

# SOMMAIRE

SOMMAIRE

LISTE DES ABREVIATIONS

INTRODUCTION

## **TITRE I : LA REGLEMENTATION DES RAPPORTS FAMILIAUX**

Chapitre I : Une situation privilégiée des couples mariés : « une union protégée »

Section 1 : Le mariage : fondement de la protection du rapport entre époux

Section 2 : Le mariage : garant de la stabilité de la vie conjugale

Chapitre II : La filiation : source de droits et obligations entre parent et enfant

Section 1 : L'établissement de la filiation

Section 2 : La primauté de l'intérêt supérieur et du bien-être de l'enfant au sein de sa famille

## **TITRE II : LES FAILLES DU DROIT POSITIF MALGACHE DANS LA PROTECTION DE LA FAMILLE**

Chapitre I : Les difficultés quant à la résolution des problèmes familiaux

Section 1 : Le problème de l'application des lois à Madagascar

Section 2 : Les enjeux du divorce pour faute

Chapitre II : La vulnérabilité des enfants face à l'autorité de leurs parents

Section 1 : Une absence de contrôle de l'exercice de l'autorité parentale

Section 2 : Les prérogatives élargies des parents vis-à-vis de leurs enfants

CONCLUSION

ATTESTATION DE RECHERCHE

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIERES

## **LISTE DES ABREVIATIONS**

Art.	Article
CADBE	Charte Africaine des Droits et du Bien-être de l'Enfant
CADHP	Convention Africaine sur les Droits de l'Homme et du Peuple
C. civ	Code civil
CDE	Convention relative aux Droits de l'Enfant
CEDEF	Convention Internationale sur l'élimination de toutes les formes de Discrimination à l'égard des Femmes
CP	Code pénal
DUDH	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
Ed	Edition
LTGO	Loi sur la Théorie Générale des Obligations
ONG	Organisation Non-Gouvernementale
PACS	Pacte Civil de Solidarité
PIDESC	Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels
PIDCP	Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques
PV	Procès –Verbal
SPEM	Service de Protection de l'Enfant et des Mœurs
TPI	Tribunal de Première instance

## INDRODUCTION

En tant qu'élément naturel et fondamental de la société<sup>1</sup>, la famille mérite une préoccupation particulière de la part du législateur. La protection de la famille s'avère nécessaire pour garantir l'épanouissement de chacun de ses membres. Ces derniers pourront ensuite contribuer facilement au développement de l'Etat. Comme Portalis l'a évoqué, la famille est la pépinière de l'Etat<sup>2</sup>. Pourtant, elle se trouve, souvent, exposée à de nombreux problèmes au sein de la société tels que les crises matrimoniales, ou l'apparition d'autre structure familiale<sup>3</sup> telle que la famille monoparentale, le concubinage,...L'intervention du droit est donc nécessaire pour organiser la vie familiale. Ainsi, la protection de la famille intéresse non seulement le droit international mais aussi le droit interne. Pourtant, comme chaque Etat a sa propre notion de « famille », il est donc difficile d'imposer un droit de la famille uniforme à tous les Etats du monde. En l'espèce, l'étude concerne un des mécanismes de protection de la famille dans le droit positif malgache qui est le mariage. Toutefois, le droit français pourra servir de référence ou de comparaison dans certains cas.

Protéger la famille, c'est l'aider de manière à la mettre à l'abri des agissements de la famille, des membres de la société,... ; c'est aussi le fait de la défendre contre toute atteinte<sup>4</sup>. Même si elle n'a pas de personnalité juridique, elle doit par contre bénéficier de toutes les protections nécessaires<sup>5</sup> pour garantir et sauvegarder son intégrité et son épanouissement, ainsi que la protection des droits et le respect des obligations de tous les membres de la famille. La protection de la famille incombe en premier lieu au chef de la famille. Actuellement, dans le droit positif malgache, le mari est le chef de la famille<sup>6</sup>, mais avec la promotion des droits de la femme et la proclamation de l'égalité de genre, la femme et le mari exercent ensemble l'administration de la famille. Donc, les époux sont les premiers responsables de la protection de la famille. Toutefois, l'intervention de la société peut s'avérer nécessaire dans la mesure où parfois, il faut protéger la famille contre elle-même, d'où l'intervention du législateur malgache par le biais des lois qui règlent tous les rapports existants au sein de la famille. Enfin, la protection de la famille est aussi une affaire de l'Etat rappelons-le. Ce

---

<sup>1</sup> V. Art. 20 de la constitution malgache de 2010

<sup>2</sup> V. Portalis, cité par J. Rubellin-Devichi, « droit de la famille », Dalloz, Paris, 2001 p.2.

<sup>3</sup> V. J. RUBBELIN-DEVICHI, op.cit.

<sup>4</sup> V. Dictionnaire le Robert, Ed Poche, Mai 2017, PARIS, p. 362

<sup>5</sup> V. P. MURRAT, Droit de la famille, Ed Dalloz, 4ème Ed, Novembre 2007, Paris, P. 1261

<sup>6</sup> V. Art 54 loi 2007-022 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux du 20 août 2007

dernier doit fournir les prestations et tous les moyens nécessaires pour protéger la famille. La notion de famille est assez difficile à cerner. D'abord, elle évolue dans le temps. Au XIX<sup>ème</sup> siècle, elle était considérée comme une tribu constituée par plusieurs générations vivant sous le même toit. Il peut s'agir des grands parents, des parents, des enfants ou encore des petits enfants. Cette notion étant assez large, le code civil français a réduit la famille<sup>7</sup> en deux générations : les parents et l'enfant. Dorénavant elle est composée par les parents et les enfants. Aujourd'hui, selon le dictionnaire français « Le Robert », ce mot peut toujours avoir deux sens : un sens large qui rejoint la définition donnée au XIX<sup>ème</sup> ; et un sens restreint qui se rapproche de celui donné par le code civil français. Il définit la famille au sens large comme « l'ensemble des personnes apparentées vivant sous le même toit » et, au sens restreint, comme « un groupe de personnes unies par le sang ou les alliances » ou « un ensemble de personnes liées entre-elles par le mariage, ou par la filiation ou par l'adoption ». Dans la première définition, elle peut regrouper plusieurs générations mais c'est la dernière définition, notamment le sens strict de la famille, qui se rapproche le plus de la notion juridique de la famille que nous allons retenir au cours de cette étude. Toutefois, cette notion peut aussi varier dans l'espace. La société malgache a toujours accordé une grande importance à la notion de famille et jusqu'à nos jours, les malgaches sont enclins plutôt pour la définition de la famille au sens large. A titre d'illustration, toutes les personnes qui auront le même tombeau ancestral<sup>8</sup> se considèrent comme une grande famille, alors que ce même tombeau peut regrouper de nombreuses générations. Toutefois, au regard du droit malgache, la famille est, et a toujours été celle qui est issue d'un mariage civil<sup>9</sup>, définit par le droit positif comme « l'acte civil, public et solennel par lequel un homme et une femme qui ne sont engagés ni l'un ni l'autre dans les liens d'un précédent mariage établissent entre eux une union légale et durable dont les conditions de formation, les effets et la dissolution sont déterminés par la présente loi »<sup>10</sup>. Cette conception de la famille selon le législateur malgache ne peut donc concerner que la famille réduite au sens strict, c'est-à-dire celle formée de parents et d'enfants.

L'intérêt principal de traiter ce sujet réside d'abord dans le fait qu'il embrasse de nombreux domaines du droit de la famille comme le mariage, la filiation, l'adoption et également le droit de chaque membre de la famille pris individuellement. La protection de la

---

<sup>7</sup> V. Art 328 du code civil « Le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie a, pendant la minorité de l'enfant, seul qualité pour exercer l'action en recherche de paternité »

<sup>8</sup> Mpirayfasan-drazana

<sup>9</sup> V. M. PEDAMON, « Les grandes tendances du droit de la famille à Madagascar », p7

<sup>10</sup> V. Art 1 de la loi 2007-022 op. cit

famille par le droit permet de balancer tous les droits et intérêts en présence comme le droit de la famille en tant qu'entité, de fait, distincte de ses membres d'une part, et le droit de chaque membre de la famille, d'autre part: du père, de la mère, et des enfants. Cette étude consistera principalement en une analyse juridique de cette protection de la famille à Madagascar et ce, afin de proposer des solutions ou des améliorations si besoin. Ensuite, l'évolution du droit de la famille comme l'apparition du principe de l'égalité de genre et la fin de l'autorité paternelle ont bouleversé l'organisation de la famille tant au niveau du rapport entre époux qu'au niveau du rapport entre parents et enfant ; il est donc essentiel de voir si cette nouvelle organisation va permettre de protéger la famille.

Ainsi, au regard du droit positif malgache, le mariage offre-t-il une protection suffisante aux familles au sein de la société malgache? Les réponses à cette question nous permettront de déterminer l'effectivité du droit positif malgache dans la protection de la famille c'est-à dire si le droit s'applique dans la pratique, le cas échéant, elles nous permettront de savoir si l'ineffectivité du droit positif malgache est due à des causes inhérentes au droit lui-même, au système juridique, ou à des causes sociologiques et extra-juridique. L'approche la plus efficace pour traiter ce sujet serait d'analyser cette protection par le lien de droit qui unit chaque membre de la famille. Nous remarquerons au cours de ce travail la protection du rapport entre les époux, d'une part, et la protection du rapport entre le parent et l'enfant d'autre part. L'étude sera axée sur les rapports personnels existants au sein de la famille qui constituent le fondement de l'existence de la famille. Nous écarterons, donc, toute étude portant sur les rapports pécuniaires. Ainsi, il est primordial de commencer par démontrer la réglementation des rapports familiaux (TITRE I), avant d'analyser les failles du droit positif malgache dans la protection de la famille (TITRE II).

## **TITRE I : LA REGLEMENTATION DES RAPPORTS FAMILIAUX**

Rappelons que la définition de la famille qui sera retenue tout au long des développements qui vont suivre est celle de la famille nucléaire c'est-à-dire la famille qui comprend le ménage et les enfants<sup>11</sup>. La famille, en tant que situation juridique est le lien qui résulte du mariage, de la filiation et de l'alliance<sup>12</sup>. Considérant que ce sont les rapports conjugaux d'une part, et les rapports entre parents et enfant d'autre part, qui nous intéressent, nous allons alors aborder successivement : la situation privilégiée des couples mariés : « une union protégée » (CHAPITRE I) ainsi que la filiation : source de droits et obligation entre parent et enfant (CHAPITRE II).

---

<sup>11</sup> V. P. Malaurie, L. Aynes, « droit civil : la famille », Ed Cujas, Paris 1987, p.9

<sup>12</sup> Id

## CHAPITRE I : Une situation privilégiée des couples mariés : « une union protégée »

Il existe de nombreuses formes de célébration du mariage : le mariage coutumier, le mariage religieux et le mariage civil. Ils sont tous pratiqués à Madagascar selon le choix du couple. Mais, depuis un ordonnance du 01er octobre 1962<sup>13</sup> jusqu'à aujourd'hui, le droit malgache ne reconnaît que le couple légitime ; c'est-à-dire le couple uni par le mariage célébré selon la forme civile. Cette préoccupation particulière du droit positif malgache pour le couple légitime s'étend sur toute sa famille, notamment sur les enfants. En effet, il a toujours privilégié la situation des enfants légitimes par rapports aux enfants naturels, par exemple. Ainsi, nous allons nous intéresser principalement aux avantages que le mariage offre aux époux. D'abord, le mariage est le fondement de la protection du rapport entre époux (SECTION 1) ; ensuite, le mariage est le garant de la stabilité de la vie conjugale (SECTION 2).

