



**HAL**  
open science

# Le testament dans le droit des États de l’océan Indien : Afrique du sud, Comores, Madagascar, Maurice, Mozambique, Seychelles

Christelle Ringwald

► **To cite this version:**

Christelle Ringwald. Le testament dans le droit des États de l’océan Indien : Afrique du sud, Comores, Madagascar, Maurice, Mozambique, Seychelles. Droit. 2017. dumas-02176254

**HAL Id: dumas-02176254**

**<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02176254>**

Submitted on 8 Jul 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Mémoire de recherche

**Le testament dans le droit des États de l’océan  
Indien : Afrique du sud, Comores, Madagascar,  
Maurice, Mozambique, Seychelles**

Par

**Christelle RINGWALD**

Sous la direction de

**Madame Anne-Françoise ZATTARA-GROS**

Maître de conférences à la Faculté de droit et d’économie

À l’Université de la Réunion

Année universitaire 2016-2017

**Master 2 Mention Droit du Patrimoine – Parcours Droit Notarial**

Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université de la Réunion.

# **REMERCIEMENTS**

J'exprime toute ma reconnaissance à Madame Anne-Françoise ZATTARA-GROS pour m'avoir conseillée et éclairée dans ce travail de recherche durant cette année.

Mes remerciements vont également à Monsieur Jonas KNETSCH pour m'avoir aidée à orienter mes recherches dans les différentes législations des États de l'Océan indien.

Je remercie enfin mes proches pour leur patience, leurs encouragements et leur soutien tout au long de cette année universitaire.

# PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

al. Alinéa  
ann. Annexe  
anc. Ancien  
art. Article

Cass. Cour de cassation française  
C. civ. fr. Code civil français  
C. civ. moz. Code civil du Mozambique  
C. civ. mru<sup>1</sup>. Code civil de Maurice  
C. civ. sey. Code civil des Seychelles  
*Cf. confer*

CLH 61 Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de loi en matière de forme de disposition testamentaire

Comp. Comparer avec

Conv. Wash. 73 Convention de Washington du 26 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international

éd. Édition  
*et al. Et alii*  
*etc. Et cetera*

*ibid. Ibidem*  
*i. e. Id est*

n<sup>o</sup> Numéro  
not. Notamment

Mad. Madagascar  
*Minhadj : Minhâdj-at-tâlibîn* – Le Guide des Zélés Croyants, Comores

p. Page

s. Suivant

rev. Revue  
t. Tome  
v. Voir  
vol. Volume

---

<sup>1</sup> L'abréviation « mru » a été retenue en référence au Code IATA (de l'association internationale de transport aérien – *International Air Transport Association*), qui est utilisé dans l'aéronautique internationale pour identifier les aéroports.

# SOMMAIRE

<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>3</b>
<b>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</b> .....	<b>4</b>
<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>5</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>6</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE – Les formes du testament : entre pluralité et singularité</b> .....	<b>14</b>
<i>Chapitre 1 – La pérennité des formes classiques</i> .....	14
<i>Chapitre 2 – La découverte de formes singulières</i> .....	25
<b>SECONDE PARTIE – Le contenu du testament : entre restrictions et libertés</b> .....	<b>41</b>
<i>Chapitre 1 – La liberté encadrée</i> .....	41
<i>Chapitre 2 : La liberté individuelle privilégiée</i> .....	73
<b>CONCLUSION</b> .....	<b>77</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>78</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES</b> .....	<b>81</b>

# INTRODUCTION

« - *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 cuius*<sup>2</sup> continue de cette manière à régir les biens de sa progéniture et à manifester sa présence parmi les vivants<sup>3</sup>. 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 cuius* 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.

---

<sup>2</sup> De la formule latine « *is de cuius successione agitur* » : celui de la succession duquel il s'agit.

<sup>3</sup> E. NJARA, *Le droit successoral malgache in Droit et Cultures* issue 33, 1997, p. 161 à 172.

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 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 ». Il vient du latin « *directum* », qui signifie « ce qui est en ligne droite, direct, sans détour, droit<sup>4</sup> ». 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.<sup>5</sup> 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 qui ne fera pas l'objet de la présente étude. En revanche, c'est le droit de plusieurs États de l'océan Indien qui en fera l'objet.

---

<sup>4</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011.

<sup>5</sup> Bernard BEIGNIER *et al*, *Introduction au droit*, LGDJ, 4ème éd., 2014.



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 missions<sup>6</sup>. 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 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 antarctiques<sup>7</sup>.

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. En effet, il n'est pas aisé de se procurer et de maîtriser le droit de tous les pays qui ont pour rivage Océan Indien. 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

---

<sup>6</sup> <http://commissionoceanindien.org/a-propos/qui-sommes-nous/> (consulté le 22 mars 2017) [en ligne]

<sup>7</sup> Présentation de l'association LexOI, <https://www.rjoi.fr/index.php?id=6728>, (consulté le 22 mars 2017) [en ligne]

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 ne le sont cependant pas entièrement et sont 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.

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 conféré au droit musulman une compétence exclusive sur certains pans du droit civil<sup>8</sup>, 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, quant à lui, n'a pas à ce jour un Code civil tel qu'on le connaît en France. Ainsi, pour la matière qui concerne cette étude, 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, mais ne pourra être que parfois simplement évoquée dans les divers chapitres relatifs à la confection du testament quand semble opportun.

---

<sup>8</sup> Comores, LegiGlobe, <http://legiglobe.rf2d.org/comores/2013/06/14/>, publié le 14 juin 2013 (consulté le 24 mars 2017) [en ligne]

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 Seychelles<sup>9</sup>. 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 »<sup>10</sup>.

Le Code civil du Mozambique en son article 2179<sup>11</sup> donne la même définition du testament que le Code civil mauricien et seychellois mais rajoute que les dispositions à caractère non patrimoniale 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 extrapatrimoniale.

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 définition<sup>12</sup>, définit le testament comme incluant un codicille ou tout autre écrit testamentaire.

---

<sup>9</sup> 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."

<sup>10</sup> 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<sup>ère</sup> civ. - 3 nov. 1988), servitude de passage (Cass. 1<sup>ère</sup> 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 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<sup>ère</sup> 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<sup>ère</sup> civ. - 14 janv. 1997)].

<sup>11</sup> C. civ. moz. – art. 2179 :

« 1. Diz-se testamento o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles.

2. As disposições de carácter não patrimonial que a lei permite inserir no testamento são válidas se fizerem parte de um acto revestido de forma testamentária, ainda que nele não figurem disposições de carácter patrimonial. »

<sup>12</sup> *Wills Act 7 of 1953*, art. 1 : "**'will'** includes a codicil and any other testamentary writing."

À l'article 2D relatif à l'interprétation des testaments, en son alinéa 2<sup>13</sup>, 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<sup>ème</sup> siècle, même si elles peuvent avoir des origines antérieures<sup>14</sup>. Le testament a, quant à lui, des origines encore plus antérieures.

Il existait déjà en droit romain. Tester était alors un devoir civique<sup>15</sup>. En effet, pour les romains, la mort était la continuation de la vie. Cette vie 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 seraient en souffrance et pourraient jeter des maléfices sur les vivants.<sup>16</sup>

Cette vision évoluera lorsqu'au II<sup>ème</sup> siècle avant Jésus-Christ, la philosophie grecque pénétrera la société romaine. Le testament est alors présenté comme une survie de l'âme du défunt et comme une victoire de la volonté sur la mort<sup>17</sup>. Le formalisme testamentaire est simplifié et les juges vont interpréter de façon bienveillante les testaments pour qu'ils produisent leurs effets<sup>18</sup>. 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 Testament<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> *Wills Act 7 of 1953*, art. 2D "(...)(2) In the application of this section '**will**' means any writing by a person whereby he disposes of his property or any part thereof after his death".

<sup>14</sup> 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<sup>ème</sup> siècle.

<sup>15</sup> C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 26.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>18</sup> Également appelé la *favor testamenti*.

<sup>19</sup> 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.

Justinien, fervent chrétien et Empereur romain d'Orient, perfectionnera l'institution testamentaire au VI<sup>ème</sup> 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 abus<sup>20</sup>.

C'est au Moyen-Âge que le testament se convertit en un acte purement chrétien<sup>21</sup>. 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 »<sup>22</sup>. 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, capable<sup>23</sup> et ne pas voir sa volonté viciée<sup>24</sup>. 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 testament<sup>25</sup>. Un site internet a été mis en place pour tenter de porter ce chiffre à la hausse<sup>26</sup>. Aux Comores, il est également fait peu usage du

---

<sup>20</sup> C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 22.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> V. not. C. civ. moz. art. 2200 à 2202 pour le Mozambique ; Loi du 4 juillet 1968, art. 26 et 27 pour Madagascar.

<sup>25</sup> 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 25 avril 2017) **[en ligne]**

<sup>26</sup> <https://testamento.fr/fr/>

testament<sup>27</sup>. À Madagascar, le recours au testament à Madagascar a été encouragé suite aux prescriptions du Roi ANDRIANAMPOINIMERINA, premier souverain du centre de la Grande Île à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, qui disposaient que les roturiers qui décédaient sans descendance passaient leur patrimoine à l'État<sup>28</sup>. 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 mauvaise 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.

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 (Première partie) et que le contenu du testament oscille, quant à lui, entre restrictions et libertés (Seconde partie).

---

<sup>27</sup> Paul GUY, *Études de droit musulman comorien, Les successions*, 1980, p. 39 et s.

<sup>28</sup> 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. »

# **PREMIÈRE PARTIE – 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 (Chapitre 1). Des nuances apparaissent toutefois. Les recherches, toujours du point de vue juridique français, ont cependant révélé d'autres formes qui sont plus singulières (Chapitre 2).

## **Chapitre 1 – 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 (Section 1), mystique (Section 2) et par acte public (Section 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 chapitre suivant.

### **Section 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<sup>ème</sup> 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<sup>29</sup> 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<sup>30</sup> et seychellois<sup>31</sup> 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<sup>32</sup> 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

---

<sup>29</sup> C. civ. moz. art. 2205 : *As formas comuns do testamento são o testamento público e o testamento cerrado.*

<sup>30</sup> C. civ. mru. art. 970 : Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur: il n'est assujetti à aucune autre forme.

<sup>31</sup> C. civ. sey. art. 970 : *A holograph will shall only be valid if it is wholly written, dated and signed by the hand of the testator; it shall be subject to no other form.*

<sup>32</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968, art. 31 : Le testament olographe est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, il n'est assujetti à aucune autre forme.

Les interlignes, ratures, surcharges, apostilles et renvois doivent être approuvés pour être valables à moins qu'ils n'aient pour objet de rectifier une erreur évidente de rédaction ou de rendre une disposition plus claire.



du testateur. Aucune condition de délai n'est non plus évoquée. En revanche l'article 39<sup>33</sup> 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 cujus* 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.

