d'objet qui ne se consomme point par l'usage, les fruits futurs d'un arbre, les petits futurs d'un animal, d'une chose impure, pourvu que l'usage n'en soit pas défendu par la loi, par exemple un chien dressé, du fumier, du jus de raisin non destiné à la

⁸⁹ *Carelse vs. Estate de Vries* (1906) 23 SC 532.

⁹⁰ V. aussi en droit malgache, loi du 4 juillet 1968, art. 52 : Le legs est caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur. Il en est de même si elle a péri depuis sa mort, sans le fait et la faute de l'héritier ou du légataire universel.

⁹¹ Revoir not. C. civ. mru. art. 900 (et aussi C. civ. sey. art. 900 traduit en anglais).

fermentation⁹². Si les dispositions paraissent archaïques ici, c'est en raison une nouvelle fois de la date et du contexte à laquelle a été écrit ce texte. En effet, il sera difficile de voir pousser du raisin aux Comores.

B. – La liberté individuelle privilégiée

Comme cela a été évoqué en introduction, la liberté individuelle est de plus en plus présente dans le testament aujourd'hui. Bien qu'elle n'ait pas fait l'objet de nombreuses réformes dans les droits des États de l'océan Indien comparé et qu'elle soit encadrée afin d'éviter des abus de la part du testateur, elle est dans certains cas privilégiée. Ainsi, si un testateur est libre de disposer par testament, il est également libre de ne pas le faire. Tester est aujourd'hui un droit et non plus un devoir comme c'était le cas jadis en Droit romain. Il est également libre de révoquer son testament (2) dans le cas où il en avait rédigé un. Si cette liberté est commune à tous les droits des États de l'océan Indien qui font l'objet de la présente étude, il y a un droit qui se distingue par la liberté presque totale qu'a le *de cuius* de tester. Il s'agit du droit malgache, avec l'institution du *masi-mandidy* (1).

1 – l'institution du *masi-mandidy* à Madagascar

Comme elle a été évoquée dans les développements précédents, une grande originalité apparaît à l'article 46 de la loi du 4 juillet 1968 avec l'institution du *masi-mandidy*⁹³ qui donne à toute personne la possibilité par testament de disposer librement de ses biens à qui il souhaite (loi du 4 juillet 1968, art. 46). C'est une grande liberté de tester qui est ici offerte au testateur. Aussi, l'alinéa 1^{er} de l'article 54 de la même loi dispose que l'exhérédation devra être formellement exprimée par le testateur.

Les articles 28, 54 à 57 de la même loi apportent cependant quelques réserves. Elles ont déjà été évoquées pour l'essentiel dans le développement qui a été consacré à la réserve héréditaire et ne sera donc pas repris ici. Il ressort donc de ce qui a été étudié que la protection des héritiers n'est que très limitée en droit malgache concernant la dévolution testamentaire. Ainsi, si le testateur souhaite exhériter une personne, ce sera possible pour lui de le faire, en l'exprimant formellement dans son testament.

La liberté individuelle s'exprime donc d'une façon particulièrement privilégiée en droit malgache.

⁹² *Minhadj*, T. 2, éd. Van Den Berg, p. 261.

⁹³ À prononcer : *massi-mandid'*

Là où la liberté individuelle s'exprime d'une façon tout aussi privilégiée dans tous les droits des États de l'océan Indien cette fois, c'est dans le caractère révocable du testament.

2 – La libre révocabilité : caractère intrinsèque du testament

Corollaire du caractère unilatéral du testament, il est révocable à tout moment par son rédacteur. Ce caractère se retrouve dans tous les droits des États de l'océan Indien qui font l'objet de ce mémoire, notamment dans sa définition même. Celle-ci ayant déjà fait l'objet d'une analyse et d'une comparaison au début de ce mémoire, elle ne sera plus évoquée ici.

Sera rapidement vue ici comment un testament pourra faire l'objet d'une révocation, Le droit français aura par ailleurs la même procédure. Elle peut ainsi se résumer de la manière suivante : la révocation est une faculté qui peut être exercée de façon expresse ou tacite. Elle ne doit cependant pas être équivoque.