### Section 1 : Le mariage : fondement de la protection du rapport entre époux

La notion de mariage est une notion très ancienne du droit de la famille. Elle a connu une grande évolution et ne cesse d'évoluer. Le code civil français ne donne pas une définition du mariage mais plusieurs auteurs proposent des définitions variables. D'abord pour Portalis<sup>14</sup>, il s'agirait d'une « société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée ». Cette définition donnée par Portalis rappelle juste les obligations des époux qui découlent du mariage lui-même. D'ailleurs, ces obligations sont reprises et maintenues par les divers textes de lois qui régissent la famille tant au niveau du droit français, qu'au niveau du droit malgache. Toutefois, la finalité du mariage pour la procréation est discutable. Cette obligation de procréer n'est pas du tout incluse, ni mentionnée dans notre droit positif, malgré la tradition malgache qui a toujours admis jusqu'à aujourd'hui que le mariage a pour finalité la procréation<sup>15</sup> et que les enfants sont indispensables pour perpétuer le culte des ancêtres<sup>16</sup>. Terre et Fenouillet donnent une définition plus précise du mariage, et

---

<sup>13</sup>Art 31 : en dehors des communes urbaines, le mariage peut être célébré suivant les traditions ; art 32 : l'accomplissement des cérémonies traditionnelles sera constatée dans un procès-verbal par un représentant de l'autorité désigné dans les conditions prévues par décret ; cité par Michel PEDAMON in « les grandes tendances du droit de la famille à Madagascar

<sup>14</sup>Portalis, cité par Pierre Murat, op.cit. p. 32

<sup>15</sup>Nyhanambadian-kiterahana : proverbe malgache selon laquelle le mariage a pour finalité la procréation

<sup>16</sup>P. CHEVALLIER cité par Michel PEDAMON op. cit

c'est cette définition qui se rapproche le plus de celle donnée par notre droit positif. Le mariage est un « acte solennel par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union dont la loi civile règle impérativement les conditions, les effets et la dissolution »<sup>17</sup>. Ils ne définissent plus le mariage par rapport aux obligations qui en découlent mais ils le définissent plutôt par rapport à sa réglementation dès sa formation jusqu'à sa dissolution. Ces deux (2) définitions sont encore valables aujourd'hui pour le droit positif malgache. Le droit français quant à lui, a connu une évolution et elles ne sont plus suffisantes. Par exemple, aujourd'hui, la France reconnaît et accepte le mariage entre deux personnes de même sexe ou le mariage homosexuel. Le mariage n'est donc plus une union entre un homme et une femme. Notre droit positif reste strict, le mariage est « l'acte civil, public et solennel par lequel un homme et une femme qui ne sont engagés ni l'un ni l'autre dans les liens d'un précédent mariage établissent entre eux une union légale et durable dont les conditions de formation, les effets et la dissolution sont déterminés par la loi »<sup>18</sup>. Il convient de faire une analyse plus approfondie de cette définition pour comprendre l'importance du mariage dans la protection des époux.

#### Paragraphe 1 : La nature juridique du mariage

Le mariage est à la fois un droit et une liberté. Il s'agit d'un droit car nul ne peut priver une personne de se marier du moment où elle remplit les conditions nécessaires pour pouvoir « contracter » un mariage. A titre d'illustration, il est en principe interdit au mineur de se marier, mais toute personne qui atteint l'âge matrimonial est libre de se marier à tout moment. La liberté matrimoniale permet d'abord à chaque individu de choisir librement s'il veut s'engager ou non dans un mariage. Elle le permet aussi de déterminer en toute liberté son conjoint. Comme toute liberté, la liberté matrimoniale a ses limites. Elle ne doit pas porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Le fait que le mariage est un droit-liberté ne pose pas de problème du point de vue juridique, mais la détermination de la nature juridique du mariage est au cœur des grands débats doctrinaux. Le mariage est-il un contrat ou une institution ?

Rappelons, tout d'abord, que le contrat est un accord de volonté<sup>19</sup> qui crée des effets juridiques. Tout contrat fait naître des droits et obligations à l'égard de chaque partie. Cette définition peut être appliquée au mariage puisque le mariage est formé par un accord de

---

<sup>17</sup> Terre et Fenouillet cité par Pierre Murat op. cit

<sup>18</sup> V. Art 1 de la loi 2007-022 op.cit

<sup>19</sup> V. Art 67 LTGO

volonté entre les époux. Deux personnes : un homme et une femme décident de s'engager dans les liens du mariage et de subir ensemble les devoirs et obligations qui en découlent : ce sont les effets juridiques du mariage. Parmi ces obligations, il y a entre autres l'obligation de secours et d'assistance, l'obligation de fidélité ou encore l'obligation de communauté de vie. D'ailleurs ces effets du mariage constituent l'une des protections du couple marié. Ensuite, la validité du mariage est d'abord subordonnée à des conditions relatives à la célébration d'une part ; et aux conditions classiques de la validité d'un contrat<sup>20</sup> à savoir, la capacité, la volonté des parties, un objet certain et une cause licite d'autre part. La violation de ces conditions entraîne la nullité du mariage qui est la sanction en cas de violation des conditions de validité d'un contrat. Jusqu'ici, la qualification du mariage comme étant un contrat peut être soutenu. Toutefois, si nous le considérons comme un contrat, il pourrait être résolu par mutus dissensus ou dissentiment mutuel<sup>21</sup> ou encore consentement mutuel. Certes, le droit français a fini par accepter le divorce par consentement mutuel, mais à Madagascar, le divorce par consentement mutuel est prohibé. En outre, le mariage crée un statut entre les couples : c'est le statut de gens mariés ou époux. Bien au-delà de cela, il crée une famille et assure les liens entre les époux et leurs enfants par le biais de la filiation. Bref, le mariage est la pierre angulaire de la famille. Ainsi, le mariage serait-il, donc, une institution au regard du droit malgache? Une institution est une structure sociale dont les cadres sont fixés d'avance par le législateur, sans que la volonté des intéressés intervienne<sup>22</sup>. La qualification d'une institution se fait par considération du statut qui en résulte. Or, le mariage crée de nombreux statuts comme le statut des époux, le statut des enfants qui vont naître, et la création d'une famille,... En outre, il crée entre les époux une union « légale et durable ». Cette union est reconnue, règlementée et protégée par la loi.

Donc, le mariage est bel et bien une institution. Il est bien plus qu'un contrat. Certes, il s'agit d'un accord de volonté mais il ne s'agit que d'une volonté d'adhérer à un modèle légal préétabli par le législateur

---

<sup>20</sup> V. Art 64 id

<sup>21</sup> V. P. Malaurie et L. Aynes, « la famille », Ed lextenso, 3ème Ed, Paris, 2009, p.57

<sup>22</sup> V. Y. BUFFELAN-LANORE et Virginie Larribau –Terneyre « Droit civil » Introduction Biens Personnes Famille, Dalloz 15e édition, 2007 p. 583

## Paragraphe 2 : La différence entre le mariage civil et les autres formes de mariage

### A- Les unions non-appréhendées par le droit positif malgache

#### 1- Le mariage religieux

Le mariage religieux est celui qui est célébré devant un ministre de culte. Il est libre, il n'est pas obligatoire. Cela découle tout d'abord du principe de la liberté de religion qui est garantie par la constitution<sup>23</sup> malgache de 2010. En effet, chacun a sa croyance, il y a les chrétiens, les musulmans, les bouddhistes,... et même les athées, et il est quasiment impossible d'imposer à tous ces citoyens de célébrer un mariage sous la forme religieuse. D'abord, chacun a sa religion, et la célébration d'un mariage diffère d'une religion à une autre. Cette faculté résulte aussi du principe de la laïcité de l'Etat Malagasy. La laïcité est la séparation entre les affaires de l'Etat et les affaires de l'église. Ainsi, cette forme de mariage n'est pas valable à Madagascar au même titre que le mariage civil. Toutefois, la célébration du mariage religieux n'est pas interdite, elle est seulement soumise à des conditions. En effet, il ne pourra être célébré qu'après l'accomplissement de la cérémonie devant l'officier d'état civil. Chaque responsable de culte a l'obligation de vérifier l'acte du mariage civil des époux avant de célébrer un mariage religieux. La violation de cette règle par le ministre du culte est constitutive d'une infraction pénale<sup>24</sup>.

#### 2- Les fiançailles

La célébration d'un mariage est souvent précédée des fiançailles. Il s'agit d'une promesse réciproque que se font deux personnes de se marier<sup>25</sup>. Les fiançailles en soi ne posent pas de problème lorsqu'ils sont suivis de la célébration du mariage. Toutefois, la question sur la valeur juridique des fiançailles doit être soulevée puisqu'il s'agit d'une situation qui n'a pas les mêmes valeurs que le mariage. Le droit français et le droit malgache, par exemple, ne reconnaissent pas les fiançailles comme une institution faisant naître des droits et obligations entre les fiancés. Pour ces deux législations, les fiançailles n'ont pas de valeur juridique. Le problème surgit alors en cas de rupture des fiançailles. La doctrine minoritaire comme

---

<sup>23</sup> V. Art 10 de la constitution malgache de 2010

<sup>24</sup> V. ART 199 CP : Tout ministre d'un culte qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage, préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera, pour la première fois, puni d'une amende de 100 000 Ariary à 450 000 Ariary

<sup>25</sup> V. J. Rubellin-Devichiop. cit. p. 19

Monsieur Laurent Leveneur<sup>26</sup>, défend la thèse selon laquelle les fiançailles seraient un acte juridique c'est-à-dire un contrat. Dans ce cas, les fiancés sont tenus d'une obligation de contracter mariage. La non-exécution de cette obligation ou la rupture de la promesse serait sanctionnée par le paiement des dommages et intérêts. Cette position doctrinale est contestée. La majorité des auteurs et des législateurs dénie toute valeur juridique des fiançailles<sup>27</sup>. Ils sont et resteront une simple promesse de mariage qui ne crée pas des obligations contractuelles. En outre, sa réalisation n'est pas certaine. En effet, chaque fiancé dispose d'un droit de rompre. Ils ne sont pas obligés de contracter ledit mariage. Ils peuvent décider de dissoudre la promesse d'un commun accord ou de la volonté unilatérale de l'un des fiancés. Ce droit de rompre, résulte du mariage, qui est à la fois un droit et une liberté mais non un devoir. Ainsi, la doctrine majoritaire appréhende les fiançailles comme un fait juridique c'est-à-dire un événement qui peut avoir des conséquences juridiques<sup>28</sup>. Pour la jurisprudence française, les fiançailles seraient un engagement d'honneur<sup>29</sup>. Toutefois, pour des raisons d'ordre public et pour éviter l'abus de droit de l'un des fiancés, la rupture de la promesse de mariage ne doit pas être abusive. La rupture abusive serait constitutive d'une faute pouvant entraîner la responsabilité civile de l'auteur. Le fiancé fautif devra réparer par le biais du paiement des dommages intérêts tout préjudice qui aurait été causé par sa faute. L'établissement de la preuve de cette faute est libre.