## Section 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. On peut voir dans le vocable « mystique » l'influence de la religion chrétienne. En effet, cet adjectif a trait dans son premier sens aux mystères divins. On peut parler de la vie mystique d'un Saint, qui par sa foi est uni d'une façon toute particulière à Dieu et qui conduit souvent à des faits extraordinaires, tels que des visions ou des guérisons. Ils ont trait au mystère, autrement dit, aux choses cachées ou secrètes. Et c'est là qu'on retrouve le sens du testament mystique. Le contenu de ce testament reste secret pour le notaire et les témoins car le testateur le présente clos et scellé. Le Code civil mauricien dans son article 976 dispose d'ailleurs que c'est « un testament mystique ou secret ». Le Code civil mozambicain quant à lui a choisi l'adjectif « *cerrado* » en portugais, qui veut dire « fermé » en français et qui montre bien le formalisme dont ce type de testament fait l'objet.

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

---

<sup>33</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968, art. 39 : Les formalités énoncées dans les articles 30 à 38 inclus sont prescrites à peine de nullité.

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 ici<sup>34</sup>.

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 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. En France, il est interdit que mari et femme ne signent dans un même acte pour éviter que l'un exerce une pression sur l'autre et que la signature ne se fasse pas librement. Si à Maurice, six témoins

---

<sup>34</sup> 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.

sont requis au lieu de deux en France, peut-être est-ce pour durcir quelque peu le formalisme. Il est en effet moins facile de trouver six témoins que d'en trouver deux. 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 dans tous les cas synonyme 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. En effet, le droit français prévoit que le testament mystique qui n'aura pas observé les formalités légales et qui sera nul comme tel, vaudra en tant que testament olographe, si toutes les conditions requises pour sa validité sont remplies. Pourtant le formalisme du testament mystique mauricien semble plus difficile à respecter. Cela peu expliquer qu'il soit très peu utilisé à Maurice<sup>35</sup>.

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<sup>36</sup>. Toutefois, si elles peuvent écrire<sup>37</sup>, comme en droit français et mauricien, elles ont la

---

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> C. civ. sey. art. 978 *Persons who do not know how or are unable to read shall not make dispositions in the form of a secret will.*

<sup>37</sup> C. civ. sey. art. 979 : *If the testator is unable to speak but can write he may make a secret will on the express condition that the will is signed by him and written by him or another, that he shall deliver it to the notary and to the witnesses, and that at the top of the memorandum of confirmation he will write, in their presence that the paper which he is delivering is his will and he will sign it. Mention shall be made in the memorandum of confirmation that*

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<sup>38</sup>.

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 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<sup>39</sup>. Le monopole n'est pas donc réservé aux notaires, comme en France, mais à tout 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<sup>40</sup>.

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 », comme il a été vu plus haut. 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

---

*the testator has written and signed these words in the presence of the notary and the witnesses, and everything laid down in article 976 shall be further complied with insofar as it is not inconsistent with this article. In all cases provided by this article or the preceding articles, however, the secret will, in respect of which the lawful procedure has not been complied with and which will be null as such, shall be valid as a holograph will if all the conditions required for its validity as a holograph will are fulfilled, even if it is called a secret will.*

<sup>38</sup> C. civ. sey. art. 980 : *The witnesses summoned to be present when a will is drawn up shall be persons of full age, capable of signing, and not subject to any incapacity. They may be either sex, but husband and wife shall not be witnesses to the same will.*

<sup>39</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968., art. 33 : Le testament secret est signé du testateur et doit être présenté par lui à un notaire ou à un officier public authenticateur et à deux témoins, de préférence membres de sa famille. Le testateur le présente clos, le fait éventuellement cacheter ou sceller en présence du notaire, de l'officier public et des deux témoins. Il déclare que le contenu de ce document est son testament, signé de lui, et écrit par lui ou par un autre en affirmant dans le dernier cas, qu'il en a personnellement lu ou reçu lecture et ainsi vérifié le libellé écrit à la main ou mécaniquement.

<sup>40</sup> *Ibid.* Art. 40 : Nonobstant les dispositions de lois particulières antérieures, les parents ou alliés des parties à un acte de disposition à cause de mort peuvent toujours être témoins instrumentaires.

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<sup>41</sup>. 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 a en 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<sup>42</sup>.

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 comorien<sup>43</sup> 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 – ou « secret », ou « fermé » selon les différentes terminologies employées par les différents droits qui ont pu être comparés – offre une plus grande sécurité quant à sa découverte en ce qu'il doit être remis entre les mains d'un officier public, souffre cependant d'un handicap. En effet, dans son contenu, en ce qu'aucune vérification ne sera effectuée par l'officier public qui le recevra, rien n'assure le testateur que

---

<sup>41</sup> C. civ. moz. art. 2206 : *Testamento cerrado* - 1. O testamento diz-se cerrado, quando é escrito e assinado pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, ou escrito por outra pessoa a rogo do testador e por este assinado. 2. O testador só pode deixar de assinar o testamento cerrado quando não saiba ou não possa fazê-lo, ficando consignada no instrumento de aprovação a razão por que o não assina. 3. A pessoa que assina o testamento deve rubricar as folhas que não contenham a sua assinatura. 4. O testamento cerrado deve ser aprovado por notário, nos termos da lei do notariado. 5. A violação do disposto nos números anteriores importa nulidade do testamento. »

<sup>42</sup> C. civ. moz. art. 2209 : *Conservação e apresentação do testamento cerrado* - 1. O testador pode conservar o testamento cerrado em seu poder, cometê-lo à guarda de terceiro ou depositá-lo em qualquer repartição notarial. 2. A pessoa que tiver em seu poder o testamento é obrigada a apresentá-lo ao notário em cuja área o documento se encontre, dentro de três dias contados desde o conhecimento do falecimento do testador; se o não fizer, incorre em responsabilidade pelos danos a que der causa, sem prejuízo da sanção especial da alínea d) do artigo 2034.

<sup>43</sup> Paul GUY, *Études de droit musulman comorien, Les successions*, 1980, p. 30 et s.

son testament soit conforme aux règles d'ordre public successorales et qu'il puisse *in fine* porter ses effets juridiques.

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

### **Section 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 authentique<sup>44</sup>. 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<sup>45</sup>. Comme souvent, la lettre de l'article correspondant au Code civil français a été rigoureusement reprise. Les règles diffèrent cependant dans les articles suivants, même si dans les grandes lignes, elles restent semblables. Le testateur dicte son testament au notaire<sup>46</sup> et le signe<sup>47</sup>. Les témoins aussi doivent le signer<sup>48</sup>. Ne peuvent toutefois être témoins les légataires, leurs parents jusqu'au

---

<sup>44</sup> V. not. c. civ. fr. art. 1317 al. 1 : L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

<sup>45</sup> C. civ. mru. art. 971 : Le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaires ou par un notaire en présence de deux témoins.

<sup>46</sup> C. civ. mru. art. 972 : Le testament est dicté au notaire par le testateur, qui l'écrit lui-même ou le fait écrire à la main ou mécaniquement. Il doit en être donné lecture au testateur. Il est fait du tout mention expresse.

<sup>47</sup> C. civ. mru art. 973: Ce testament doit être signé par le testateur: s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

<sup>48</sup> C. civ. mru. art. 974. Le testament doit être signé par les témoins. Néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signent.

quatrième degré inclus ou les clerks de notaires qui ont reçu l'acte<sup>49</sup>. 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 ». L'île Maurice ayant une superficie de 1865 km<sup>2</sup><sup>50</sup>, on pourrait se demander où se trouvent ces campagnes. Bien que toute la majeure partie du territoire de l'île soit utilisée à l'exploitation agricole, plus particulièrement cannière, les campagnes pourraient constituer une grande partie du territoire. Mais cette précision prend tout son sens quand on regarde de plus près la géographie de l'île Maurice. En effet, la République de Maurice, comme elle est appelée officiellement, ne se limite pas à l'île Maurice. Elle est également composée d'un groupement d'îles, à savoir Rodrigues et plusieurs autres îles (telles que Agalega et Saint-Brandon) qui sont situées à plus de 350 km de l'île principale<sup>51</sup>.

Aux Seychelles, les règles sont également similaires, la seule différence notable est qu'un seul notaire peut recevoir le testament authentique<sup>52</sup>. 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 dressé par un officier public authenticateur.

---

<sup>49</sup> C. civ. mru. art. 975. Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clerks des notaires par lesquels les actes seront reçus.

<sup>50</sup> Présentation de Maurice, <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/maurice/presentation-de-maurice/> (mis à jour le 30 octobre 2016) (consulté le 30 avril 2017) [en ligne]

<sup>51</sup> Shivani GEORGIJEVIC, République de Maurice, Fiche pays LexOI- Republic of Mauritius, [www.lexoi.fr](http://www.lexoi.fr), [à paraître]

<sup>52</sup> C. civ. sey. art. 971 : 1. *An authentic will shall be received by a single notary. However, if the testator is unable, either from ignorance or physical incapacity, to sign his or her name, the presence of a second notary or of two witnesses able to sign their names shall be necessary both for the reading and for the signing of the will.*  
2. *The testator shall be bound to make his mark on the will and the notary and witnesses or the two notaries, as the case may be, shall vouch that the mark is well and truly the mark of the testator affixed in their presence. If the testator is unable to make a mark the aforementioned notary and witnesses or two notaries shall vouch for that physical incapacity.*

Dans tous les cas, l'officier public sera assisté de deux témoins<sup>53</sup>. L'article 39 de cette loi, déjà citée, 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 »<sup>54</sup>. Ce « livre de notes » mozambicain pourrait correspondre au « rang des minutes » du notaire français, qui est l'endroit où il conserve les originaux des actes qu'il signe. 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<sup>55</sup>. 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.

---

<sup>53</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968, art. 38 : Le testament par acte public est dressé par un notaire ou un officier public authenticateur assisté de deux témoins conformément aux règles qui régissent les actes notariés ou authentifiés. Il doit en être donné lecture au testateur et aux témoins avant signature. Du tout il est fait mention.

<sup>54</sup> C. civ. moz. art. 2205 : *Testamento público - É público o testamento escrito por notário no seu livro de notas.*

<sup>55</sup> C. civ. fr. art. 972 al. 4 à 6 : (...)

**al. 4 :** Lorsque le testateur ne peut s'exprimer en langue française, la dictée et la lecture peuvent être accomplies par un interprète que le testateur choisit sur la liste nationale des experts judiciaires dressée par la Cour de cassation ou sur la liste des experts judiciaires dressée par chaque cour d'appel. L'interprète veille à l'exacte traduction des propos tenus. Le notaire n'est pas tenu de recourir à un interprète lorsque lui-même ainsi que, selon le cas, l'autre notaire ou les témoins comprennent la langue dans laquelle s'exprime le testateur.

**al. 5 :** Lorsque le testateur peut écrire en langue française mais ne peut parler, le notaire écrit lui-même le testament ou le fait écrire à la main ou mécaniquement d'après les notes rédigées devant lui par le testateur, puis en donne lecture à ce dernier. Lorsque le testateur ne peut entendre, il prend connaissance du testament en le lisant lui-même, après lecture faite par le notaire.

**Al. 6 :** Lorsque le testateur ne peut ni parler ou entendre, ni lire ou écrire, la dictée ou la lecture sont accomplies dans les conditions décrites au quatrième alinéa.

(...)



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.