Ainsi, à Maurice comme aux Seychelles, dans les mêmes articles que le Code civil français une nouvelle fois, un testament ne pourra être révoqué que par un testament postérieur ou par un acte devant notaire portant déclaration du changement de volonté (C. civ. mru. et C. civ. sey. art. 1035). Aussi, le testament postérieur devra révoquer le précédent de façon expresse. Le cas échéant, il n'annulera que les nouvelles dispositions qui sont incompatibles avec les précédentes (C. civ. mru. et C. civ. sey. art. 1036). Enfin, la révocation faite dans un testament postérieur aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir (C. civ. mru. et C. civ. sey. art. 1037).

Au Mozambique, les mêmes règles sont en vigueur aux articles 2311 à 2313 du Code civil mozambicain. L'article 2311 précise quant à lui que le testateur ne peut pas renoncer à cette faculté de révocation dans tout ou partie de son testament et que les clauses qui remettraient en cause cette faculté de révocation seront réputées non écrites.

À Madagascar, le testateur a toujours la possibilité de révoquer entièrement son testament, en le déclarant de façon expresse, dans les formes requises pour sa validité (loi du 4 juillet 1968, art. 49). Il peut *a fortiori* n'en révoquer qu'une partie, ce qui sera le cas notamment si le testateur, dans les mêmes formes, prend une disposition qui ne peut être exécutée en même temps qu'une autre clause du testament.

En Afrique du sud, W.J. HOSTEN rappelle de façon générale dans son manuel *d'Introduction ou droit sud-africain*⁹⁴ que la capacité pour un testateur de révoquer est la même que celle qu'il a de tester, capacité qui n'a pu être qu'évoquée en introduction de ce mémoire. Ainsi, il devra être sain d'esprit, capable et ne pas voir sa volonté viciée pour être capable juridiquement de tester et de révoquer son testament.

De plus, l'auteur rappelle qu'il existe deux façons de révoquer un testament. La première est de le faire expressément dans un testament postérieur qui révoquerait l'ancien, comme il a été vu dans l'étude des droits des États précédents. La deuxième façon consiste simplement à déchirer ou à brûler son testament avec l'intention de le révoquer (*animo revocandi*).

Dans l'ensemble, le droit sud-africain ressemble donc aux droits de coutumes civilistes évoqués avant lui.

Aux Comores, les choses sont cependant différentes en droit positif. La forme classique du testament comorien étant orale, la révocation se fera donc dans la même forme. C'est cependant ici la seule différence. Ainsi, le *Minhadj*⁹⁵ dispose que la révocation peut avoir lieu verbalement en prononçant par exemple les paroles « *Je romps le testament* », « *Je l'annule* », « *Je le révoque* », « *J'y renonce* » ou « *L'objet que je viens de léguer n'en sera pas moins à mon héritier* ». La révocation peut également avoir lieu par le fait d'avoir disposé de l'objet légué, par la charge imposée par un testament postérieur à l'héritier de disposer de l'objet légué et par le mandat de vendre l'objet. Ces dernières manières de révoquer rejoignent ici celles des autres droits étudiés ci-avant.

CONCLUSION

Le regard porté sur la confection du testament dans le droit comorien, mauricien, malgache, mozambicain, seychellois et sud-africain a permis de déceler beaucoup de points communs ainsi que beaucoup de singularités en la matière. Si tous les États de l'océan Indien comparés s'accordent dans les grandes lignes, le regard juridique français peut toutefois être surpris. Dans sa forme tout d'abord, des singularités notoires apparaissent, telles que l'admission du testament conjonctif dans le droit malgache et du testament oral dans le droit comorien pour les plus flagrantes. Dans son contenu ensuite, la liberté accordée à cette institution dans certains droits, le droit malgache notamment, peut également

⁹⁴ W. J. HOSTEN, *Introduction to South-African law and legal theory*, Butterworth, 1995, p. 675.

⁹⁵ *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 278 et 279.

surprendre. Les États de l’océan Indien comparés font pourtant partie de la même zone géographique.

Par ailleurs, s’il est le reflet de la propension humaine à vouloir tout contrôler, même au-delà de la mort, la conclusion peut être faite qu’il est également le reflet de l’histoire de chaque État qui l’intègre dans son droit. Tous sans exceptions, avec les particularités qui leurs sont propres, admettent d’ailleurs la possibilité de dresser un tel acte.

L’histoire du testament elle-même est d’ailleurs très riche. Si elle n’a pas pu être étudiée dans le détail, comme beaucoup de points plus actuels du testament, telles que son interprétation et son exécution, elle ressort de cette étude comparée. Le testament est en effet une institution qui a traversé les siècles, voire les millénaires.