### 3- Le concubinage

Le concubinage ou union libre est le choix pour deux personnes de ne pas s'engager dans le mariage<sup>30</sup>. Il n'est pas reconnu par le droit positif malgache. Le législateur n'a prévu aucune disposition qui régisse l'union entre les concubins. Il se caractérise par l'absence totale de la volonté des époux à se soumettre aux effets du mariage. En effet, il n'y a ni droit ni obligation qui découle de cette union. Les obligations personnelles et pécuniaires telles que la fidélité, la communauté de vie ou même la contribution aux charges du mariage ne sont pas opposables aux concubins. De ce fait, ils ne bénéficient d'aucune protection légale. La formation du concubinage est libre. Il n'y a aucune condition imposée par la loi. D'ailleurs, le doyen Carbonnier a insisté sur la distinction entre le concubinage et l'union libre. D'une part,

---

<sup>26</sup>L. Leveneur, « la famille », 7e ed, 1995 Montchretien cité par Clara Bernard Xemard, « cours de droit des personnes et de la famille, EdLextenso, 3<sup>ème</sup> Edition, 2017-2018 p.233

<sup>27</sup> V. C. Bernard xemard op. cit

<sup>28</sup> V. Brigitte Hess-Fallon Anne-Marie Simon, «Droit de la famille», Ed Sirey, 7<sup>ème</sup> Ed, 2009, p.29

<sup>29</sup>CA Paris, 7 octobre 1954 cité par Jacqueline RubellinDevichi op. cit. p.19

<sup>30</sup>V. Y. Buffelan-Lenore, op. cit. p.701

le concubinage est la situation dans laquelle le mariage serait impossible<sup>31</sup> c'est-à-dire prohibé par la loi. Par exemple, les couples ne remplissent pas les conditions requises pour pouvoir contracter mariage. Il peut s'agir de la capacité ou de l'existence d'une union antérieure,... Cette impossibilité peut également inclure les interdictions posées par la loi comme l'inceste ou l'homosexualité. Et d'autre part, l'union libre serait une union non-prohibée par la loi mais les concubins ont délibérément fait le choix<sup>32</sup> de ne pas s'engager. Toutefois, aujourd'hui cette distinction n'a plus beaucoup d'importance puisque les deux notions sont synonymes. L'union libre ou le concubinage est la situation des personnes qui veulent échapper aux conditions de formation du mariage et aux effets du mariage. Ainsi, les concubins se retrouvent face à de nombreux problèmes. La vie du couple est inorganisée, il en est de même de la dissolution du ménage notamment du sort des enfants et des biens acquis pendant l'union libre. S'agissant des enfants, en principe, ils auront le statut d'enfant naturel. Seule la filiation maternelle sera établie par le fait de l'accouchement. Par contre, pour que la filiation paternelle soit établie, le père de l'enfant devra recourir à la reconnaissance de son enfant, soit ce dernier devra intenter une action en déclaration de paternité. Par le biais de ces procédures, l'enfant naturel pourra voir sa filiation légitime être établie eu égard à sa situation.

En France, le pacte civil de solidarité ou Pacs a été créé pour régler la vie des couples vivant en union libre. Il définit l'organisation de la vie personnelle du couple ainsi que leurs rapports patrimoniaux.

## B- Les particularités du mariage civil :

### 1- Le caractère public et solennel du mariage

En principe, le mariage civil doit être célébré devant l'officier d'état civil. Cette exigence découle du caractère public et solennel du mariage. Par conséquent, la clandestinité d'un mariage sera sanctionnée par sa nullité. Les futurs époux doivent se présenter personnellement à la mairie le jour de la célébration. Toutefois, l'officier d'état civil pourra se déplacer pour le célébrer en dehors de la mairie<sup>33</sup>. C'est le cas lorsqu'il aura reçu une autorisation de la part du président du tribunal ou lorsqu'il y a péril imminent de mort de l'un des époux. Dans tous les cas, des vérifications doivent être faites par l'officier d'état civil avant le jour la célébration du mariage. Ces vérifications se font au vu des pièces fournies par

---

<sup>31</sup>Jean Carbonnier cité par Y. Buffelan-Lenore id

<sup>32</sup>Ibid

<sup>33</sup>V. Art 28 de la loi 2007-022 op cit

les futurs époux afin de savoir s'ils remplissent effectivement toutes les conditions requises pour pouvoir contracter mariage<sup>34</sup>. En outre, L'officier d'état civil va vérifier la capacité des futurs époux, l'inexistence d'un lien de parenté ou encore l'inexistence d'union précédente par exemple. Le jour du mariage, les futurs époux doivent encore manifester leurs consentements ; s'il s'agit d'un mineur, l'autorisation du président du tribunal, le consentement du mineur et de ses parents seront nécessaires. Les intérêts de la célébration du mariage devant l'officier d'état civil sont nombreux. D'abord, c'est pour éviter le mariage clandestin. Ensuite, elle permettra à toute personne intéressée de s'opposer au mariage en cas de connaissance de motif grave pouvant empêcher la célébration. Toutefois, un problème se pose pour les personnes vivant loin de la mairie. Le législateur malgache n'a pas manqué d'apporter une solution pour ces personnes dans les zones enclavées du pays : il s'agit du mariage célébré selon les traditions<sup>35</sup>.

## 2- Le mariage coutumier

Le mariage coutumier est le mariage célébré selon la tradition malgache. Il ne s'agit pas des fiançailles. Toutes les régions de la grande île pratiquent cette tradition et la considèrent comme suffisante pour établir le lien qui unit le couple. Dans la haute terre, par exemple, il s'agit du « Vodiondry ». En effet, après la célébration, le couple sera considéré par la société comme des « époux » bien que leur union ne bénéficiera pas d'une protection légale. Le mariage coutumier ne fait naître aucun droit et obligation entre les mariés. Ils ne bénéficient d'aucune protection légale. Le législateur malgache est totalement indifférent par rapport à la réglementation de cette relation. Ainsi, il n'intervient pas pour résoudre les problèmes au sein du couple ou en cas de séparation. Conscient de la nécessité du mariage pour la protection de la famille, le législateur malgache a donné un pouvoir au chef Fokontany pour célébrer le mariage civil dans les zones éloignées de la mairie<sup>36</sup>. Pourtant, nombreux sont les couples malgaches qui se contentent seulement de la célébration du mariage selon la tradition. L'ONG MANARINA a effectué un projet de sensibilisation des gens de la brousse, notamment dans la région du Sud de Madagascar. Le projet consistait au début, à inciter les gens à célébrer le mariage selon la forme civile. Mais il n'a pas abouti puisque la population préfère ne pas s'engager dans un mariage civil, le mariage coutumier est le seul qu'elle

---

<sup>34</sup> V. Art 11 id : A titres d'information, ces pièces sont les copies conformes des actes de naissance des futurs époux, leurs certificats de célibat,...

<sup>35</sup> V. Art 29 ibid

<sup>36</sup> V. loi 2007-022 op. cit

considère comme valable<sup>37</sup>. Le cas de ce village du Sud n'est pas un cas isolé dans le pays. En l'espèce, il s'agit de la manifestation du choix de ne pas se marier selon la forme civile en vertu de la liberté matrimoniale.

Ces deux formes de célébration du mariage sont les seules reconnues par le législateur malgache.

### 3- L'opposabilité erga omnes du mariage civil

La grande différence entre le mariage civil et les autres formes de mariage réside dans leurs effets. Il s'agit tout d'abord de la protection légale du couple marié. Les concubins et les fiancés ne bénéficient pas de cette protection légale. Ce sont des situations de fait et non une situation juridique. De ce fait, aucune disposition légale ne prévoit sa réglementation tant au niveau de la formation que concernant la dissolution. Ils ne bénéficient donc d'aucune protection légale. Contrairement à cela, la protection du couple marié se manifeste par la réglementation du rapport entre les époux dès sa formation jusqu'à sa dissolution. Le législateur a institué des dispositions pour harmoniser la vie du couple et des enfants qui vont naître de ce mariage. En outre, il s'agit de l'opposabilité du mariage. Un mariage légalement formé est opposable à tous. Après la célébration du mariage civil, la famille bénéficie de toutes les protections nécessaires pour le développement et l'épanouissement de tous les membres de la famille. A titre d'illustration, après la célébration du mariage, un second ne pourra pas être célébré avant que le premier ne soit dissout. Or, s'agissant des concubins, ils peuvent changer de partenaire sans suivre aucune formalité, voire même être en relation avec plusieurs personnes en même temps sans que l'autre puisse agir. Ces situations sont interdites pour les époux, la bigamie est interdite et l'adultère est une infraction pénale. Cette protection est dans le souci de préserver la famille reconnue sur le plan international<sup>38</sup> et national comme étant l'élément naturel et la base de toute société. Par conséquent, elle bénéficie d'une protection judiciaire à travers la judiciarisation de la famille, d'une protection par la société à travers l'intervention des membres de la famille et de la société en cas de problème familial ; et enfin, elle bénéficie d'une protection de la part de l'Etat. Madagascar a ratifié divers textes internationaux l'obligeant à protéger la famille. En outre, la constitution de 2010 de Madagascar, comme les précédentes, prévoit cette protection de la famille. Toutefois, le souci majeur de l'Etat que ce soit à Madagascar ou en France a toujours été la protection de la

---

<sup>37</sup> Information obtenue auprès de Maître TSOHARA qui a contribué à ce projet de l'ONG Manarina

<sup>38</sup> V. DUDH art8, PIDESC art 10, PIDCP art 24, CADHP art18.1

femme et de l'enfant au sein de la famille. Ainsi par exemple, l'Etat Français intervient de deux manières dans la vie familiale s'agissant de la protection de l'enfant, soit il surveille l'exercice de l'autorité parentale, soit il prend directement des mesures de protection de l'enfant au sein des centres d'accueil<sup>39</sup>. Ces mesures sont également prévues par le législateur malgache mais des problèmes se posent concernant leurs applications. Mais la famille que l'Etat malgache entend protéger est, bien évidemment, la famille légitime. Les législateurs malgaches ont toujours légiféré en ce sens. Les concubins et les fiancés, ne forment pas une famille au regard du droit positif malgache. Ainsi, il n'a prévu aucune disposition ni sur la réglementation de la vie des concubins ni sur la dissolution du concubinage.

#### 4- L'opposition à mariage et la préservation de l'ordre public

L'opposition<sup>40</sup> à mariage est une matérialisation de la protection de l'ordre public et des bonnes mœurs lors de la célébration d'un mariage. C'est un droit, voire même une obligation, pour toute personne de signaler l'officier d'état civil d'un motif pouvant empêcher la célébration d'un mariage. En principe, les personnes concernées par cette obligation sont les ascendants des futurs époux, ou toute personne dont le consentement est requis ou d'une personne déjà engagée par le mariage avec l'un des futurs époux. Toutefois, comme le mariage intéresse l'ordre public, le ministère public est également compétent pour former cette opposition. L'opposition ne doit pas être abusive, elle doit être fondée et justifiée. En effet, il doit obligatoirement s'agir d'un motif grave qui entraîne l'impossibilité de célébrer le mariage. Il peut par exemple s'agir d'une existence de lien de parenté entre les futurs époux. En effet, l'inceste est prohibée par la loi et le mariage est interdit à un certain degré de parenté. L'opposition peut également être formée quand l'un des futurs époux est encore engagé dans une union qui n'a pas encore été dissolue vue que la bigamie est prohibée par la loi. Dans tous les cas, l'opposition se fait par simple déclaration à l'officier d'état civil. L'opposant doit, saisir le Tribunal de première instance (TPI) du lieu de la célébration pour statuer définitivement sur l'opposition. La procédure se fait dans un plus bref délai. La saisine du TPI est dans les huit jours de l'opposition et ce dernier doit statuer dans les quinze jours de la réception de la requête en validation. La décision rendue par le TPI n'est susceptible que d'appel. Dans la mesure où l'opposition est validée, le mariage ne peut avoir lieu ; par contre, si elle a été rejetée, les futurs époux peuvent continuer leurs démarches sur la célébration du

---

<sup>39</sup>V. Philippe M. L. Aynes op. cit

<sup>40</sup>V. Art 13 et suivant de la loi 2007-022

mariage. Pour éviter les abus de la part de l'opposant, ce dernier pourra être condamné à des dommages-intérêts si l'opposition n'a pas été fondée.