## **Chapitre 2 – La découverte de formes singulières**

Si les droits de certains États de l’océan Indien ont repris les formes de testament telles qu’elles ont été, pour la plupart, codifiées en droit français au début du XIX<sup>ème</sup> siècle, d’autres droits en adopté d’autres formes, plus singulières d’un point de vue juridique français.

Se retrouveront alors des formes particulières (section 1) de testaments qui 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 (section 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 (section 3).

### **Section 1 – Des formes particulières de testament**

Tout d’abord, il y a le testament sud-africain (§1) 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 « codifié » car il n’y a de Code en Afrique du Sud, étant un État de *Common law*.

Le testament privilégié ensuite (§2), 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 et y sera codifié. Pareillement en droit français, il se trouve dans la Section 2 relative aux règles particulières sur la forme de certains testaments du Chapitre V relatif aux

dispositions testamentaires du Titre II relatif aux libéralités du livre III relatif aux différentes manières dont on acquiert la propriété du Code civil.

## §1 Le testament sud-africain

En Afrique du Sud, il n'y a pas à proprement parler de testament sous la forme olographe, authentique ou mystique, telles qu'elles peuvent se trouver en France et dans certains autres États de l'océan Indien étudiés jusqu'à maintenant. L'absence des formes authentique et mystique 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*<sup>56</sup>, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> 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<sup>57</sup>, le testateur ou le rédacteur du testament le cas échéant, et au moins deux témoins doivent

---

<sup>56</sup> 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*.

<sup>57</sup> Af. du Sud, *Wills Act*, art. 2 : (...)

*no will executed on or after the first day of January, 1954, shall be valid unless :*

*(i) the will is signed at the end thereof by the testator or by some other person in his presence and by his direction; and*

*(ii) such signature is made by the testator or by such other person or is acknowledged by the testator and, if made by such other person, also by such other person, in the presence of two or more competent witnesses present at the same time; and*

*(ii) such signature is made by the testator or by such other person or is acknowledged by the testator and, if made by such other person, also by such other person, in the presence of two or more competent witnesses present at the same time; and*

*(iii) such witnesses attest and sign the will in the presence of the testator and of each other and, if the will is signed by such other person, in the presence also of such other person; and*

*(iv) if the will consists of more than one page, each page other than the page on which it ends, is also so signed by the testator or by such other person and by such witnesses anywhere on the page; and (Section 2(1)(a)(iv) amended by section 20(a) of Act 80 of 1964)*

*(v) if the will is signed by the testator by the making of a mark or by some other person in the presence and by the direction of the testator, a magistrate, justice of the peace, commissioner of oaths or notary public certifies at the end thereof that he has satisfied himself as to the identity of the testator and that the will so signed is the will of the testator, and if the will consists of more than one page, each page other than the page on which it ends, is also signed, anywhere on the page, by the magistrate, justice of the peace, commissioner of oaths or notary public who so certifies;*

*(b) no deletion, addition, alteration or interlineation made in a will executed on or after the said date and made after the execution thereof shall be valid unless -*

*(i) the deletion, addition, alteration or interlineation is identified by the signature of the testator or by the signature of some other person made in his presence and by his direction; and*

*(ii) such signature is made by the testator or by such other person or is acknowledged by the testator and, if made by such other person, also by such other person, in the presence of two or more competent witnesses present at the same time; and*

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*.

Ces formalités ont, comme tous les droits des États comparés jusqu'ici, également pour but de sécuriser la validité des dernières volontés du testateur. Elles contribuent à prévenir les cas de fraude pendant et après l'exécution du testament ou de son codicille. Elles assurent que les dispositions testamentaires sont faites librement et volontairement. Enfin, elles servent à identifier le document et le testateur et elles visent à prévenir les incertitudes et la spéculation<sup>58</sup>.

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

## §2 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<sup>59</sup>, médecin militaire<sup>60</sup>, etc.) qui est requise. Il

---

*(iii) the deletion, addition, alteration or interlineation is further identified by the signatures of such witnesses made in the presence of the testator and of each other and, if the deletion, addition, alteration or interlineation has been identified by the signature of such other person, in the presence also of such other person; and*

*(iv) if the deletion, addition, alteration or interlineation is identified by the mark of the testator or the signature of some other person made in his presence and by his direction, a magistrate, justice of the peace, commissioner of oaths or notary public certifies on the will that he has satisfied himself as to the identity of the testator and that the deletion, addition, alteration or interlineation has been made by or at the request of the testator.*

<sup>58</sup> Linda SHOEMAN-MALAN *et al.*, Section 2 (3) of the Wills Act 7 of 1953: a retrospective and critical appraisal of some unresolved issues, [www.academia.edu](http://www.academia.edu) (consulté le 30 avril 2017) [en ligne]

<sup>59</sup> C. civ. fr. art. 981 : Les testaments des militaires, des marins de l'État et des personnes employées à la suite des armées pourront être reçus dans les cas et conditions prévus à l'article 93 soit par un officier supérieur en présence de deux témoins ; soit par deux commissaires des armées ; soit par un commissaire des armées en

doit être fait un double du testament, mais si la santé du testateur le requiert, cette formalité ne sera pas obligatoire<sup>61</sup>. Enfin, sa validité n'est que temporaire, six mois en général<sup>62</sup>.

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,

---

présence de deux témoins ; soit enfin, dans un détachement isolé, par l'officier commandant ce détachement, assisté de deux témoins, s'il n'existe pas dans le détachement d'officier supérieur ou de commissaire des armées. Le testament de l'officier commandant un détachement isolé pourra être reçu par l'officier qui vient après lui dans l'ordre du service.

La faculté de tester dans les conditions prévues au présent article s'étendra aux prisonniers chez l'ennemi.

<sup>60</sup> C. civ. fr. art. 982 :

Les testaments mentionnés à l'article précédent pourront encore, si le testateur est malade ou blessé, être reçus, dans les hôpitaux ou les formations sanitaires militaires, telles que les définissent les règlements de l'armée, par le médecin-chef, quel que soit son grade, assisté de l'officier d'administration gestionnaire.

A défaut de cet officier d'administration, la présence de deux témoins sera nécessaire.

<sup>61</sup> C. civ. fr. art. 983 :

Dans tous les cas, il est fait un double original des testaments mentionnés aux articles 981 et 982. Si cette formalité n'a pu être accomplie en raison de l'état de santé du testateur, il est dressé une expédition du testament, signée par les témoins et par les officiers instrumentaires, pour tenir lieu du second original. Il y est fait mention des causes qui ont empêché de dresser le second original.

Dès que leur communication est possible, et dans le plus bref délai, les deux originaux, ou l'original et l'expédition du testament, sont adressés par courriers distincts, sous pli clos et cacheté, au ministre chargé de la défense nationale ou de la mer, pour être déposés chez le notaire indiqué par le testateur ou, à défaut d'indication, chez le président de la chambre des notaires de l'arrondissement du dernier domicile du testateur.

<sup>62</sup> C. civ. fr. art. 984 : Le testament fait dans la forme ci-dessus établie sera nul six mois après que le testateur sera venu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires, à moins que, avant l'expiration de ce délai, il n'ait été de nouveau placé dans une des situations spéciales prévues à l'article 93. Le testament sera alors valable pendant la durée de cette situation spéciale et pendant un nouveau délai de six mois après son expiration.

notamment celle de l'article 986<sup>63</sup> 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<sup>64</sup>, soit un testament « fermé » ou mystique<sup>65</sup>. 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<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> C. civ. sey. art. 986 : *Wills made on an island on which there are no notaries may be received by a judicial or Government officer or by the manager or assistant manager of that island, provided that it is impossible or dangerous to communicate with a larger centre of population in which notarial offices are available. The impossibility or danger of communication shall be certified on the will by the person who received it.*

<sup>64</sup> C. civ. moz. art. 2211 : *Testamento militar público*

1. *O militar, ou o civil a ele equiparado, declarará a sua vontade na presença do comandante da respectiva unidade independente ou força isolada e de duas testemunhas.*
2. *Se o comandante quiser fazer testamento, tomará o seu lugar quem deva substituí-lo.*
3. *O testamento, depois de escrito, datado e lido em voz alta pelo comandante, será assinado pelo testador, pelas testemunhas, e pelo mesmo comandante; se o testador ou as testemunhas não puderem assinar, declarar-se-á o motivo porque o não fazem.*

<sup>65</sup> C. civ. moz. art. 2212 : *Testamento militar cerrado*

1. *Se o militar, ou o civil a ele equiparado, souber e puder escrever, pode fazer o testamento por seu próprio punho.*
2. *Escrito e assinado o testamento pelo testador, este apresentá-lo-á ao comandante, na presença de duas testemunhas, declarando que exprime a sua última vontade; o comandante, sem o ler, escreverá no testamento a declaração datada de que ele lhe foi apresentado, sendo essa declaração assinada tanto pelas testemunhas como pelo comandante.*
3. *Se o testador o solicitar, o comandante, ainda na presença das testemunhas, coserá e lacrará o testamento, exarando na face exterior da folha que servir de invólucro uma nota com a designação da pessoa a quem pertence o testamento ali contido.*
4. *É aplicável a esta espécie de testamento o que fica disposto no n.º 2 do artigo antecedente.*

<sup>66</sup> C. civ. moz. art. 2219 : *Prazo de eficácia*

1. *O testamento celebrado por alguma das formas especiais previstas na presente secção fica sem efeito decorridos dois meses sobre a cessação da causa que impedia o testador de testar segundo as formas comuns.*
2. *Se no decurso deste prazo o testador for colocado de novo em circunstâncias impeditivas, o prazo é interrompido devendo começar a contar-se por inteiro a partir da cessação das novas circunstâncias.*
3. *A entidade perante quem for feito o testamento deve esclarecer o testador acerca do disposto no n.º 1, fazendo menção do facto no próprio testamento; a falta de cumprimento deste preceito não determina a nulidade do acto.*

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.

## **Section 2 – Le testament international**

En droit français, le testament international fait référence au testament régi par la Convention de Washington du 26 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international (§1), 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 (§2).

### **§1 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 les actes de dernière volonté puissent porter leurs effets.

Elle a été conclue sous l'égide d'Unidroit<sup>67</sup> et a été signée par la France en 1974 et est entrée en vigueur en 1994<sup>68</sup>. Elle y a ainsi introduit une quatrième forme de testament. Comme cela a déjà été évoqué, aucun État de l'océan Indien n'en est signataire. Toutefois, elle trouve à s'appliquer en Afrique du Sud et à Maurice, voir dans tous les autres États de l'océan Indien.

---

<sup>67</sup> Institut international pour l'unification du droit privé.

<sup>68</sup> 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 30 avril 2017) **[en ligne]**

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 1970<sup>69</sup> et à Maurice en 1968<sup>70</sup>.

L’article 1<sup>er</sup> 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<sup>71</sup>. Il suffira donc qu’un de ces critères, notamment qu’un ordre juridique auquel la Convention soumet la validité formelle des dispositions testamentaires<sup>72</sup>, soit rempli pour que le testament international soit valide formellement.

De plus, cette Convention a une vocation universelle. En effet, son article 6<sup>73</sup> 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.