Aussi, pour Charles BAHUREL, les romains avaient déjà tout inventé en la matière et « *dans les siècles à venir, les juristes vont sans cesse, et parfois sans le savoir, venir puiser dans la tradition romaine* »⁹⁶. C’est en effet ce qu’il en ressort de l’étude comparée effectuée.

Dans l’époque contemporaine, il serait alors opportun que les juristes de l’océan Indien s’accordent pour créer et mettre en place un fichier central commun (le droit romain y avait-il déjà pensé ?) à la zone Océan Indien, tel le Fichier Central des Dispositions de Dernières Volontés en France ou le *South African Registry of Wills and Testaments* en Afrique du Sud, qui permettrait de retrouver instantanément chaque testament confectionné dans l’un des États de l’océan Indien, afin de leur assurer une plus grande effectivité dans les meilleurs délais.

RÉFÉRENCES

Législations

Codes

- Code civil français.
- Code civil du Mozambique⁹⁷.
- Code civil de Maurice.
- Code civil des Seychelles⁹⁸.

⁹⁶ C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 22

⁹⁷ <http://landwise.resourceequity.org/record/881> (consulté le 23 avril 2018).

⁹⁸ http://greybook.seylii.org/w/se/CAP33#!fragment/zoupio-_Toc464194571/KGhhc2g6KGNodW5rxIVhbsSHb3JUZXh0OnpvdXBpby1fVG9jNDY0MTk0NTcxKSxub3Rlc1F1ZXJ5OicnLHNjcm9sbEPEiMSKOiFuxLplYXLEh8SyxLTEtsS4xYfficSHU8SQdELEtlJFTEVWQU5DRSx0YWI6dMSgKSk (consulté le 23 avril 2018).

Lois et ordonnances nationales

France

- Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.
- Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités .
- Loi n° 2015-77 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.
- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Afrique du Sud

- *Wills Act* 7 (1953).
- *Maintenance of surviving Spouses Act* 27 of 1990.
- *Immovable Property (Removal or Modification of Restrictions) Act* 94 of 1995.
- *Administration of Estates Act* 66 (1965).

Comores

- *Minhadj, t. 2, éd. Van Den Berg*⁹⁹.

Madagascar

- Loi n° 68-012 du 4 juillet 1968 relative aux successions, testaments et donations.

Conventions internationales

- Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989.
- Convention de la Haye du 26 octobre 1961 sur les conflits de loi en matière de forme de disposition testamentaire¹⁰⁰.
- Convention de Washington du 26 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international¹⁰¹.

Ouvrages :

- C. BAHUREL, *Les volontés des morts, vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, LGDJ Bibliothèque de droit privé, 2014
- B. BEIGNER *et al*, *Introduction au droit*, Lextenso éd., LGDJ, 2014
- F.-P. BLANC, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien*, Balzac éditeur, 2015
- R. P. CALLET par G. S. CHAPUS et E. RATSIMBA, « *Histoire des Rois, traduction du tantanran'ny Andriana* », Tome 1, Académie malgache, 1953
- P. GUY, *Études de droit musulman comorien, Les successions*, 1980

⁹⁹<https://archive.org/details/minhdjalib02yayiuoft> (consulté le 23 avril 2018).

¹⁰⁰ <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=40> (consulté le 23 avril 2018).

¹⁰¹ www.unidroit.org/fr (consulté le 23 avril 2018).

– E.P. THÉBAULT, *Traité de droit civil malgache – Les lois et coutumes Hovas*, R. de COMARMOND, JOUVE et Cie éditeurs, 1953

Articles

– A. G. CHLOROS, *Codification in a mixed jurisdiction, The civil and commercial law of Seychelles*, North-Holland publishing company, 1977.

– J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, *Revue international de droit compare*, Vol. 39, n°1, 1987.

– E. NJARA, *Le droit successoral malgache*, *Rev. Droit et Cultures* 1997, 5.

– J. RANDRIANARISOA, *Le testament et la protection de la famille légitime contre les libéralités du défunt en droit malgache*, *Rev. jur. pol.*, 1972, p. 733 à 739.

– J.-L. VAN BOXSTAEL, *Le testament international*, *rev. Notamus*, Département juridique de la Fédération royale du notariat belge, Vol. 2015, no. 2, 2016.