Enfin, un tiers ou toute personne intéressée pourra intenter une action en nullité du mariage s'il a été célébré malgré l'existence d'un empêchement qui touche l'ordre public et l'intérêt général.

## SECTION 2 : Le mariage : garant de la stabilité de la vie conjugale

La liberté matrimoniale s'arrête sur le choix d'une personne de se marier ou non d'une part, et sur le choix de son conjoint d'autre part. Elle peut éventuellement aller jusqu'au choix du régime matrimonial des époux. La notion de consentement est donc très importante s'agissant du mariage. Bien au-delà de la volonté de s'engager dans un mariage, il doit obligatoirement inclure la volonté de respecter les effets et les obligations qui découlent du mariage institution : c'est « intention matrimoniale »<sup>41</sup>. A titre d'illustration, il existe les obligations réciproques imposées par la loi auxquelles les époux seront tenus après le mariage. Elles sont d'ordre public et ils ne peuvent s'y soustraire sous aucun prétexte. Nous pouvons citer entre autres le devoir de fidélité, secours, assistance, respect, communauté de vie, ou encore la contribution aux charges du mariage... Cette égalité et réciprocité des obligations entre époux découle de l'apparition du principe d'égalité de genre et de l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. En effet, l'égalité de droit entre les deux sexes s'est manifestée dans de nombreux domaines tels que le domaine social ou politique. D'ailleurs, elle est consacrée par de nombreux textes internationaux et nationaux. Le législateur malgache a donc fait l'effort de respecter cette égalité de genre lors de l'adoption des lois au niveau national s'agissant du droit de la famille.

Ainsi, il y a eu une grande évolution du droit de la famille malgache concernant notamment l'organisation de la famille. Concrètement, cette émergence des droits de la femme au sein de la famille a commencé à se manifester dans les rapports entre époux d'une part, et dans les relations entre parents et enfant d'autre part. Pourtant, la mise en place de cette égalité entre le mari et la femme n'est pas systématique. Elle doit se faire d'une manière progressive en faisant des réformes sur le droit des personnes et de la famille<sup>42</sup>. En France, par exemple, l'égalité au sein du couple marié ne s'est réalisée qu'après de nombreuses révolutions. Concernant la capacité de la femme française après le mariage, elle a pris du

---

<sup>41</sup>V. Y. BUFFELAN-LANORE op cit p.544

<sup>42</sup>V. Yvaine BUFFELAN-LANORE op.cit p.19

temps avant d'être acceptée par la société et par le droit. L'égalité « parfaite » entre les époux n'a donc pu être instaurée qu'après une série de grandes réformes. A titre d'illustration, ce n'est qu'en 1975<sup>43</sup> que l'égalité entre les époux a été mise en place concernant la direction de la famille. S'agissant du droit malgache, contrairement au droit français, le mariage n'a jamais porté atteinte à la capacité juridique de la femme<sup>44</sup>. Elle était toujours titulaire de droits, et elle pouvait les exercer. Toutefois, dans l'organisation traditionnelle de la famille, ses droits et son indépendance ont été limités. La famille malgache est une famille patriarcale qui a donné le pouvoir de chef de la famille au mari. Ainsi, la femme malgache devait se soumettre à l'autorité de son mari. D'ailleurs jusqu'à aujourd'hui, le législateur accorde toujours la qualité de chef de famille au mari<sup>45</sup>. Mais il ne s'agit que d'un titre honorifique car l'homme et la femme se retrouvent désormais sur un même pied de parfaite égalité au regard du droit malgache conformément à la CEDEF<sup>46</sup>.

Aujourd'hui, l'instauration de cette égalité entre époux est presque achevée. Le législateur malgache a adopté de nombreuses lois pour atteindre cet objectif. Nous allons faire une étude sur la manifestation de cette égalité entre époux au sein de la famille.

#### Paragraphe 1 : Egalité et réciprocité des obligations entre époux.

Les effets du mariage prévus par les articles 50 et suivant de la loi 2007-022 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux pèsent du même poids sur les deux époux. Ils ont force obligatoire. En effet, les devoirs personnels entre époux sont des obligations impératives et d'ordre public<sup>47</sup>. Les époux ne peuvent s'y soustraire en aucun cas, c'est la vocation même du mariage en tant qu'institution. Par conséquent, ils encourent les mêmes sanctions en cas de non-exécution de ces obligations.

##### 1- La cohabitation des époux au sein du domicile conjugal.

Le premier effet du mariage est la communauté de vie. Les époux doivent vivre ensemble dans la résidence conjugale qu'ils ont choisie. Cette obligation de communauté de vie est l'effet principal du mariage, les époux partageront le même toit. Le fait de quitter cette

---

<sup>43</sup>Loi du 11 juillet 1975

<sup>44</sup>V. M. PEDAMON, op cit, p.68

<sup>45</sup>V. Article 54 loi 2007-022 op.cit

<sup>46</sup>Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 ratifiée par Madagascar le 17 mars 1989.

<sup>47</sup>V. P. MURAT, op. cit. p 155

résidence commune, sans motif, peut être constitutif d'un abandon de famille<sup>48</sup>. Malgré l'instauration du « miralenta » ou égalité entre l'homme et la femme ; le législateur malgache accorde un certain privilège à la femme telle que l'octroi du droit de « misintaka », par exemple. Ainsi, la femme mariée qui exerce son droit de « misintaka » et quitte le domicile conjugal ne commet pas un délit d'abandon de famille. Toutefois, le refus de cette dernière de réintégrer le domicile conjugal malgré l'invitation du mari à rentrer ou « fampodiana » est un délit d'abandon de famille au-delà de deux mois.

Mais bien au-delà de la résidence commune, cette obligation de communauté de vie inclue également l'obligation de cohabitation charnelle ou le devoir conjugal. En effet, selon Loysel : « boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble ». Les époux doivent avoir des relations sexuelles. L'annulation du mariage est encourue lorsqu'elle n'est pas consommée. Le fait de vouloir s'y soustraire constitue un défaut d'intention matrimoniale. En outre, le devoir conjugal doit être exécuté aussi longtemps que le couple existera c'est-à-dire tout au long du mariage. Toutefois, même s'il s'agit d'une obligation, les relations sexuelles entre époux doivent toujours être volontaires. Même entre époux, le viol est interdit. Le législateur français a longtemps hésité avant de condamner le viol entre époux. En 1990, la cour de cassation française a été amenée à trancher sur une telle affaire<sup>49</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'un rapport sexuel non consenti par la femme accompagné d'actes de barbaries. La cour a alors condamné le mari pour viol. Ce n'est qu'en 2006, que le code pénal français a reconnu cette infraction<sup>50</sup>. Le droit positif malgache est encore muet en matière de viol entre époux jusqu'à aujourd'hui.

## 2- Des obligations personnelles pour le bon fonctionnement du ménage

Chacun des époux est tenu d'un devoir de fidélité, de secours, d'assistance et de respect l'un envers l'autre<sup>51</sup>. Le législateur malgache énonce ces obligations sans y apporter de précision. Il rajoute dans son alinéa deux les obligations qui concernent l'administration de la famille. Certes, ces obligations sont complémentaires et ont la même finalité, mais il importe d'abord de préciser le contenu des obligations personnelles entre époux.

---

<sup>48</sup> V. ordonnance n° 60-025 du 4 mai 1960 portant répression de l'abandon de famille qui sera puni d'un emprisonnement de trois (3) mois à un (1) an et d'une amende de cinq mille (5000) franc à deux cent mille (200 000) franc

<sup>49</sup> Cass. Crim. 5 septembre 1990 C. Bernard Xemard p 290

<sup>50</sup> Art 222-22 alinéa 2 CP français : Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués [...] quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et la victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage

<sup>51</sup> V. Art 55 al 1 de la loi 2007-022 op cit

D'abord le devoir de fidélité résulte de l'interdiction de la bigamie et de l'adultère. Le législateur insiste sur la protection des époux légitimes. Il interdit à chaque époux d'avoir d'autre partenaire. Ainsi, l'infidélité du mari et de la femme constitue le délit d'adultère passible de sanction pénale<sup>52</sup>. Pour les concubins, une telle obligation n'existe pas, ils peuvent avoir plusieurs partenaires sans que cela constitue un adultère.

Le devoir de secours et d'assistance est la manifestation de la volonté des époux à supporter ensemble le poids de la vie. Il trouve tout son sens en cas de problème ou de difficulté au sein du couple. Chaque époux a l'obligation d'aider et de soutenir son conjoint dans les difficultés de la vie quotidienne. L'aide et l'assistance entre époux sont indispensables peu importe la gravité ou la nature de la difficulté. Effectivement, il peut s'agir de difficulté financière, physique, ou même morale,... Cette obligation est essentielle pour l'administration de la famille. Le droit français sanctionne cette obligation par la réparation du préjudice engendré par l'absence de secours ou d'assistance de l'époux défaillant d'une part<sup>53</sup>. D'autre part, il pourra également être constitutif d'une faute pouvant motiver une demande en divorce. S'agissant du droit malgache, bien que le législateur n'a pas expliqué l'étendue de ce devoir, il rejoint certainement le même raisonnement que le législateur français. L'union et la solidarité en cas de difficulté ont toujours été innées au sein de la société malgache tout comme l'aide et l'assistance au sein du couple.

Enfin, le devoir de respect est le plus difficile à cerner, alors qu'il constitue un des effets les plus importants du mariage. En principe, sans respect, il ne peut y avoir mariage<sup>54</sup>. Toutefois, comme il s'agit d'une notion vague et imprécise, le devoir de respect peut englober plusieurs situations. Le législateur malgache n'ayant pas prévu des exemples de violation de ce devoir de respect, nous allons nous référer au droit français<sup>55</sup>. Le droit de respect a été inséré dans la législation française afin d'éviter les violences conjugales<sup>56</sup>. Il implique donc, d'une manière générale, l'interdiction de toute forme de brutalité qu'il s'agisse de brutalité physique ou morale. Ainsi, le devoir de fidélité peut, par exemple, être englobé dans le devoir de respect. D'une certaine manière l'infidélité peut être assimilée à une violence morale.

---

<sup>52</sup> V. Art 337 CP malgache

<sup>53</sup> V. Art 1240 ancien 1382 du code civil cité par C. Bernard Xemard, op cit p289

<sup>54</sup> V. R. ANDRIANAIVOTSEHENO, Revue de la faculté de droit, d'économie, de gestion et de sociologie, n° 1, Université d'Antananarivo, 2009, p.26

<sup>55</sup> V. Article 221 du code civil

<sup>56</sup> V. C. Bernard Xemard, op cit, p.289

Pour terminer, la non-exécution de ces obligations de la part de l'un des époux pourra être retenue comme une faute pouvant engager sa responsabilité, voire même une cause de divorce.