---

<sup>69</sup> 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 9 décembre 2013) (consulté le 9 juin 2017) **[en ligne]**

<sup>70</sup> 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 9 juin 2017) **[en ligne]**

<sup>71</sup> CLH 61, art. 1 : Une disposition testamentaire est valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne: *a)* du lieu où le testateur a disposé, ou *b)* d'une nationalité possédée par le testateur, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou *c)* d'un lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou *d)* du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou *e)* pour les immeubles, du lieu de leur situation. Aux fins de la présente Convention, si la loi nationale consiste en un système non unifié, la loi applicable est déterminée par les règles en vigueur dans ce système et, à défaut de telles règles, par le lien le plus effectif qu'avait le testateur avec l'une des législations composant ce système. La question de savoir si le testateur avait un domicile dans un lieu déterminé est régie par la loi de ce même lieu.

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> CLH 61, art. 6 : L'application des règles de conflits établies par la présente Convention est indépendante de toute condition de réciprocité. La Convention s'applique même si la nationalité des intéressés ou la loi applicable en vertu des articles précédents ne sont pas celles d'un Etat contractant.



Pour que le testament international soit valide formellement, il devra être fait par écrit, pas nécessairement par le testateur lui-même, par tout procédé (à la main ou autre), en une langue quelconque<sup>74</sup>, peu importe notamment le lieu où il a été fait, la situation des biens, la nationalité, le domicile ou la résidence du testateur<sup>75</sup>. Deux témoins et une personne habilitée à instrumenter (notaire, officier public authenticateur, etc.), devront être présents. Et le testateur devra déclarer devant eux que le document qu'il présente est son testament et qu'il en connaît le contenu<sup>76</sup>. Il n'est toutefois pas obligé de déclarer. Il signe ensuite son testament ou, s'il l'a déjà fait, reconnaît et confirme sa signature. S'il ne peut pas signer, il devra en mentionner la cause à la personne habilitée qui, à son tour, en fera mention sur le testament. Il peut également être autorisé par la loi, en vertu de laquelle la personne habilitée a été désignée, à demander à une autre personne de signer en son nom<sup>77</sup>. Enfin, une dernière formalité est requise à des fins de preuve mais qui ne constitue pas une condition de validité du testament international : la personne habilitée à instrumenter joindra une attestation établissant que les obligations évoquées ci-dessus ont été respectées<sup>78</sup>.

Ces conditions sont souples et permettent à une majorité de personnes d'avoir recours à cette forme de testament. Ainsi, comme il a déjà été remarqué dans la Section 3 relative au

---

<sup>74</sup> Conv. Wash. 73, ann. art. 3 :

1. Le testament doit être fait par écrit.
2. Il n'est pas nécessairement écrit par le testateur lui-même.
3. Il peut être écrit en une langue quelconque, à la main ou par un autre procédé.

<sup>75</sup> Conv. Wash. 73, an. art. 1:

1. Un testament est valable, en ce qui concerne la forme, quels que soient notamment le lieu où il a été fait, la situation des biens, la nationalité, le domicile ou la résidence du testateur, s'il est fait dans la forme du testament international, conformément aux dispositions des articles 2 à 5 ci-après.
2. La nullité du testament en tant que testament international n'affecte pas sa validité éventuelle quant à la forme en tant que testament d'une autre espèce.

<sup>76</sup> Conv. Wash. 73, an. art. 4 :

1. Le testateur déclare en présence de deux témoins et d'une personne habilitée à instrumenter à cet effet que le document est son testament et qu'il en connaît le contenu.
2. Le testateur n'est pas tenu de donner connaissance du contenu du testament aux témoins, ni à la personne habilitée.

<sup>77</sup> Conv. Wash. 73, an. art. 5 :

1. En la présence des témoins et de la personne habilitée, le testateur signe le testament ou, s'il l'a signé précédemment, reconnaît et confirme sa signature.
2. Si le testateur est dans l'incapacité de signer il en indique la cause à la personne habilitée qui en fait mention sur le testament. En outre, le testateur peut être autorisé par la loi en vertu de laquelle la personne habilitée a été désignée à demander à une autre personne de signer en son nom.
3. Les témoins et la personne habilitée apposent sur le champ leur signature sur le testament, en la présence du testateur.

<sup>78</sup> Conv. Wash. 73, an. art. 9 : La personne habilitée joint au testament une attestation conforme aux dispositions de l'article 10 établissant que les obligations prescrites par la présente loi ont été respectées.

testament authentique, 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 authentique irrégulier<sup>79</sup>. Enfin, le rapport explicatif de cette convention<sup>80</sup> relève, comme il est notamment possible de le voir dans ce mémoire, 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.

---

<sup>79</sup> V. not. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 juin 2014 n<sup>o</sup> 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 ».

<sup>80</sup> Disponible sur <http://www.unidroit.org/fr/explicatif-successions>, (consulté le 11 juin 2017) [en ligne]

## §2 Le testament fait à l'étranger

Le testament fait à l'étranger est une forme de testament international. Il n'est cependant pas régi par la Convention de Washington comme vu dans le paragraphe précédent. 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<sup>81</sup>. 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 ou au lieu de la situation de l'immeuble, si le testament contient des dispositions d'immeuble<sup>82</sup>. Ces formalités devront être respectées sous peine de nullité<sup>83</sup>.

Dans le droit mozambicain, un seul article y est consacré. Ainsi, l'article 2223<sup>84</sup> du Code civil du Mozambique dispose que le testament fait par un citoyen portugais<sup>85</sup> – mozambicain – à l'étranger qui respecte les conditions prescrites par la loi étrangère compétente ne produira ses effets au Portugal<sup>86</sup> – 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

---

<sup>81</sup> C. civ. mru. art. 999 : Un Mauricien qui se trouvera en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article 970; ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé.

<sup>82</sup> C. civ. mru. art. 1000 : Les testaments faits en pays étranger ne pourront être exécutés sur les biens situés à Maurice, qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé un, sinon, au bureau de son dernier domicile connu à Maurice; et dans le cas où le testament contiendrait des dispositions d'immeubles qui y seraient situés, il devra être, en outre, enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit.

<sup>83</sup> C. civ. mru. art. 1001 : Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section et de la précédente doivent être observées à peine de nullité.

<sup>84</sup> C. civ. moz. art. 2223 : *Testamento feito por português em país estrangeiro. O testamento feito por cidadão português em país estrangeiro com observância da lei estrangeira competente só produz efeitos em Portugal se tiver sido observada uma forma solene na sua feitura ou aprovação.*

<sup>85</sup> Il ne faut pas oublier que c'est le Code civil portugais de 1966 qui est en vigueur actuellement au Mozambique.

<sup>86</sup> *Idem.*

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, constituer la forme commune.

## **Section 3 – L’admission de formes testamentaires interdites en droit français**

Dans le rapport explicatif de la Convention de Washington de 1973<sup>87</sup>, comme cela a déjà été cité plus haut, 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 (§1) et le testament conjonctif (§2), et qui vont être étudiées dans cette section, reflètent bien les traditions propres à chacun des États de l’océan Indien comparés. Elles sont cependant interdites en France.

### **§1 Le testament oral**

Il résulte de l’étude des droits mauricien, seychellois<sup>88</sup>, mozambicain<sup>89</sup> et sud-africain<sup>90</sup> que le testament oral n’est pas admis dans ces États.

---

<sup>87</sup> Cf. *supra*

<sup>88</sup> Ces trois États n’admettent dans leur droit, comme il a été vu plus haut, que les testaments sous la forme olographe, authentique, mystique, privilégiée et internationale (au sens de la Convention de Washington de 1973 ou au sens où il a été fait à l’étranger).

<sup>89</sup> Pour rappel, les formes communes de testament au Mozambique sont la forme authentique et la forme “fermée”, mystique (C. civ. moz. art. 2205) et internationale au sens du testament fait à l’étranger (C. civ. moz. art. 2223)

<sup>90</sup> Af. du Sud, *Wills act 7 of 1953*, art. 3 cité *supra*

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<sup>91</sup>. 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 la forme 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*<sup>92</sup>, 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<sup>93</sup> 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 et à Madagascar. D'ailleurs, aux Comores, le testament oral est, ce qui peut sembler surprenant du point de vue juridique français, la forme classique du testament (A). À Madagascar, il fait partie d'une des formes particulières : la déclaration de dernière volonté (B).

## **A) 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

---

<sup>91</sup> C. civ. moz. Art. 2180 : *Expressão da vontade do testador*

*É nulo o testamento em que o testador não tenha exprimido cumprida e claramente a sua vontade, mas apenas por sinais ou monossílabos, em resposta a perguntas que lhe fossem feitas.*

<sup>92</sup> Les paroles s'envolent, les écrits restent.

<sup>93</sup> Cf. *supra*.

par *Nawawî* au XII<sup>ème</sup> siècle, dans un temps où l'écriture ne primait pas sur le témoignage oral<sup>94</sup> Il pose le principe du testament sous la forme orale<sup>95</sup>. Il n'est pas d'ailleurs fait mention 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 cujus*. 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.

## **B) 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<sup>96</sup>.

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

---

<sup>94</sup> 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

<sup>95</sup> *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 267

<sup>96</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968, art. 45, *in fine* : Les dispositions des articles 26, 27 et 28 lui sont applicables. Les formalités prévues aux articles 41, 43 et 44 sont prescrites à peine de nullité.

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<sup>97</sup>.

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<sup>98</sup>. Des dispositions extrapatrimoniales sont également possibles. En effet, le testateur peut formuler des prescriptions relatives à sa mise au tombeau<sup>99</sup>.

La déclaration de dernière volonté a la même valeur qu'un testament public en l'absence de testament<sup>100</sup> 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 conjointif.

## **§2 Le testament conjointif**

Un testament est dit conjointif – 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),

---

<sup>97</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968, art. 41 : Toute personne sentant sa mort imminente peut déclarer ses dispositions de dernière volonté à un auxiliaire du chef de canton (chef de village, chef de quartier), à un membre du conseil municipal, communal, à un notable du Fokonolona ou encore au chef de la famille à laquelle il appartient et que la coutume désigne.

Dans tous les cas, la déclaration est faite en présence de quatre témoins dont au moins deux membres de la famille du disposant.

<sup>98</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968 :

Art. 17 : On entend par enfants ceux qui sont nés du défunt pourvu que leur filiation soit légalement établie et que la loi ne les ait pas privés du droit de succéder à leur auteur.

Art. 18 : Les enfants adoptés en justice ont les mêmes droits successoraux que les enfants nés du défunt.

<sup>99</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968, art. 42 : Par cette déclaration orale, le déclarant ne peut que partager ses biens entre tous ses enfants au sens des articles 17 et 18 et formuler des prescriptions relatives à sa mise au tombeau, à l'exclusion de toutes autres dispositions.

<sup>100</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968, art. 45 - En l'absence de testament, la déclaration de dernière volonté a la même valeur qu'un testament public.

Les dispositions des articles 26, 27 et 28 lui sont applicables. Les formalités prévues aux articles 41, 43 et 44 sont prescrites à peine de nullité.

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, cet article 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<sup>er</sup>, 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<sup>101</sup>, 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 séparés. 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 tout<sup>102</sup>.