## Paragraphe 2 : L'administration et la direction de la famille par les époux

### A- La famille : une institution à deux chefs ?

Administrer c'est gérer tout en défendant les intérêts<sup>57</sup>. Et, « diriger », c'est conduire comme un chef. Ces définitions données par le dictionnaire français « Le Robert » sont valables s'agissant de l'administration et de la direction de la famille. L'existence d'un responsable au niveau de la famille qui veillera à ses intérêts est indispensable. Longtemps, le mari avait été le seul responsable de la famille. Il était présumé avoir le courage et la puissance nécessaire pour s'occuper de la famille. La femme, quant à elle, était dépendante de son mari<sup>58</sup>. Mais l'égalité de genre a eu des répercussions sur ce domaine tant dans le droit français que dans le droit malgache. Si avant, ce rôle était attribué exclusivement au mari, aujourd'hui, il appartient aux époux de s'assurer, ensemble, de la direction et de l'administration de la famille<sup>59</sup>. Gérer et diriger la famille, incombe de lourdes responsabilités aux époux. D'abord, ils se sont engagés entre eux. Ils doivent donc se soumettre à toutes les obligations issues du mariage. Au cours du ménage, ils seront amenés à prendre des décisions relatives à la vie conjugale.

Le premier intérêt de cette participation commune des époux à la direction et à l'administration de la famille se trouve dans la gérance de la relation entre époux et de la vie conjugale. L'exemple typique est le choix de la résidence conjugale par les époux. Mais les époux se sont également engagés à l'égard des enfants qui vont naître de cette union. D'où donc, il s'agit de la direction et de l'administration des enfants. A titre d'illustration, ils doivent élever, entretenir, nourrir et instruire leur enfant. En outre, ils prennent toutes les décisions relatives à l'enfant. En effet, les deux parents ont une responsabilité commune sur tout ce qui concerne l'enfant. Il est utile de faire remarquer que l'administration de l'enfant

---

<sup>57</sup>V. Dictionnaire Le Robert, op. cit, p.7

<sup>58</sup> V. Pierre-Dominique OLLIER, « la responsabilité civile des père et mère », librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1961, page 4

<sup>59</sup> V. Art 55 al 2 de la loi 2007-022 op cit

par ses parents s'étend aussi sur l'administration des biens appartenant à ce dernier<sup>60</sup>. Dans tous les cas, les deux époux contribuent ensemble pour accomplir ces missions. Toutefois, l'existence d'un chef étant nécessaire, le législateur malgache a pris le soin de donner ce titre au mari. Alors que pour le législateur français, la famille a deux chefs<sup>61</sup>. Dans tous les cas, la direction matérielle et morale de la famille appartient toujours aux deux époux. Mais qu'entend-on par direction matérielle et direction morale?

#### B- La direction morale et matérielle de la famille par les époux

La direction morale de la famille touche tout ce qui a trait à la moralité. Toutes les décisions prises par les époux doivent permettre l'harmonisation de la vie familiale. En outre, elles ne doivent jamais porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Cette direction est essentielle pour le développement et l'épanouissement de chaque membre de la famille d'une part, et protéger l'indépendance et l'intégrité de la famille d'autre part. Parmi la direction morale de la famille par exemple, nous pouvons citer le choix de la religion.

S'agissant de la direction matérielle de la famille, il s'agit tout d'abord du pouvoir des époux dans la règlementation de leurs affaires personnelles. Les époux décident ensemble dans toutes prises de décision concernant la famille telle que la détermination du lieu de la résidence conjugale. Il s'agit également du pouvoir des parents quant à la direction des enfants à travers l'exécution des devoirs parentaux qui leur sont attribués par l'autorité parentale. Enfin, la gestion des affaires pécuniaires de la famille rentre dans le cadre de la direction matérielle. Effectivement, les relations pécuniaires qui existent au sein de la famille ne se résument pas à la contribution des époux aux charges du mariage. Elles incluent tous les engagements et contrats conclus par les époux dans l'intérêt du ménage. Le consentement des deux époux est nécessaire dans de tel contrat. En effet, le principe est la solidarité des époux. C'est par exemple, le cas des dettes contractées pour le ménage car les époux seront tenus solidairement<sup>62</sup>. Toutefois, la contribution des époux aux charges du mariage constitue la principale ressource nécessaire pour l'administration et la direction matérielle de la famille. Il est donc indispensable de faire une analyse plus approfondie sur cette notion.

---

<sup>60</sup> V. F. ESOAVELOMANDROSO, « premières remarques sur l'autorité parentale dans la loi 200.013 » in revue de la faculté de Droit, d'Economie, de Gestion et de Sociologie, université d'Antananarivo, n°3, p.11

<sup>61</sup> V. C. Bernard Xemard, op cit p.289

<sup>62</sup> V. art 61 de la loi 2007-022 op. cit

## 1- Le contenu de la contribution aux charges du mariage

L'administration et la direction de la famille implique nécessairement des dépenses. La contribution aux charges du mariage est la participation des époux aux frais et dépenses de la famille. Les charges du mariage sont formées par toutes les dépenses occasionnées par la gestion du ménage et par l'entretien des enfants<sup>63</sup>. En principe, les époux doivent pourvoir ensemble pour tous les besoins de la famille. C'est une obligation qui découle du mariage. Le but de cette contribution est d'imposer aux époux la communauté ménagère de base<sup>64</sup> c'est-à-dire le strict minimum de contribution pour le bon fonctionnement du ménage. A titre d'illustration, peuvent constituer des charges du ménage, toutes les dépenses de la vie familiale telles que le logement, les nourritures,... ou encore toutes les dépenses occasionnées par les enfants comme les frais d'éducation, les frais de soins,... En outre, les dépenses d'agrément peuvent également être considérées comme faisant partie des charges du mariage. Il en est ainsi par exemple, des dépenses de la famille pendant les vacances, ou pour l'acquisition d'une résidence secondaire<sup>65</sup>. Toutefois, ces dépenses ne doivent pas être trop excessives, elles doivent être conformes au train de vie du couple<sup>66</sup>.

## 2- Les modalités de la contribution aux charges du mariage

En principe, la contribution aux charges du mariage est une contribution en numéraire. Chaque époux versera une somme d'argent dans le pot commun de ressources<sup>67</sup> destiné aux dépenses pour la gestion du ménage. Cette somme d'argent est déterminée d'un commun accord entre les époux. La contribution se fera alors selon leurs facultés respectives<sup>68</sup>. Le droit positif malgache n'impose pas un taux légal pour cette contribution, il insiste juste sur son caractère obligatoire.

Le refus d'un des époux de contribuer aux charges du mariage est sanctionné. La première sanction possible est le « paiement direct »<sup>69</sup> du droit français. Cette procédure existe aussi dans le droit positif malgache. Elle consiste à obliger l'époux défaillant à exécuter

---

<sup>63</sup>V. B. Hess-Fallon op cit p.71

<sup>64</sup> Id

<sup>65</sup> Civ 20 mai 1981 B. Hess-Fallon ibid p.71

<sup>66</sup> Ibid

<sup>67</sup> V. YvaineBuffelan-Lanore op cit p.604

<sup>68</sup> V. Art 57 loi 2007-022 op cit

<sup>69</sup> V. YvaineBuffelan-Lanore Id

ses obligations. L'époux demandeur déposera une requête<sup>70</sup> au Tribunal. Avant de se prononcer, le juge tiendra compte de la faculté de l'époux à contribuer aux charges du mariage. D'ailleurs, il sera amené à envisager les différentes formes de contribution dans la mesure où l'époux ne dispose pas de sources de revenus lui permettant d'assurer ses obligations. A cet effet, dans le droit français par exemple, le juge a admis la contribution en nature ou en industrie<sup>71</sup>. De toute manière, l'ordonnance qui fixe ce montant de contribution à la charge du mariage est susceptible de révision à la hausse ou à la baisse selon le changement du niveau de vie de la famille et selon la faculté des époux.

Des sanctions plus sévères seront prononcées si l'époux persiste à refuser de contribuer aux charges du mariage. D'abord, ce refus pourra être retenu comme une faute pouvant justifier le divorce. En outre, il pourra être assimilé au délit d'abandon de famille.

La contribution aux charges du mariage a pour principal objectif d'assurer le bon fonctionnement du ménage. Elle est obligatoire tant que le mariage existe. Ainsi, elle n'est pas interrompue quand la femme malgache exerce son droit de misintaka ou quand il y a séparation de fait. Par contre, elle prend fin à la dissolution du mariage.

---

<sup>70</sup>Art 57 al 2 de la loi 2007-022 op cit Il demandera l'autorisation de « [...] saisir, arrêter et toucher dans la proportion de ses besoins, tout ou partie des revenus de son conjoint [...] ». Une ordonnance du juge l'obligera alors à s'exécuter.

<sup>71</sup>V. YvaineBuffelan-Lanore op cit

## CHAPITRE II : La filiation : source de droits et obligations entre parents et enfant

Parler de « la protection de la famille » implique, nécessairement, la protection de l'enfant. Ce dernier fait partie intégrante de la famille que le législateur doit protéger. Toutefois, l'enfant étant souvent caractérisé par sa vulnérabilité et son incapacité, le législateur a confié le rôle de protecteur naturel de l'enfant à sa famille notamment ses parents. En effet, la meilleure protection des intérêts de l'enfant est sa famille. Elle a le devoir d'assurer sa survie, sa protection dans sa sécurité et son développement harmonieux<sup>72</sup>. A Madagascar, la famille élargie occupe jusqu'à aujourd'hui une grande place dans la protection de l'enfant. En l'espèce c'est la famille nucléaire qui nous intéresse. Cette responsabilité de protéger l'enfant incombe, en principe, aux parents légitimes. En effet, la seule existence d'une filiation fait naître des droits, des devoirs et des obligations entre les parents et les enfants. Toutefois, la filiation légitime n'est pas la seule reconnue par le droit positif malgache. Contrairement à l'indifférence du législateur malgache par rapport à la situation des concubins, les enfants même ceux qui sont nés hors mariage bénéficient toujours d'un minimum de protection. Ainsi, il a établi différentes sources de filiation, d'où donc, nous allons d'abord analyser l'établissement de la filiation (SECTION 1) avant d'évoquer la protection proprement dite de l'enfant par la primauté de l'intérêt supérieur et du bien-être de l'enfant au sein de sa famille (SECTION 2).

### SECTION 1 : L'établissement de la filiation

La filiation est le lien juridique qui unit un enfant à son père ou à sa mère. Il s'agit de la filiation paternelle et de la filiation maternelle<sup>73</sup>. Mais cette notion ne se limite pas à l'existence des liens du sang. Effectivement, ce lien juridique qui unit l'enfant à ses parents ne découle pas automatiquement de la filiation biologique. D'une part, la filiation peut découler de la volonté du législateur et des parties, même en l'absence de lien biologique. Il en est ainsi de la filiation établie par l'adoption qui est une filiation exclusivement juridique<sup>74</sup>. Elle crée un lien de filiation égale à celui de la filiation légitime entre deux personnes étrangères l'une de l'autre. D'autre part, la seule existence du lien de sang ne confère pas de plein droit l'existence de la filiation.

---

<sup>72</sup> V. Art 10 de la loi 2007-023 du 20 août 2007 sur les droits et la protection des enfants

<sup>73</sup> V. C. Bernard Xemard, op cit, p. 378

<sup>74</sup> V. J. Rubellin-Devichi, op.cit, p.583

## Rappel sur les modes d'établissement de la filiation

S'agissant de la filiation maternelle, elle s'établit en principe par le seul fait, l'accouchement<sup>75</sup>. C'est la solution retenue par le législateur malgache. En France, par contre, l'accouchement ne suffit pas à établir cette filiation. Effectivement, la mère a l'obligation de procéder à la reconnaissance de l'enfant pour que son nom soit indiqué dans l'acte de naissance de cet enfant<sup>76</sup>. La nécessité de cette reconnaissance est le résultat de la possibilité de l'accouchement sous X en France. Dans de tel cas, la filiation maternelle ne sera pas établie. Pour y remédier, une action en recherche de maternité a été instituée par le droit français. L'enfant peut établir par voie judiciaire sa filiation maternelle une fois que la mère biologique qui aura accouché anonymement aura été trouvée.