La deuxième condition concerne le survivant. Il doit avoir accepté tout ou partie des bénéfices 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 expressément<sup>103</sup>. Dans le manuel d'introduction au droit sud-africain écrit par W.J. HOSTEN<sup>104</sup>, un exemple est donné : dans un testament joint, deux testateurs, soit un couple marié, laisse leur biens communs<sup>105</sup> à leurs

---

<sup>101</sup> Cf. *supra*.

<sup>102</sup> Cf. *Secretary SA Association vs. Mostert* 1873 Buch 31.

<sup>103</sup> *Crookes NO vs. Watson* 1956 1 SA 277 (A) 298.

<sup>104</sup> W.J. HOSTEN *et al.*, *Introduction to South African law and legal theory*, Butterworth, 1995, p. 688 .

<sup>105</sup> 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.



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<sup>106</sup> de la loi de 1968 l'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 partie qui a traité des différentes formes de testament, qui, comme il a été vu, s'articule entre pluralité et singularité.

La deuxième partie de ce mémoire traitera maintenant du contenu du testament, qui lui, s'articule entre restrictions et libertés.

---

<sup>106</sup> Madagascar, loi de 68, art. 29 - Les testaments conjonctifs ne sont pas prohibés.

Néanmoins, la clause selon laquelle deux époux ou un homme et une femme unis selon les coutumes ont, dans un testament conjonctif, déclaré que ledit testament ne pourrait être modifié de leur vivant que d'un commun accord, cesse d'avoir effet en cas de divorce ou rupture de l'union.

# **SECONDE PARTIE – 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 (Chapitre 1). Il existe tout de même des cas où la liberté de tester est privilégiée (Chapitre 2).

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 comme il institue des héritiers et ne concerne pas à proprement parler de la liberté de tester.

## **Chapitre 1 – 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*<sup>107</sup>, 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 puissante<sup>108</sup>. En droit français, cependant, « peu de mécanismes juridiques d'organisation des biens traversent la période du décès sans être

---

<sup>107</sup> C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 26.

<sup>108</sup> J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, Revue internationale de droit comparé, Vol. 39, n°1, 1987, p. 288 à 290.

récupérés par le droit successoral (...), lieu de passage forcé »<sup>109</sup>. 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 décès<sup>110</sup>.

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 (Section 1) que patrimonial (Section 2).

## **Section 1 – L'encadrement personnel**

L'encadrement personnel tient au testateur (§1), qui voit sa liberté restreinte dans le contenu qu'il peut mettre dans son testament. L'encadrement personnel tient également au bénéficiaire (§2). 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.

### **§1 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 (a.). D'autres lui sont parfois imposées, comme la nomination d'un exécuteur testamentaire (b.).

#### **a. 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

---

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.*

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 commercialiser<sup>111</sup>.

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.

Ainsi, 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<sup>112</sup> 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<sup>113</sup>. 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<sup>114</sup>. Concernant le Code seychellois, l’alinéa 2 de l’article

---

<sup>111</sup> A. G. CHLOROS, *Codification in a mixed jurisdiction, The civil and commercial law of Seychelles*, North-Holland publishing company, 1977, p. 74.

<sup>112</sup> C. civ. mru. art. 895 : Les substitutions sont prohibées.  
Toute disposition par laquelle le donataire, l’héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l’égard du donataire, de l’héritier institué, ou du légataire.

<sup>113</sup> C. civ. sey. 896 : *Substitutions shall be prohibited.*  
*Any disposition of property whereby the donee, the appointed heir or the legatee are bound to preserve the property and pass it on to a third party shall be null, even in respect of the grant to the donee, the appointed heir or the legatee; except as provided in Chapter VI of this Title.*

<sup>114</sup> C. civ. mru. art. 897 : Sont exceptées de l’article précédent les dispositions permises aux pères et mères et aux frères et sœurs, au chapitre sixième du présent titre, et les transferts ou dispositions de biens à titre fiduciaire.

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<sup>115</sup>.

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<sup>116</sup>. Le même mécanisme s'appliquera en cas de démembrements de propriété<sup>117</sup>. 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 choix où il n'impose pas sa volonté sur le bénéficiaire qu'il désigne dans 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 du droit d'agir en justice pour faire annuler une telle disposition testamentaire sera nulle et ne pourra produire d'effet<sup>118</sup>.

À Madagascar, la loi du 4 juillet 1968, dans son article 47, l'autorise mais l'enferme dans une condition de délai<sup>119</sup>. Ainsi, le testateur peut dans son testament stipuler que son

---

<sup>115</sup> C. civ. sey. art. 900 al. 2 : (...) 2. *Terms which tend to make property given by gift or will inalienable shall be null unless they can be justified by a serious and legitimate interest. (...)*

<sup>116</sup> C. civ. sey. art. 898 : *Any provision whereby a third party shall be entitled to receive the gift, inheritance or legacy in the case in which the donee, the appointed heir or the legatee do not receive it, shall not be regarded as a substitution and shall be valid.*

<sup>117</sup> C. civ. sey. art. 899 : *The same shall apply to the disposition inter vivos or by will whereby the usufruct is given to one person and the bare ownership to another.*

<sup>118</sup> C. civ. sey. art. 900 al. 2 : (...) *Even in that case, the donee or the legatee may be judicially authorised to dispose of the property if that interest no longer exists, or if another, more important, interest makes disposal imperative. Any term whereby the grantor deprives the grantee of the gift or legacy if the latter requests the Court to cancel the term shall be null. The provisions of this paragraph shall be without prejudice to any gifts or legacies granted to legal persons or even to physical persons under a duty to set up a legal person.*

<sup>119</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968, art. 47 : Le testateur peut, notamment, dans son testament : - instituer un ou plusieurs légataires universels appelés à recueillir l'universalité ou une partie de la succession ; - faire des legs particuliers ; - constituer une fondation ; - exhériter un ou plusieurs de ses héritiers ; - formuler des prescriptions relatives à ses funérailles et à sa mise au tombeau ; - faire entre ses enfants et descendants la

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<sup>120</sup>, les substitutions fidéicommissaires<sup>121</sup> et les substitutions pupillaires ou quasi-pupillaires<sup>122</sup>. 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<sup>123</sup>. 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<sup>124</sup>. Le testateur peut également disposer que les colégataires peuvent se substituer réciproquement<sup>125</sup>. 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

---

distribution et le partage de ses biens ; - **stipuler que son héritier ou légataire devra, à l'expiration d'un certain délai ou à son décès ou si une condition expressément stipulée se réalise, transmettre les biens ou certains biens de la succession à une ou plusieurs autres personnes qui lui seront substituées** ; - confier à un des héritiers ou légataires la charge de veiller à l'exécution du testament ; - affecter un legs d'une charge ; - faire toutes autres déclarations de volonté auxquelles la loi attache, après sa mort, des effets juridiques.

<sup>120</sup> C. civ. moz. art. 2281 à 2285.

<sup>121</sup> C. civ. moz. art. 2286 à 2296.

<sup>122</sup> C. civ. moz. art. 2297 à 2300.

<sup>123</sup> C. civ. moz. art. 2281 : *Noção - 1. O testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro instituído para o caso de este não poder ou não querer aceitar a herança: é o que se chama substituição directa. 2. Se o testador previr só um destes casos, entende-se ter querido abranger o outro, salvo declaração em contrário.*

<sup>124</sup> C. civ. moz. art. 2282 : *Substituição plural Podem substituir-se várias pessoas a uma só, ou uma só a várias.*

<sup>125</sup> C. civ. moz. art. 2283 : *Substituição recíproca - 1. O testador pode determinar que os co-herdeiros se substituam reciprocamente. 2. Em tais casos se os co-herdeiros tiverem sido instituídos em partes desiguais, respeitar-se-á, no silêncio do testador, a mesma proporção na substituição. 3. Mas, se à substituição não forem chamados todos os restantes instituídos, ou o for outra pessoa além deles, e nada se declarar sobre a proporção respectiva, o quinhão vago será repartido em partes iguais pelos substitutos.*

parts égales par les substitués. Les substituants ont également des droits et des obligations<sup>126</sup>. 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 »<sup>127</sup>. 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)<sup>128</sup>. 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<sup>129</sup>. 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<sup>130</sup>. La substitution quasi-pupillaire concerne celle où l’enfant est incapable de tester en raison d’une interdiction pour

---

<sup>126</sup> C. civ. moz. art. 2284 : *Direitos e obrigações dos substitutos Os substitutos sucedem nos direitos e obrigações em que sucederiam os substituídos, excepto se outra for a vontade do testador.*

<sup>127</sup> C. civ. moz. art. 2286 : *Noção. Diz-se substituição fideicomissária, ou fideicomisso, a disposição pela qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem; o herdeiro gravado com o encargo chama-se fiduciário, e fideicomissário o beneficiário da substituição.*

<sup>128</sup> C. civ. moz. art. 2287 : *Substituição ao plural. Pode haver um só ou vários fiduciários, assim como um ou vários fideicomissários.*

<sup>129</sup> C. civ. moz. art. 2288 : *Limite de validade - São nulas as substituições fideicomissárias em mais de um grau, ainda que a reversão da herança para o fideicomissário esteja subordinada a um acontecimento futuro e incerto.*

<sup>130</sup> C. civ. moz. art. 2297 : *Substituição pupilar - 1. O progenitor que não estiver inibido total ou parcialmente do poder paternal tem a faculdade de substituir aos filhos os herdeiros ou legatários que bem lhe aprouver, para o caso de os mesmos filhos falecerem antes de perfazer os dezoito anos de idade: é o que se chama substituição pupilar. 2. A substituição fica sem efeito logo que o substituído perfaça os dezoito anos, ou se falecer deixando descendentes ou ascendentes.*

anomalie psychologique<sup>131</sup>. 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<sup>132</sup>. Ces deux derniers types de substitutions ne pourront cependant concerner que les biens que le substitué aura acquis durant la vie du testateur<sup>133</sup>.

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 africain<sup>134</sup> 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 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*<sup>135</sup> : 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

---

<sup>131</sup> C. civ. moz. art. 2298 : *Substituição quase-pupilar - 1. A disposição do artigo anterior é aplicável, sem distinção de idade, ao caso de o filho ser incapaz de testar em consequência de interdição por anomalia psíquica: é o que se chama substituição quase-pupilar. 2. A substituição quase-pupilar fica sem efeito logo que seja levantada a interdição, ou se o substituto falecer deixando descendentes ou ascendentes.*

<sup>132</sup> C. civ. moz. art. 2299 : *Transformação da substituição pupilar em quase-pupilar A substituição pupilar é havida para todos os efeitos como quase-pupilar, se o menor for declarado interdito por anomalia psíquica.*

<sup>133</sup> C. civ. moz. art. 2300 : *Bens que podem ser abrangidos - As substituições pupilar e quase pupilar só podem abranger os bens que o substituído haja adquirido por via do testador, embora a título de legítima.*

<sup>134</sup> W.J. HOSTEN *et al.*, *Introduction to South African law and legal theory*, Butterworth, 1995, p. 679 à 687.