S'agissant de la filiation paternelle, elle est plus difficile à établir en dehors du mariage. La présomption de paternité ne joue que pour l'enfant né pendant le mariage. Le principe issu de la maxime: « Pater is est quem nuptiae demonstrant<sup>77</sup> » désigne le mari comme père d'un enfant conçu ou né pendant le mariage. Ainsi, les législateurs français et malgaches ont mis en place des procédures permettant d'établir la filiation paternelle même en dehors du mariage. Après l'établissement de la filiation, le père et l'enfant seront tenus de tous les droits et obligations qui en découlent. D'abord, le père pourra procéder à la reconnaissance de son enfant<sup>78</sup>. Il le fera volontairement par acte authentique, par acte authentifié ou encore par testament. De son côté, l'enfant pourra demander l'établissement de sa filiation paternelle par voie judiciaire<sup>79</sup>. Il ne s'agit pas de créer le lien de filiation mais de constater son existence afin qu'il puisse produire ses effets. Enfin, la filiation pourra être établie par possession d'état<sup>80</sup>. La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il dit appartenir. Pour que la possession d'état puisse s'établir, il faut la réunion du Tractatus, la fama et du nomen. Ce qui signifie que le comportement et le lien entre les présumés parents doivent être assimilés aux comportements de vrais parents. Plus concrètement, ils se traitent véritablement comme parents et enfant. Ce lien doit être véritable aux yeux de la société, et enfin, l'enfant doit porter le nom de ses présumés parents. Ces conditions sont cumulatives.

---

<sup>75</sup>V. Art 1 de la loi n° 63-022 du 20 novembre 1963 sur la filiation, l'adoption, le rejet et la tutelle

<sup>76</sup> V. C. Bernard Xemard, op. cit, p.383

<sup>77</sup> Jurisconsulte Paul cité par J. Rubellin-Devichiop.cit, p.496

<sup>78</sup>V. Article 16 loi 63-022 op cit

<sup>79</sup>V Article 23 et suivant de la loi 63 022 op cit

<sup>80</sup>V. Art 35 de la loi 63-022 op cit

Mais en plus de la réunion de ces trois éléments, la possession d'état doit être continue et exempte de vice<sup>81</sup>.

Dans tous ces cas, la filiation une fois établie, va produire les mêmes effets. Toutefois, pour des raisons d'ordre public et de bonnes mœurs, l'établissement de certains liens de filiation est interdit par le droit positif malgache.

#### Paragraphe 1: Une inégalité de traitement des enfants par le droit positif malgache

La société malgache a toujours considéré l'enfant comme un cadeau d'une valeur inestimable pour les parents. De nombreux proverbes traditionnels malgaches marquent cette importance de l'enfant au sein de la famille. Par exemple, « ny zanaka no harena<sup>82</sup> ». Les législateurs malgaches ont les mêmes points de vue s'agissant des enfants. Le droit positif est, donc, très protectrice de la famille notamment des enfants et de la femme mariée. Pourtant, nous remarquerons la suprématie de la filiation légitime à travers les diverses dispositions de la législation malgache. Ce qui entraîne une certaine discrimination à l'égard des enfants selon leurs filiations. Effectivement, le droit positif malgache opère une distinction entre enfant légitime, enfant naturel, enfant adultérin et enfant incestueux. Bien évidemment, cette distinction mène vers une inégalité de traitement.

##### A- La suprématie de la filiation légitime

La filiation légitime a toujours été privilégiée. Un enfant légitime est celui dont les parents sont unis par le mariage<sup>83</sup>. Peu importe qu'il ait été conçu pendant ce mariage ou né pendant ce mariage, il bénéficie de la filiation légitime. En effet, la présomption de paternité s'applique pour établir la filiation paternelle. Quant à la filiation maternelle, elle ne pose aucun problème. En outre, le législateur malgache prévoit des hypothèses de légitimation d'un enfant né avant le mariage de ses parents<sup>84</sup>. Ce dernier pourra établir sa filiation légitime. Il pourra bénéficier de tous les droits nés de la filiation.

La filiation naturelle, quant à elle, ne s'établit facilement, qu'à l'égard de la mère. Un enfant naturel est celui qui est issu de deux personnes non mariées ensemble à l'époque de la conception ou de la naissance<sup>85</sup>. De ce fait, seule la filiation maternelle sera établie. L'enfant

---

<sup>81</sup>V. C. Renault-Brahinsky, op. cit p.198

<sup>82</sup>« nyzanaka no harena » : littéralement un enfant est une richesse

<sup>83</sup>V. J. Rubellin-Devichi, op.cit. p.440

<sup>84</sup>V. Article 7 de la loi 63 022 op.cit

<sup>85</sup>V. J. Rubellin-Devichi id

ne bénéficiera pas de la filiation paternelle. Celui qui a conçu l'enfant pourra donc échapper aux devoirs et obligations qui lui incombent en tant qu'auteur de l'enfant. Même la maxime juridique : « qui fait l'enfant doit le nourrir » ne pourra s'appliquer. En outre, aucun lien juridique n'existe entre l'enfant et son père. Le législateur ne dispose donc d'aucun moyen qui puisse contraindre le père de l'enfant à exécuter ses obligations. Ainsi, il a institué des procédures pour pourvoir établir cette filiation paternelle pour que l'enfant puisse jouir des mêmes droits qu'un enfant légitime. En effet, après la reconnaissance de l'enfant par le père, ou après la déclaration judiciaire de paternité, la filiation paternelle sera établie avec tous ses attributs.

#### B- Une discrimination à l'égard des enfants adultérins et incestueux

La véritable inégalité de traitement se manifeste à l'égard des enfants adultérins et des enfants incestueux. La reconnaissance de ces filiations est prohibée par le droit positif malgache. Elles sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. D'abord, l'enfant adultérin est un enfant qui a été conçu alors que le père ou la mère était encore engagé dans un mariage avec une autre personne<sup>86</sup>. En guise de protection du mariage et de la famille légitime, le législateur refuse d'établir cette filiation adultérine. En effet, la reconnaissance de cet enfant par le père ne permet pas d'établir la filiation. Elle ouvre juste droit à une obligation alimentaire au profit de l'enfant. Cette solution est fondée sur l'interdiction de la bigamie et de l'adultère d'une part, et sur la préservation l'ordre public familial d'autre part. Toutefois, la filiation adultérine pourrait être établie sous certaines conditions<sup>87</sup>. La mère de l'enfant et l'épouse légitime du père de l'enfant devront approuver cette reconnaissance. Dans ce cas, il y a légitimation de la filiation adultérine. L'enfant adultérin accèdera au même titre qu'un enfant légitime. Or la société malgache est très conservateur, rares sont les cas où une femme mariée accepte la reconnaissance d'un enfant adultérin. Enfin, un enfant incestueux, est un enfant qui naît d'un homme et d'une femme entre lesquels il existe un empêchement à mariage pour cause de parenté<sup>88</sup>. Le droit positif malgache interdit le mariage entre proche parents ou alliés jusqu'au troisième degré<sup>89</sup>. Ainsi, si un enfant naît malgré cette interdiction, l'enfant sera un enfant incestueux. L'établissement de sa filiation est strictement interdit. La

---

<sup>86</sup>V. Article 334 du code civil

<sup>87</sup> Art 22 de la loi 23-022 op cit

<sup>88</sup>V. J. Rubellon-Devichi op cit

<sup>89</sup>V. Art335.3 de la loi 2007-038 du 14 janvier 2008 modifiant et complétant certaines dispositions du Code Pénal sur la lutte contre la traite des personnes et le tourisme sexuel, J.O n°3173 du 19 mars 2008 p. 1191

solution d'une telle situation est apportée par le droit français<sup>90</sup>, la filiation de l'enfant ne pourra être établie qu'à l'égard d'un seul des parents. Donc, les droits des enfants adultérins et des enfants incestueux seront réduits à une obligation alimentaire de la part de l'un des parents. Elle peut être faite volontairement par le père de l'enfant. A défaut, l'enfant pourra intenter une action aux fins de subside dans le but d'avoir droit à cette obligation alimentaire sans établir la filiation. Cette discrimination opérée par le législateur malgache est justifiée par la primauté de l'ordre public familial alors qu'elle est contraire au principe de non-discrimination à l'égard des enfants imposé par la Convention relative aux Droits de l'Enfant (CDE).

Le droit français a abandonné cette distinction. Le législateur prône l'égalité de tous les enfants. Le mariage ou le non-mariage des parents n'est plus un critère de distinction. Effectivement, cette distinction est une discrimination et elle peut porter atteinte à l'intérêt des enfants dont la filiation n'est pas établie. Ils ne pourront bénéficier pleinement des droits issus de la filiation, qu'il s'agisse de droits personnels ou de droits patrimoniaux. Un enfant adultérin par exemple, ne pourra pas accéder à la succession de son auteur. Le législateur malgache quant à lui n'est pas prêt à abandonner cette inégalité de traitement des enfants. Bien que le pays ait ratifié les conventions internationales qui luttent contre la discrimination à l'égard des enfants et pour préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, il fait primer l'ordre public familial à tous ces principes. D'ailleurs, cette solution semble être justifiée par la condamnation de l'inceste et de l'adultère, et la société malgache qui considère ces pratiques comme un comportement honteux et tabou.

### C- La particularité de la filiation établie par adoption

Enfin, une précision doit être faite s'agissant de la filiation par adoption. En principe, le statut d'un enfant adoptif est identique à celui d'un enfant légitime. L'adoptant prendra la place des parents et il bénéficiera des mêmes droits et obligations que ce dernier. Toutefois, une distinction doit être faite entre l'adoption plénière ou judiciaire et l'adoption simple. Effectivement, la filiation établie par le biais de l'adoption plénière sera calquée à la filiation légitime. La famille adoptive se substituera à la famille biologique. Elle sera la seule famille à laquelle l'enfant sera rattaché. Alors que par l'adoption simple, l'enfant adopté gardera un lien avec sa famille biologique. Les droits et obligations seront donc d'une certaine manière distribués entre les deux familles. Ainsi, les attributs de la filiation seront réduits. S'agissant

---

<sup>90</sup> V. Article 334-10 du code civil

des droits successoraux, par exemple, un enfant adopté simple ne pourra bénéficier que de la moitié de la part d'un enfant légitime<sup>91</sup>.

## Paragraphe 2 : Les attributs de la filiation

### A- Des droits et obligations entre parents et enfant

#### 1- Le droit de l'enfant à une vie familiale

Une fois établie, la filiation fait naître des droits et obligations entre parents et enfant qu'il s'agisse de parents biologiques ou de parents adoptifs. D'une part, les parents seront les titulaires de l'autorité parentale. De ce fait, ils seront tenus de remplir tous les devoirs et obligations édictés par cette autorité. Mais au-delà de l'entretien ou de l'éducation, ils sont tenus de garantir tous les droits de l'enfant au sein de la famille. Comme la filiation rattache l'enfant à sa famille, les parents ont l'obligation de garantir l'identité de l'enfant<sup>92</sup>. Il s'agit par exemple, de l'attribution du nom et de la nationalité. Pour le législateur français, le nom de l'enfant doit le rattacher à sa filiation. C'est pourquoi l'attribution du nom patronymique est obligatoire. Ce n'est pas le cas à Madagascar, les parents jouissent d'une grande liberté pour l'attribution du nom de leur enfant. La pratique actuelle du nom patronymique est établie par la suite de la colonisation du pays par la France. La nationalité quant à elle, est l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un Etat. En principe, sa transmission est automatique s'agissant de deux époux d'une même nationalité. Par contre, le problème se pose s'agissant de parents de nationalité différente. Pour Madagascar, la transmission de la nationalité du père à son enfant est automatique, par contre ce n'est qu'après la réforme du code de la nationalité Malagasy<sup>93</sup> que la femme malgache a acquis le droit de transmettre sa nationalité à son enfant.