<sup>135</sup> Af. du Sud., art. 2C : **2C Surviving spouse and descendants of certain persons entitled to benefits in terms of will**

(1) *If any descendant of a testator, excluding a minor or a mentally ill descendant, who, together with the surviving spouse of the testator, is entitled to a benefit in terms of a will renounces his right to receive such a benefit, such benefit shall vest in the surviving spouse.*

(2) *If a descendant of the testator, whether as a member of a class or otherwise, would have been entitled to a benefit in terms of the provisions of a will if he had been alive at the time of death of the testator, or had not been disqualified from inheriting, or had not after the testator's death renounced his right to receive such a benefit, the descendants of that descendant shall, subject to the provisions of subsection (1), per stirpes be entitled to the benefit, unless the context of the will otherwise indicates.*



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 (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 mécanisme<sup>136</sup> 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.

---

<sup>136</sup> 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.

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.

## **b. 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. 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 donnée<sup>137</sup>. 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<sup>138</sup> 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<sup>139</sup>. 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

---

<sup>137</sup> 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 luge.

<sup>138</sup> C. civ. mru. art. 1025 : Le testateur pourra nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires.

<sup>139</sup> C. civ. sey. art. 1025 : *The testator may appoint not more than three testamentary executors. Any executors appointed shall act as fiduciaries with regard to the rights of the persons entitled under the will, as provided by this Code, and also with regard to the distribution of the inheritance. The appointment of such executors shall be confirmed by the Court.*

confirmée judiciairement. Enfin, il sera obligatoire de nommer un exécuteur pour les testaments comportant des clauses concernant des immeubles<sup>140</sup>.

Au Mozambique, ce sont les articles 2320<sup>141</sup> 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).

En Afrique du Sud, il n'est fait référence qu'une fois à l'exécuteur testamentaire<sup>142</sup>. La consultation d'un manuel de droit sud-africain<sup>143</sup> ou la jurisprudence pour 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 leurs auront été livrés par un exécuteur<sup>144</sup>. 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

---

<sup>140</sup> C. civ. sey. art. 1026 : If the succession consists of immovable property, or of both immovable and movable property, and if the testator has not appointed a testamentary executor or if an executor so appointed has died or if the deceased has left no will, the Court shall appoint such an executor, at the instance of any person or persons having a lawful interest. A legal person may be appointed to act as an executor. But a person who is subject to some legal incapacity may not be so appointed.

<sup>141</sup> C. civ. moz. 2320 : *Noção - O testador pode nomear uma ou mais pessoas que fiquem encarregadas de vigiar o cumprimento do seu testamento ou de o executar, no todo ou em parte: é o que se chama testamentaria.*

<sup>142</sup> Af. du Sud, *Wills Act*, art. 6 : *Witness cannot be nominated as executor, etc. 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.*

<sup>143</sup> W.J. HOSTEN *et al.*, *Introduction to South African law and legal theory*, Butterworth, 1995, p. 696

<sup>144</sup> *Greenberg vs. Greenberg's Estate* 1955 3 SA 361 (A)

procédure de livraison de tels biens est cependant complexe et est régie par le *Administration of Estates Act 66 of 1965*. Si l'exécuteur testamentaire n'aura 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 consacrée<sup>145</sup>. 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 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 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, qui est également le corollaire de l'unilatéralité du testament, 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.

---

<sup>145</sup>*Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 279 à 282.

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 et sa modernité pourra être saluée ici.

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.

## §2 Les bénéficiaires

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

### a. 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<sup>146</sup>. Aussi, la disposition faite en faveur d'une personne incertaine est également nulle (C. civ. moz. art. 2185)<sup>147</sup>. 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<sup>148</sup>. Il pourra également désigner des successeurs individuellement et

---

<sup>146</sup> C. civ. moz. art. 2180 : *Expressão da vontade do testador - É nulo o testamento em que o testador não tenha exprimido cumprida e claramente a sua vontade, mas apenas por sinais ou monossílabos, em resposta a perguntas que lhe fossem feitas.*

<sup>147</sup> C. civ. moz. art. 2185 : *Disposições a favor de pessoas incertas - É igualmente nula a disposição feita a favor de pessoa incerta que por algum modo se não possa tornar certa.*

<sup>148</sup> C. civ. moz. art. 2203 : *Erro na indicação da pessoa ou dos bens - Se o testador tiver indicado erroneamente a pessoa do herdeiro ou do legatário, ou os bens que são objecto da disposição, mas da interpretação do testamento*

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'à le testateur de désigner une généralité de personnes<sup>149</sup>. 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<sup>150</sup>. 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 licite<sup>151</sup>. 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 respectées<sup>152</sup>. 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

---

*for possível concluir a que pessoa ou bens ele pretendia referir-se, a disposição vale relativamente a esta pessoa ou a estes bens.*

<sup>149</sup> C. civ. moz. art. 2225 : *Disposição a favor de uma generalidade de pessoas - A disposição a favor de uma generalidade de pessoas, sem qualquer outra indicação, considera-se feita a favor das existentes no lugar em que o testador tinha o seu domicílio à data da morte.*

<sup>150</sup> C. civ. moz. art. 2224 : *Disposições a favor da alma*

1. *É válida a disposição a favor da alma, quando o testador designe os bens que devem ser utilizados para esse fim ou quando seja possível determinar a quantia necessária para tal efeito.*

2. *A disposição a favor da alma constitui encargo que recai sobre o herdeiro ou legatário.*

<sup>151</sup> *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 259.

<sup>152</sup> *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 259 à 262.

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 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 nécessaire<sup>153</sup>.

En revanche, il est possible de « léguer à une catégorie de personnes certaines et déterminées, sans indiquer le nombre des individus dont elle compose »<sup>154</sup>. 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<sup>155</sup>. Ainsi, s'il n'a pas survécu au testateur<sup>156</sup>, 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 français<sup>157</sup>, 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<sup>158</sup>. 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<sup>159</sup>. Dans ces droits, pour ce qui est de la

---

<sup>153</sup> *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 262.

<sup>154</sup> *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 273.

<sup>155</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968, art. 28.

<sup>156</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968 art. 51 : Toute disposition testamentaire est caduque, si le bénéficiaire n'a pas survécu au testateur.

<sup>157</sup> 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.

<sup>158</sup> C. civ. moz. art. 2183 : *É nula a disposição do menos a favor de qualquer pessoa a cuja guarda esteja entregue.*

<sup>159</sup> C. civ. sey. art. 907 : *A minor, even if he attains the age of sixteen years, shall not dispose of his property, even by will, in favour of his guardian.*

*A minor who has reached full age or who has been emancipated shall not be able to dispose either by a gift inter vivos or by will, in favour of a person who has been his guardian, if the final account of the guardianship is not*

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<sup>160</sup>.

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<sup>161</sup>. La même règle se retrouve à Maurice et au Seychelles à l'article 909 de leurs Codes civils respectifs.

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<sup>162</sup>. La même règle se retrouve là encore dans les Codes civils mauricien<sup>163</sup> 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.

---

*already rendered and audited; except that the rule in the two aforementioned cases shall not apply to the ascendants who are or may have been the guardians of those minors.*

<sup>160</sup> C. civ. mru. art. 907. Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur.

Le mineur, devenu majeur ou émancipé par mariage, ne pourra disposer, soit par donation entre vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré.

Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les ascendants des mineurs, qui sont ou qui ont été leurs tuteurs.

<sup>161</sup> C. civ. moz. art. 2185 : *A nulidade estabelecida nos dos artigos anteriores [2193 et 2194] não abrange :*

*a) Os legados remuneratórios de serviços recebidos pelo menor ou pelo doente;*

*b) As disposições a favor das pessoas designadas no<sup>o</sup> 3 do artigo 2192".*

<sup>162</sup> C. civ. moz. art. 2198 : *1. São nulas as disposições referidas nos artigos anteriores, quando feitas por meio de interposta pessoa. 2. Consideram-se interpostas pessoas as designadas no no 2 do artigo 579 [Art. 579- Proibição da cessão de direitos litigiosos - 1. A cessão de créditos ou outros direitos litigiosos feita, directamente ou por interposta pessoa, a juízes ou magistrados do Ministério Público, funcionários de justiça ou mandatários judiciais é nula, se o processo decorrer na área em que exercem habitualmente a sua actividade ou profissão; é igualmente nula a cessão desses créditos ou direitos feita a peritos ou outros auxiliares da justiça que tenham intervenção no respectivo processo. 2. Entende-se que a cessão é efectuada por interposta pessoa, quando é feita ao cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, ou quando é feita a terceiro, de acordo com o inibido, para o cessionário transmitir a este a coisa ou direito cedido. 3. Diz-se litigioso o direito que tiver sido contestado em juízo contencioso, ainda que arbitral, por qualquer interessado]. »*

<sup>163</sup> C. civ. mru. art. 911. Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées.

Seront réputés personnes interposées les pères et mères, les 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.<sup>164</sup>

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<sup>165</sup>. 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 déjà cité plus haut, donne une liste non-exhaustive (par l'adjectif « notamment ») de ce que peut faire un testateur dans son testament<sup>166</sup>. 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.

---

<sup>164</sup> c. civ. mru. art. 912 : On ne pourra disposer au profit d'un étranger, que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Mauricien.

<sup>165</sup> C. civ. moz. art. 2197 : *É nula a disposição a favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério, salvo se o casamento já estava dissolvido ou os conjugues estavam separados judicialmente de pessoas e bens a data da abertura da sucessão.*

<sup>166</sup> Art. 47 - Le testateur peut, notamment, dans son testament : - instituer un ou plusieurs légataires universels appelés à recueillir l'universalité ou une partie de la succession ; - faire des legs particuliers ; - constituer une fondation ; - exhéder un ou plusieurs de ses héritiers ; - formuler des prescriptions relatives à ses funérailles et à sa mise au tombeau ; - faire entre ses enfants et descendants la distribution et le partage de ses biens ; - stipuler que son héritier ou légataire devra, à l'expiration d'un certain délai ou à son décès ou si une condition expressément stipulée se réalise, transmettre les biens ou certains biens de la succession à une ou plusieurs autres personnes qui lui seront substituées ; - confier à un des héritiers ou légataires la charge de veiller à l'exécution du testament ; - affecter un legs d'une charge ; - faire toutes autres déclarations de volonté auxquelles la loi attache, après sa mort, des effets juridiques.

## b. 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 2001<sup>167</sup>. 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 adhéré<sup>168</sup> à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989<sup>169</sup> 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. »

---

<sup>167</sup> 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.

<sup>168</sup> Adhésion le 7 septembre 1990, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_fr), (consulté le 13 juin 2017) [en ligne]

<sup>169</sup> Nations Unies, Convention relative aux droits de l'enfant, <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, (consulté le 10 juin 2017) [en ligne]

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

Aux Comores, pour commencer par le droit le plus complexe à appréhender d’un point de vue néophyte concernant le droit musulman, 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 général<sup>170</sup>, lorsqu’il s’agit de successions testamentaires, tous les héritiers sont réservataires, car il n’est possible de disposer que du tiers<sup>171</sup>. 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 légitimes »<sup>172</sup>. Les bénéficiaires protégés en droit musulman, et donc comorien, sont de ses « héritiers légitimes » qui bénéficient des deux-tiers de la succession.

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

1. « Les héritiers légitimes mâles, qui sont au nombre de dix :

1<sup>o</sup> le fils

2<sup>o</sup> le fils du fils et les autres descendants agnats<sup>173</sup>

3<sup>o</sup> le père

4<sup>o</sup> le grand-père paternel et les autres ascendants agnats

---

<sup>170</sup> F.-P. BLANC, *Introduction historique à l’étude du droit musulman chaféite des États francophones de l’océan Indien*, Balzac éditeur, 2015, p. 357

<sup>171</sup> *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 262 : Les dispositions testamentaires ne sauraient excéder le tiers de la succession, et celles qui ont été faites en contravention de ce précepte de loi, sont réductibles à la portion disponible, sur la demande de l’héritier légitime.

<sup>172</sup> *Minhadj*, t. 2, éd. Vand Den Berg, p. 261.

<sup>173</sup> 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.

- 5<sup>o</sup> le frère
- 6<sup>o</sup> le fils
- 7<sup>o</sup> le fils du frère, à moins qu'il ne s'agisse d'un frère utérin
- 8<sup>o</sup> le frère germain ou consanguin du père
- 9<sup>o</sup> l'époux survivant non divorcé ou n'ayant pas été répudié
- (10<sup>o</sup> le patron)<sup>174</sup> ».

2. « Les héritiers légitimaires (de sexe féminin)<sup>175</sup> qui sont au nombre de sept :

- 1<sup>o</sup> la fille
- 2<sup>o</sup> la fille du fils et les autres descendantes du fils pourvu qu'elles soient des agnates
- 3<sup>o</sup> la mère
- 4<sup>o</sup> la grand-mère et les autres descendantes qui vont être mentionnées dans la Section V du présent livre<sup>176</sup>
- 5<sup>o</sup> la sœur
- 6<sup>o</sup> l'épouse survivante, non divorcée ou répudiée
- (7<sup>o</sup> la patronne)<sup>177</sup> ».

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 Indien*<sup>178</sup>, que cela est logique car permettrait de privilégier un héritier à *fardh* (*i. e.* les héritiers légitimaires vus ci-dessus), qui est un héritier par le sang de sexe masculin et féminin<sup>179</sup> qui verrait sa quote-part excéder celle que lui

---

<sup>174</sup> Disposition obsolète car faisant référence à l'esclavage.

<sup>175</sup> "de sexe féminin" n'est pas précisé dans le texte du *Minhadj* de l'éd. Van Den Berg.

<sup>176</sup> *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 234.

<sup>177</sup> Disposition obsolète car faisant référence à l'esclavage.

<sup>178</sup> F.-P. BLANC, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien*, Balzac éditeur, 2015, p. 431

<sup>179</sup> F.-P. BLANC, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien*, Balzac éditeur, 2015, p. 360 : pour résumer, « il peut être homme ou femme, proche ou éloigné de l'auteur

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 cognat<sup>180</sup> 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<sup>181</sup> 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.

---

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* ».

<sup>180</sup> F.-P. BLANC, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien*, Balzac éditeur, 2015, p. 403 : ceux « dont la lignée de parenté avec le *de cuius* est interrompue par un héritier de sexe féminin ». Exemples : la fille de la fille, la petite-fille de la fille de son fils.

<sup>181</sup> C. civ. sey. art. 908 : *Natural children shall not receive anything by way of gift inter vivos or by will from their father or mother beyond what is granted to them by the aforementioned articles 759 and 760 if the grantor was married to another person at the time of their conception.*

*Nevertheless, the action for a reduction, shall only be brought by the spouse, or the issue of that marriage, as the case may be, but only after the opening of the succession.*

[V. C. civ. sey. art. 759 : *Natural children whose father or mother at the time of their conception was married to another person, shall not exclude the latter from his or her rights to the succession of the deceased, as laid down in articles 765 and 766 below:*

*Provided, in that case, that the surviving spouse shall be entitled to all the personal chattels of the deceased and his share in the remainder of the succession shall be reduced to one half. The same rule shall apply if the deceased spouse has left, instead of natural children, a natural father and mother, or one of them.*

*The distribution of the succession shall be made in accordance with the order of succession applicable on the day of the death, disregarding any waivers.*

V. C. civ. sey. art. 760 : *Natural children, whose father or mother, at the time of their conception, was married to another person, shall be entitled to succeed together with any legitimate children of that marriage; in that case, however, the share of each such natural child shall be one half of what it would have been if all the children of the deceased had been legitimate.*

*The part of the share of each such natural child, which does not accrue to him by reason of the foregoing provisions of this article, shall accrue to the legitimate children of the marriage which is affected by the adultery; it shall be divided amongst the legitimate children of that marriage in proportion to their hereditary parts.]*

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 exhériter 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<sup>182</sup>. Aucune mention n'est cependant faite concernant la protection du conjoint survivant dans 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 dans la Section 1<sup>ère</sup> du second Chapitre de cette partie, 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

---

<sup>182</sup> C. civ. moz. art. 2166 : *Deserdação - 1. O autor da sucessão pode em testamento, com expressa declaração da causa, deserdar o herdeiro legítimo, privando-o da legítima, quando se verificar alguma das seguintes ocorrências:*

*a) Ter sido o sucessível condenado por algum crime doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão, ou do seu cônjuge, ou algum descendente, ascendente, adoptante ou adoptado, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão;*

*b) Ter sido o sucessível condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas; c) Ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos. 2. O deserdado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais.*

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 arrêts<sup>183</sup>, 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 mœurs 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 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 ; (...)»<sup>184</sup>

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* dispose expressément que le fait qu'une personne soit née en dehors des liens du mariage doit être ignoré concernant les testaments<sup>185</sup>. 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.

---

<sup>183</sup> 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).

<sup>184</sup> Cour suprême de Madagascar, Formation de contrôle, 14 mai 2002, 51/96-CO.

<sup>185</sup> Af. du Sud, art. 2D (1) (b) : *the fact that any person was born out of wedlock shall be ignored in determining his relationship to the testator or another person for the purposes of a will*

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<sup>186</sup> 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 cujus*<sup>187</sup>. 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<sup>188</sup>. 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. 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.

---

<sup>186</sup> C. civ. mru. art. 767 : Le conjoint survivant succède au même rang qu'un enfant.

Il concourt avec le ou les enfants au partage, par égales portions, de la succession de l'époux défunt.

<sup>187</sup> C. civ. mru. art. 768 : Nonobstant les droits des héritiers réservataires et sous réserve des dispositions de l'alinéa 3, le conjoint survivant dispose, en outre, d'un droit d'usufruit sur l'immeuble, sur les meubles meublants et sur les droits immobiliers qui appartenaient au défunt et qui, au jour du décès, servaient au logement principal du ménage, au cas où ceux-ci auraient une valeur totale supérieure au montant de la part effectivement dévolue au conjoint survivant, compte tenu des libéralités et des dispositions testamentaires et ne pourraient ainsi lui être entièrement attribués en application des articles 767 et 770.

Lorsque l'immeuble, les meubles meublants et les droits immobiliers servant, au jour du décès, au logement principal du ménage, appartenaient à la communauté, le conjoint survivant dispose d'un droit d'usufruit sur ces biens dès lors que la part qui lui est effectivement dévolue, compte tenu des libéralités et des dispositions testamentaires, est inférieure à la moitié de la valeur totale de ceux-ci.

Lorsque le conjoint survivant exerce son droit d'usufruit, la part d'héritage qui lui est effectivement dévolue en application des articles 767 et 770 doit être préalablement et obligatoirement imputée sur l'immeuble, les meubles meublants et les droits immobiliers visés à l'alinéa premier, à l'exclusion de tous autres biens de la succession.

**Le droit d'usufruit prévu par le présent article ne peut être réduit ou supprimé ni par les dispositions testamentaires du défunt ni par l'effet des libéralités consenties par celui-ci.**

<sup>188</sup> C. civ. mru. 769 : 769. Sous réserve des dispositions de l'alinéa 4 de l'article 768, le conjoint survivant n'est pas un héritier réservataire.



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.

## **Section 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 (§1) que du point de vue de l'objet sur lequel peut porter le testament, qui doit être quant à lui déterminé (§2).

### **§1 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 (a), qui est une trilogie qui revient de façon constante. Aussi, comme pour le bénéficiaire qui a été étudié plus haut, l'objet sur lequel porte un testament doit être déterminé (b) afin que le légataire puisse le recevoir.

#### **a. 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. HOSTEN<sup>189</sup> 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*<sup>190</sup> ou *pro non scripto*<sup>191</sup>. 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<sup>192</sup> doivent avoir un but licite<sup>193</sup> », si le vocable « licite » peut englober « ordre public »

---

<sup>189</sup> W.J. HOSTEN *et al.*, *Introduction to south-african law and legal theory*, Butterworth, 1995, p. 677

<sup>190</sup> Contraire aux bonnes mœurs.

<sup>191</sup> Considéré non-écrit.

<sup>192</sup> 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.

<sup>193</sup> *Minhadj*, t. 2, éd. Van Ben Berg, p. 259

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 ajouter rien de plus.

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<sup>194</sup>. 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)<sup>195</sup>. 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*<sup>196</sup>, ou encore d'obliger un légataire à se marier ou à ne pas se marier<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> C. civ. moz. art. 2186 : *Fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes*  
*É nula a disposição testamentária, quando da interpretação do testamento resulte que foi essencialmente determinada por um fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.*

<sup>195</sup> C. civ. moz. art. 2230 : *Condições impossíveis, contrárias à lei ou à ordem pública ou ofensivas dos bons costumes* 1. *A condição física ou legalmente impossível considera-se não escrita e não prejudica o herdeiro ou legatário, salvo declaração do testador em contrário.* 2. *A condição contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes, tem-se igualmente por não escrita, ainda que o testador haja declarado o contrário, salvo o disposto no artigo 2186.*

<sup>196</sup> C. civ. moz. art. 2232 : *Condições contrárias à lei - Consideram-se contrárias à lei a condição de residir ou não residir em certo prédio ou local, de conviver ou não conviver com certa pessoa, de não fazer testamento, de não transmitir a determinada pessoa os bens deixados ou de os não partilhar ou dividir, de não requerer inventário, de tomar ou deixar de tomar o estado eclesiástico ou determinada profissão e as cláusulas semelhantes.*

<sup>197</sup> C. civ. moz. art. 2233 : *Condição de casar ou não casar - 1. É também contrária à lei a condição de que o herdeiro ou legatário celebre ou deixe de celebrar casamento.* 2. *É, todavia, válida a deixa de usufruto, uso, habitação, pensão*

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<sup>198</sup>. Cela permettra notamment d'apporter des restrictions à l'application de l'institution du *masimandidy* qui sera étudiée plus loin.

Aux Seychelles, on retrouve la même restriction à l'article 900<sup>199</sup>. La mention des mœurs n'a pas été reprise dans la traduction anglaise et semble avoir été remplacée par le terme « *public policy* ».

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<sup>200</sup>. 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

---

*ou outra prestação contínua ou periódica para produzir efeito enquanto durar o estado de solteiro ou viúvo do legatário.*

<sup>198</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968, art. 28 : 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.

Toutefois la nullité d'une disposition n'entraîne la nullité d'autres dispositions contenues dans le même testament que lorsqu'un lien évident et nécessaire existe entre l'exécution de la disposition nulle et celle de ces autres dispositions.