#### 2- Une obligation de respect pesant sur l'enfant

D'autre part, les enfants seront également tenus d'une obligation, notamment le respect des parents<sup>94</sup>. Effectivement, l'organisation de la famille nécessite une hiérarchisation. Le pouvoir de commandement des parents et le devoir d'obéissance des enfants du temps de la puissance paternelle n'ont pas totalement disparu. Les réformes n'ont apporté que des limites aux pouvoirs des parents. Ils se chargent de la direction de la famille. Et les enfants doivent se

---

<sup>91</sup>V. Article 19 de la loi 68 012 DU 4 JUILLET 1968 relative aux successions, testaments et donations

<sup>92</sup>V. Article 8 CDE

<sup>93</sup> 25 janvier 2017 loi 2016-038 modifiant et complétant certaines dispositions de l'ordonnance n°60-064 du 22 juillet 1960 portant code de la nationalité malagasy

<sup>94</sup>V. Article 371 du code civil français, « un enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère

soumettre au pouvoir des parents dans la limite du respect de ses droits fondamentaux et de son intérêt. D'ailleurs en cas d'abus de la part des parents, l'enfant victime pourra exercer son droit à la participation. Il exprimera son opinion et les parents en tiendront compte selon sa faculté de discernement.

### 3- La réciprocité des droits successoraux et de l'obligation alimentaire

D'abord, l'obligation alimentaire découle de la filiation et du mariage. Son existence est basée sur un lien de parenté ou d'alliance<sup>95</sup>. Entre les époux, il se manifeste par l'obligation d'assistance et de secours que nous avons étudié précédemment. Par rapport au lien de parenté, il existe entre parent en ligne directe à tous les degrés. Elle est la continuité de l'obligation d'entretien qui pesait unilatéralement sur les parents pendant la minorité de l'enfant. A la majorité de ce dernier ou après son émancipation, il sera tenu d'une obligation alimentaire envers ses parents. Donc, il est compréhensible que cette obligation ne soit pas opposable à un enfant dont les parents n'ont pas rempli l'obligation d'entretien. En effet, le retrait de l'autorité parentale décharge l'enfant de son obligation alimentaire<sup>96</sup>. Dans le souci de protéger la famille et l'alliance qui sont créées par le mariage, cette obligation a été étendue entre alliés en ligne directe c'est-à-dire entre les gendres ou les belles-filles et à leurs beaux-parents. Toutefois, son existence sera conditionnée par l'existence du mariage.

Le fondement juridique de l'obligation alimentaire est la cohésion et la solidarité de la famille. Contrairement à l'obligation de contribution aux charges du mariage ou à l'obligation d'entretien de l'enfant qui doivent être exécutées indépendamment de la situation du débiteur, cette obligation n'existe que tant que le débiteur se retrouve dans le besoin. En outre, l'autre partie n'est tenue de l'aider que selon la faculté de ses ressources. En effet, à l'impossible, nul n'est tenu.

Ensuite, la filiation entraîne une réciprocité des droits successoraux entre l'enfant et les parents. Le législateur malgache a institué la règle de la dévolution successorale légale en l'absence de testament<sup>97</sup>. De ce fait, en cas de décès des parents, les enfants seront appelés à leurs successions et inversement dans le cas où c'est l'enfant qui décède avant ses parents sans avoir laissé d'héritier. Seuls les enfants légitimes ou les enfants naturels ayant fait l'objet d'une reconnaissance sont concernés. En aucun cas, un enfant incestueux ou adultérin ne

---

<sup>95</sup>V. J. Rubellin-Devichi op cit p.773

<sup>96</sup>V. J. Rubellin-Devichi, op cit Id

<sup>97</sup>V. Article 16 loi 68 012 op. cit

pourra accéder à la succession de leurs auteurs. Le législateur français accorde aussi beaucoup d'importance à cette réciprocité des droits successoraux entre parents.

#### B- La protection du lien de filiation

Dès que la filiation est établie, elle est irrévocable et opposable à tous. En principe, la preuve de la filiation est l'acte de naissance. Il a une force probante<sup>98</sup>. Ainsi, le père et la mère désignés par cet acte de naissance sont présumés être les parents légitimes de l'enfant. Ils bénéficieront de tous les attributs de la filiation. Tous les droits des parents et de l'enfant qui sont nés de la filiation sont opposables aux tiers. Ainsi par exemple, lorsqu'il y a un conflit entre plusieurs reconnaissances, la première en date l'emporte. En outre, la possession d'état peut également établir la filiation. Toutefois, la réunion de la fama, du tractatus et du nomen ne constitue qu'une présomption simple de filiation. Elle peut être combattue par la preuve contraire. Il en est de même de l'acte de naissance. De ce fait, l'acte de naissance et la possession d'état font foi jusqu'à preuve du contraire<sup>99</sup>. La filiation pourra donc faire l'objet d'une contestation<sup>100</sup> qu'il s'agisse de filiation maternelle ou de filiation paternelle. La contestation de la filiation maternelle fait tomber automatiquement la présomption de paternité. Ainsi, l'enfant perdra les deux filiations. Mais la contestation de la filiation paternelle fait subsister la filiation maternelle. Mais comment contester une filiation ?

L'action en contestation de filiation est un acte particulièrement grave. Elle aura pour effet d'anéantir le lien de filiation qui a existé entre deux personnes. Les droits et obligations entre les parties disparaîtront. Ainsi, lorsque l'acte de naissance est conforme à la possession d'état, aucune action en contestation de filiation n'est plus possible. Dans le cas contraire, l'action en contestation est possible. En principe, nul ne peut réclamer une filiation qui n'est pas la sienne. De ce fait, la contestation d'une filiation est toujours possible en cas de filiation établie par fraude par exemple. Elle se prouve par tout moyen et le juge tranchera souverainement sur la contestation en fonction de l'intérêt de l'enfant. Toutefois, pour des raisons d'ordre public familial et pour protéger l'enfant, le législateur malgache a préétabli des solutions en cas de conflit de paternité.

---

<sup>98</sup> V. J. Rubellin-Devichi, op. cit p.511

<sup>99</sup> V. J. Rubellin-Devichi id

<sup>100</sup> V. Art 39 et suivant de la loi 63-022 op cit

## SECTION 2 : La primauté de l'intérêt supérieur et du bien-être de l'enfant au sein de sa famille

La protection de l'enfant reste jusqu'à aujourd'hui un des grands soucis dont la communauté internationale et chaque Etat doivent faire face. Le 20 novembre 1989, l'assemblée générale des nations unies, a adopté la CDE que Madagascar a ratifié le 19 mars 1991. La ratification d'une convention internationale, rappelons-le, oblige l'Etat signataire à se conformer à toutes les dispositions imposées par ladite convention. Ainsi donc, Madagascar s'est engagé à respecter et à faire respecter les droits de l'enfant sur tout le territoire malgache. Cela devrait, en principe, commencer par la protection de l'enfant au sein de sa famille. Cette protection se manifeste par l'exercice de l'autorité parentale qui est inséparable de la notion de préservation de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'autorité parentale est une notion assez récente du droit de la famille. Elle est le fruit d'une grande évolution. Il s'agissait au tout début de la puissance paternelle qui, au fil du temps, s'est transformée en une autorité paternelle<sup>101</sup>. Dans les deux cas, le père de famille avait un pouvoir absolu sur les enfants. Cette puissance paternelle évoquait la « potestas » romaine<sup>102</sup> qui signifiait : droit à un pouvoir de domination sur la personne de l'enfant. L'autorité paternelle, quant à elle est plus favorable pour l'enfant. En effet, il ne s'agit plus de pouvoir mais d'autorité et cette autorité se trouve limitée. L'autorité paternelle est alors définie comme l'ensemble des droits et des devoirs détenus par le père dans l'intérêt de l'enfant. C'est cette définition de l'autorité paternelle qui a été retenue par les lois et les codes pour définir l'autorité parentale à sa naissance en 1970<sup>103</sup>. La seule différence réside dans le fait que la mère a désormais le pouvoir d'exercer l'autorité avec le père de famille : c'est l'autorité conjointe ou la coparentalité. Le droit malgache a adopté ce même principe que le droit français qui est l'autorité parentale exercée conjointement par le père et la mère<sup>104</sup>.

Concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, il s'agit d'une notion difficile à appréhender sur le plan juridique. Aucun texte international ou national ne donne une définition exacte de cette notion bien qu'elle occupe une place très importante dans le droit de la famille surtout s'agissant des enfants. En effet, cette notion est marquée par sa relativité et sa subjectivité<sup>105</sup>. D'une part, il s'agit d'une notion relative car elle dépend de la culture et de la conception de

---

<sup>101</sup> V. G. Marty & P. Raynaud, droit civil : les personnes, 3ème édition, 1976, n°244 page 14

<sup>102</sup> V. G. Marty & P. Raynaud Id

<sup>103</sup> V. P. MALAURIE, op cit p. 305

<sup>104</sup> V. Art 14 de la loi 2007-023 op cit

<sup>105</sup> V. F. ESOAVELOMANDROSO, op cit p.19

la famille qui peut être différente d'un Etat à un autre. D'autre part, elle est subjective car chacun a sa propre conception de l'intérêt supérieur de l'enfant. Concrètement, même à Madagascar, au sein d'une même famille, le père et la mère peuvent ne pas être du même avis en ce qui concerne l'intérêt de leur enfant.

### Paragraphe 1 :L'exercice de l'autorité parentale et la préservation de l'intérêt supérieur de l'enfant

Le droit positif malgache définit l'autorité parentale comme « l'ensemble des droits et devoirs attribués aux parents sur leur enfant jusqu'à majorité ou émancipation par le mariage ». Le législateur malgache n'a pas expressément précisé l'intérêt supérieur de l'enfant puisque cela semble une évidence. En ratifiant la CDE, L'Etat Malgache s'est engagé à se conformer aux principes directeurs de cette convention. Ainsi, en application de la pyramide de Kelsen, les conventions internationales ont une valeur supra-législative et infra-constitutionnelle. Or, le droit positif malgache a fait sien la CDE dans le préambule de sa constitution de 2010. Donc, toutes les dispositions des diverses lois malgaches portant sur les droits de l'enfant doivent se conformer aux exigences de la CDE. Effectivement, la CDE pose des principes généraux, indispensables à l'enfant auxquels l'Etat, la société et la famille doivent se soumettre. S'agissant de la famille, l'exercice de l'autorité parentale doit refléter la non-discrimination dans la mise en œuvre des droits de l'enfant, la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, le droit à la vie, à la survie et au développement et la prise en considération des opinions de l'enfant sur toute question l'intéressant. Mais quelles sont les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ?

#### A- L'exercice de l'autorité parentale

Une distinction entre « titulaire » de l'autorité parentale et « exercice » de l'autorité parentale est indispensable.