<sup>199</sup> C. civ. sey art. 900 :1. *In every disposition inter vivos or by will, impossible conditions or conditions which are against the law or public policy shall be deemed unwritten.* (...).

<sup>200</sup> C. civ. mru. art. 900 : Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites.

liberté de faire des actes juridiques, comme l'envisageait C. BAHUREL dans sa thèse sur *Les volontés des morts*<sup>201</sup>. 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 disparaître<sup>202</sup> à l'heure actuelle.

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

## **b. 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, ne 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<sup>203</sup>. 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<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 26

<sup>202</sup> V. not. C. cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 17 décembre 2015, n<sup>o</sup> de pourvoir : **14-29549** et le fait que l'adultère en droit français ne semble plus être contraire aux bonnes mœurs.

<sup>203</sup> C. civ. moz. art. 2158 : *Legítima dos filhos – 1. A legítima dos filhos é de metade da herança se existir um só filho, e dois terços se existirem dois ou mais.*

*2. Concorrendo filhos legítimos ou legitimados e filhos ilegítimos, a repartição entre eles faz-se nos termos declarados no n<sup>o</sup>2 do artigo 2139.*

<sup>204</sup> C. civ. moz. art. 2162 : *Cálculo da legítima -1. Para o cálculo da legítima, deve atender-se ao valor dos bens existentes no património do autor da sucessão à data da sua morte, ao valor dos bens doados, às despesas sujeitas a colação e às dívidas da herança. (...)*

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<sup>205</sup>. Ainsi, s'il n'y a aucun ascendant ou descendant, les libéralités pourront épuiser la totalité des biens<sup>206</sup> 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<sup>207</sup>.

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<sup>208</sup>.

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 tiers<sup>209</sup>, et par conséquent, la quotité disponible est de deux tiers. En effet, le *Minhadj* dispose que « les dispositions testamentaires ne sauraient

---

<sup>205</sup> C. civ. mru. art. 913 : Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant; le tiers, s'il laisse deux enfants; le quart s'il en laisse trois ou un plus grand nombre.

<sup>206</sup> C. civ. mru. art. 916 : A défaut d'ascendants et de descendants, les libéralités par actes entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens.

<sup>207</sup> c. civ. mru. art. 919 : La quotité disponible pourra être donnée en tout ou en partie, soit par acte entre vifs, soit par testament, aux enfants ou autres successibles du donateur, sans être sujette au rapport par le donataire ou le légataire venant à la succession, pourvu qu'en ce qui touche les dons la disposition ait été faite expressément à titre de préciput et hors part.

La déclaration que le don est à titre de préciput et hors part pourra être faite, soit par l'acte qui contiendra la disposition soit postérieurement dans la forme des dispositions entre vifs ou testamentaires.

<sup>208</sup> c. civ. sey. art. 913 : *Gift inter vivos or by will shall not exceed one half of the property of the donor, if he leaves at death one child; one third, if he leaves two children; one fourth, if he leaves three or more children; there shall be no distinction between legitimate and natural children except as provided by article 915 - 1. Nothing in this Article shall be construed as preventing a person from making a gift inter vivos or by will in the terms of article 1048 of this Code.*

<sup>209</sup> 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 tander la main aux passants ».

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 »<sup>210</sup>.

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 au prochain chapitre. 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 vu précédemment, de réclamer sur l'héritage une part pour leurs entretien et besoins<sup>211</sup>. 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.

---

<sup>210</sup> *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 263.

<sup>211</sup> *Carelse vs. Estate de Vries* (1906) 23 SC 532.

## §2 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 caduc<sup>212</sup>. Ce sera notamment le cas en droit mauricien et seychellois (C. civ. mru.<sup>213</sup> 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 valides<sup>214</sup>.

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<sup>215</sup> 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,

---

<sup>212</sup> 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.

<sup>213</sup> C. civ. mru. art. 1042 : Le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur. Il en sera de même, si elle a péri depuis sa mort, sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire.

<sup>214</sup> Revoir not. C. civ. mru. art. 900 (et aussi C. civ. sey. art. 900 traduit en anglais) : Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites.

<sup>215</sup> C. civ. moz. art. 1021 : 1021. Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas.



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 fermentation<sup>216</sup>. 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.

---

<sup>216</sup> *Minhadj*, T. 2, éd. Van Den Berg, p. 261

## **Chapitre 2 : La liberté individuelle privilégiée**

Comme il a été évoqué en introduction, la liberté individuelle est de plus en plus présente dans le testament aujourd'hui. Bien qu'elle n'est pas fait l'objet de nombreuses réformes dans le 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 (Section 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* (Section 1).

### **Section 1 : l'institution du *masi-mandidy* à Madagascar**

Comme elle a été évoquée dans les développements précédents, une grande originalité apparaît cependant à l'article 46 de la loi du 4 juillet 1968 avec l'institution du *masi-mandidy*<sup>217</sup> qui donne à toute personne la possibilité par testament de disposer librement de ses biens à qui il souhaite<sup>218</sup>. C'est une grande liberté de tester qui est ici offerte au testateur. Aussi, l'alinéa 1<sup>er</sup> 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 exhéredier une personne, ce sera possible pour lui de le faire, en l'exprimant formellement dans son testament.

---

<sup>217</sup> À prononcer : *massi-mandid'*

<sup>218</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968, art. 46 : En vertu du principe du *masi-mandidy*, et sous les réserves énoncées aux articles 54 à 57, toute personne peut, par testament disposer librement de ses biens, soit au profit d'un ou plusieurs enfants ou descendants ou membres de sa famille, soit au profit d'autres personnes physiques ou morales, soit même au profit d'un enfant rejeté.

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

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.

## **Section 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<sup>219</sup>.

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<sup>220</sup>. 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*<sup>221</sup> 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*<sup>222</sup> 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

---

<sup>219</sup> C. civ. moz. art. 2311 : *Faculdade de revogação - 1. O testador não pode renunciar à faculdade de revogar, no todo ou em parte, o seu testamento. 2. Tem-se por não escrita qualquer cláusula que contrarie a faculdade de revogação.*

<sup>220</sup> Mad., loi du 4 juillet 1968, art. 49 : Le testament est révoqué entièrement, lorsque le testateur déclare expressément, dans les formes requises pour la validité des testaments, qu'il révoque son testament. Il est révoqué partiellement lorsque le testateur, dans les mêmes formes, prend une disposition qui ne peut être exécutée en même temps qu'une clause du testament.

<sup>221</sup> W. J. HOSTEN, *Introduction to South-African law and legal theory*, Butterworth, 1995, p. 675.

<sup>222</sup> *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 278 et 279.

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 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 »<sup>223</sup>. 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.

---

<sup>223</sup> C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 22

# **BIBLIOGRAPHIE**

## **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.

## **Législations :**

### **Codes**

Code civil français.

Code civil du Mozambique<sup>224</sup>.

Code civil de Maurice.

Code civil des Seychelles<sup>225</sup>.

### **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.

---

<sup>224</sup> Accès :

<http://landwise.resourceequity.org/record/881> (consulté le 11 juin 2017) **[en ligne]**

<sup>225</sup> Accès :

<http://greybook.seylii.org/w/se/CAP33#!fragment/zoupio-Toc464194571/KGhhc2g6KGNodW5rxIVhbsSHb3JUZXBh0OnpvdXBpby1fVG9jNDY0MTk0NTcxKSxub3Rlc1F1ZXJ5OicnLHNjcm9sbEPEiMSKOiFuxLplYXLEh8SyxLTEtsS4xYfficSHU8SQdELEtJFTEVWQU5DRSx0YWI6dMSgKSk> (consulté le 11 mai 2017) **[en ligne]**

## Afrique du Sud :

*Wills Act* 7 de 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 de 1965.

## Comores :

*Minhadj, t. 2, éd. Van Den Berg*<sup>226</sup>.

## 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 testamentaire<sup>227</sup>.

Convention de Washington du 26 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international<sup>228</sup>.

## **Dictionnaires :**

Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011

## **Ouvrages :**

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

---

<sup>226</sup> Accès :

<https://archive.org/details/minhdjalib02yayiuoft> (consulté le 11 mai 2017) **[en ligne]**

<sup>227</sup> Accès :

<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=40>  
(consulté le 11 juin 2017) **[en ligne]**

<sup>228</sup> Accès : [www.unidroit.org/fr](http://www.unidroit.org/fr) (consulté le 11 juin 2017) **[en ligne]**



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

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

### **Sites internet :**

<http://commissionoceanindien.org/a-propos/qui-sommes-nous/>

[www.lexoi.fr](http://www.lexoi.fr)

[www.globalpropertyguide.com](http://www.globalpropertyguide.com)

<http://www.worldlii.org/> world legal information institute

<http://www.saflii.org/>

[www.treaties.un.org](http://www.treaties.un.org)

[www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)

[www.linguee.fr](http://www.linguee.fr)

### **Thèse :**

C. BAHUREL, *Les volontés des morts, vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, LGDJ Bibliothèque de droit privé, 2014

# TABLE DES MATIÈRES

<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>3</b>
<b>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</b> .....	<b>4</b>
<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>5</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>6</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE – Les formes du testament : entre pluralité et singularité</b> .....	<b>14</b>
<i>Chapitre 1 – La pérennité des formes classiques</i> .....	14
Section 1 – Le testament olographe.....	14
Section 2 – Le testament mystique.....	16
Section 3 – Le testament par acte public.....	21
<i>Chapitre 2 – La découverte de formes singulières</i> .....	25
Section 1 – Des formes particulières de testament.....	25
§1 Le testament sud-africain.....	26
§2 Le testament privilégié.....	27
Section 2 – Le testament international.....	30
§1 La Convention de Washington de 1973.....	30
§2 Le testament fait à l'étranger.....	34
Section 3 – L'admission de formes testamentaires interdites en droit français.....	35
§1 Le testament oral.....	35
A) Aux Comores : la forme classique du testament.....	36
B) À Madagascar : la déclaration de dernière volonté.....	37
§2 Le testament conjonctif.....	38
<b>SECONDE PARTIE – Le contenu du testament : entre restrictions et libertés</b> .....	<b>41</b>
<i>Chapitre 1 – La liberté encadrée</i> .....	41
Section 1 – L'encadrement personnel.....	42
§1 Le testateur.....	42
a. L'interdiction des substitutions.....	42
b. La nomination d'un exécuteur testamentaire.....	49
§2 Les bénéficiaires.....	52
a. La détermination des bénéficiaires.....	52
b. La protection de certains bénéficiaires.....	57
Section 2 – L'encadrement patrimonial.....	64
§1 Le respect de l'ordre public successoral.....	64
a. Une trilogie constante à respecter : l'ordre public, les bonnes mœurs et la loi.....	64

b. La réserve héréditaire .....	68
§2 La détermination de l'objet .....	71
<i>Chapitre 2 : La liberté individuelle privilégiée.....</i>	<i>73</i>
Section 1 : l'institution du <i>masi-mandidy</i> à Madagascar .....	73
Section 2 – La libre révocabilité : caractère intrinsèque du testament.....	74
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>77</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>78</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>81</b>