En principe, seuls les parents sont titulaires de l'autorité parentale. Il s'agit du père et de la mère de l'enfant ou de l'un d'entre eux s'agissant de la famille monoparentale. Les père et mère ont pour mission de protéger l'enfant dans sa santé, sa sécurité et sa moralité : c'est la protection de la personne<sup>106</sup>. La protection doit également porter sur son intégrité physique ou morale et surtout sur son éducation<sup>107</sup>. Pour ce faire, ils sont tenus d'une obligation de garde,

---

<sup>106</sup>V. Y. BUFFELAN-LANORE op cit p. 430

<sup>107</sup>V. Art 15 de la loi 2007-023 op cit

de surveillance, d'entretien et d'éducation envers leurs enfants. Il s'agit d'une obligation qui est un des effets du mariage contenu dans le régime primaire impératif. En principe, les époux ne pourront pas s'y soustraire volontairement. D'ailleurs, le droit français insiste sur le principe de l'indisponibilité<sup>108</sup> de l'autorité parentale qui est aussi applicable à Madagascar bien que le législateur malgache n'a pas expressément précisé. Ce principe signifie qu'aucune renonciation ni cession portant sur l'autorité parentale ne peut s'opérer. Les parents sont les seuls titulaires de l'autorité parentale en vertu de l'adage « qui fait l'enfant doit le nourrir » et en vertu des effets du mariage dans lequel ils se sont engagés. Ainsi, par exemple, l'insuffisance ou l'absence de ressources matérielles n'a jamais justifié la renonciation ou la cession de l'autorité parentale<sup>109</sup>. Toutefois, pour la préservation de l'intérêt et du bien-être de l'enfant, une délégation de l'autorité parentale sera envisageable.

La délégation de l'autorité parentale consiste à confier à d'autre personne ou une entité l'exercice de l'autorité parentale, mais les parents demeurent titulaire de cette autorité. Concrètement, il y aura un démembrement des droits et devoirs parentaux entre les parents, titulaires de l'autorité parentale et la personne délégataire qui l'exercera. La délégation de l'autorité parentale s'avère nécessaire dans la mesure où le milieu familial présente un danger pour l'enfant. Peu importe la nature du danger, dès qu'il risque de compromettre la sécurité, la moralité, la santé ou l'éducation de l'enfant, la délégation de l'autorité parentale sera justifiée. Le danger peut par exemple résulter d'une maltraitance. Rappelons que la maltraitance ne se résume pas à la violence physique, morale, ou sexuelle, mais elle inclue également l'abandon, la négligence, les mauvais traitements et l'exploitation de l'enfant. Dès lors qu'un de ces cas se présente, l'exercice de l'autorité parentale pourra être retiré aux parents. La délégation de l'autorité parentale peut être volontaire lorsque l'un des époux se trouve dans l'incapacité ou l'impossibilité de remplir ses devoirs parentaux. Dans ce cas, il confiera l'enfant à son conjoint, à un membre de la famille ou à un tiers digne de confiance. Mais la délégation pourra également être prononcée à titre de sanction à l'égard des parents défailants ou fautifs. Dans ce cas, il s'agira de la déchéance ou du retrait de l'autorité parentale<sup>110</sup>. Des mesures d'assistances éducatives seront prises par le juge des enfants afin d'éloigner l'enfant du danger au sein de sa famille.

---

<sup>108</sup> A. FOURNIE, « La protection judiciaire de l'enfance en danger », 4ème trimestre 1971 n°549-1228, p. 54

<sup>109</sup> V. Art 22 2007-023 in fine

<sup>110</sup> V. Art 22 et 24 op cit

Dans tous les cas, la délégation de l'autorité parentale est temporaire et comme les parents sont les titulaires de l'autorité parentale, la restitution de l'exercice de l'autorité parentale sera toujours possible si le milieu familial ne constitue plus un danger pour l'enfant<sup>111</sup>.

## B- Le contenu de l'autorité parentale

L'autorité parentale rassemble les droits et les devoirs des parents envers leurs enfants. Pourtant, ce sont les devoirs parentaux qui sont plus faciles à détecter. Ils sont indispensables pour que les parents remplissent leurs missions en tant que protecteur naturel de l'enfant et en tant que garant de l'intérêt et du bien-être de ce dernier. Toutefois, la particularité de l'autorité parentale c'est que ses contenus représentent à la fois des droits et des devoirs pour les parents.

### 1- Les devoirs parentaux

Les devoirs parentaux découlent des effets du mariage. Ils ont été prédéfinis par le législateur. En effet, l'autorité parentale est d'ordre public. Elle est imposée aux parents et à toute personne qui l'exerce sur l'enfant. Ils sont tenus du devoir de garde, le devoir de surveillance et le devoir d'éducation<sup>112</sup> pour pouvoir protéger l'enfant dans sa santé, sa sécurité, sa moralité et son éducation.

#### a- Une obligation d'entretien et d'éducation de l'enfant

L'entretien de l'enfant est un des principaux aspects de la fonction parentale. C'est un des engagements des parents issus du mariage<sup>113</sup>. Les parents doivent élever l'enfant et satisfaire tous ses besoins fondamentaux pour qu'il puisse se développer et devenir un adulte. Il s'agit principalement d'une obligation alimentaire. En effet, « qui fait l'enfant doit le nourrir » selon l'adage juridique de Loysel. Les parents doivent assurer à l'enfant une alimentation saine et suffisante. Il s'agit également de lui donner tous les soins nécessaires pour garantir sa santé. Les enfants doivent pouvoir bénéficier du meilleur état de santé possible. Les parents doivent prendre des mesures préventives comme des vaccins par exemple. Si l'enfant tombe malade, ils doivent lui donner des soins médicaux qui leur semble le plus adéquat et bien sûr, selon leur ressource et leur faculté financière. En effet, les parents assurent dans la limite de leurs

---

<sup>111</sup>V. A. FOURNIE, op cit, p. 44

<sup>112</sup>V. Article 371-2 du code civil

<sup>113</sup>V. Article 55 alinéa 2 de la loi n° 2007-022 op cit « [...] par le seul fait du mariage, ils contractent ensemble l'obligation de nourrir, entretenir, élever et instruire leurs enfant. Ils ont les mêmes droits parentaux et subviennent ainsi à l'éducation des enfants et préparent leur avenir »

moyens financiers et de leur possibilité les conditions nécessaires au développement de l'enfant<sup>114</sup>.

L'obligation d'entretien inclut également l'éducation. Elle se fera toujours selon la faculté financière des parents. Comme l'éducation déterminera l'avenir de l'enfant, les parents doivent les scolariser. A Madagascar, conformément aux exigences de la CDE, l'enseignement primaire est obligatoire, L'Etat organise un enseignement public, gratuit et accessible à tous<sup>115</sup>. Cependant, cette gratuité est encore discutable puisque les parents sont tenus de payer certains frais. Enfin, l'éducation de l'enfant impliquera le transfert des notions d'ordres morales et de bonnes conduites de l'enfant de la part de ses parents. Il s'agit par exemple de la notion du bien et du mal, du juste et de l'injuste. Quant au choix de la religion de l'enfant, les parents disposent d'une très grande liberté.

b- La sécurité de l'enfant :

La garde et la surveillance consistent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents. En effet, le fait d'être ensemble pour un parent et son enfant, est un élément fondamental de la vie familiale. Un enfant ne peut être totalement en sécurité qu'auprès de ses parents. La dépendance de l'enfant et sa vulnérabilité expliquent également pourquoi il doit toujours être sous la protection de ses parents. Un enfant doit donc loger avec ses parents et ne doit pas être livré à lui-même. Les parents doivent s'assurer à ce que l'enfant ne soit pas exposé aux dangers qui pourraient porter atteinte à son intégrité physique ou morale. Ils doivent prendre des précautions pour que l'enfant soit toujours en sécurité, qu'il se trouve dans le milieu familial ou en société. Ce devoir de garde est aussi un droit pour les parents. Ils peuvent exiger que l'enfant ne soit pas éloigné. En effet, seul l'existence du danger au sein de la famille pourrait justifier les mesures d'éloignement de l'enfant.

Ce sont les principaux devoirs et obligations des parents qui découlent de l'autorité parentale. En principe, ils devraient garantir la mise en œuvre des droits fondamentaux<sup>116</sup> de l'enfant, notamment le droit à la protection de l'enfant, ainsi que son droit à des prestations. Le droit de garde et de surveillance permettent la protection de l'enfant ; l'entretien et l'éducation ainsi que la santé constituent quelques-unes des prestations dont l'enfant bénéficie au sein de sa famille.

---

<sup>114</sup>Art 27 2° CDE

<sup>115</sup>V. Article 24 de la constitution de 2010

<sup>116</sup>F. ESOAVELOMANDROSO, op cit p.8

## 2- Le respect des droits fondamentaux de l'enfant au sein de sa famille

Etant un sujet de droit, un enfant a des droits comme tout Homme malgré son jeune âge. L'obligation de respecter les droits de l'enfant n'incombe pas seulement aux parents mais à la société et l'Etat également. La CDE énonce les droits fondamentaux de l'enfant. En l'espèce, nous allons nous pencher sur les droits de l'enfant au sein de sa famille. Ils se résument en trois grands principes dont le droit à la vie, à la survie et au développement, le respect de l'opinion de l'enfant et enfin, l'intérêt supérieur de l'enfant.

D'abord, un enfant a droit à la vie, à la survie et au développement harmonieux de sa personnalité<sup>117</sup>. Un enfant simplement conçu a le droit de naître. C'est pourquoi l'avortement ou l'interruption volontaire de la grossesse est sanctionnée par le code pénal malagasy comme étant une infraction pénale. Un nouveau-né a le droit de survivre jusqu'à l'âge adulte dans les meilleurs conditions de vie possible. En l'espèce, la meilleure condition de vie que les parents doivent offrir à l'enfant ne se détermine pas en fonction du niveau de vie de la famille mais en fonction du respect des droits inhérents à la personne de l'enfant. Pour ce faire, il a tout d'abord le droit de vivre et de grandir auprès de sa famille. C'est l'esprit même du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale du droit français. Un enfant ne pourra pas être éloigné ou privé de sa famille, sauf quand celle-ci présente un danger pour l'enfant en question. Mais la survie de l'enfant implique également des traitements adéquats afin de lui permettre de grandir dignement. La santé et la sécurité de l'enfant ne doivent pas être négligées car elles sont susceptibles de nuire à la vie de l'enfant. La famille doit donc l'élever, et le protéger, en aucun cas, les parents ne peuvent se débarrasser d'un enfant qu'il s'agisse d'un nouveau-né ou d'un enfant simplement conçu. En effet, la protection de l'enfant commence dès sa conception. Les parents vont s'acquitter de toutes les obligations envers l'enfant pour que ce dernier puisse s'épanouir. S'agissant du développement de l'enfant, il doit atteindre le développement physique, mental, spirituel, moral et social<sup>118</sup>. Les parents ou les personnes qui exercent l'autorité parentale sur l'enfant disposent d'une grande liberté s'agissant des questions relatives au développement de l'enfant sur tous ces domaines. Concernant l'aspect moral et social, par exemple, les parents décident de l'environnement dans lequel ils veulent que l'enfant grandisse. Il en est de même des fréquentations et de l'appartenance religieuse de l'enfant. Toutefois, ce pouvoir des parents sur leur enfant n'est pas absolu. Ils ne peuvent pas les obliger à faire ou à subir des actes dégradants ou incompatibles avec leurs dignités en tant

---

<sup>117</sup>V. Art 6 de la loi 2007-023 op cit

<sup>118</sup>V. Art 27 1° CDE

qu'être humain. Ainsi, les enfants ont le droit de vivre et de grandir à l'abri de toutes formes de violence physique, morale ou psychologique<sup>119</sup>. En outre, l'exploitation de l'enfant à des fins financières est interdite car elle constitue un grand obstacle au développement de l'enfant.

Ensuite, concernant l'opinion de l'enfant, il s'agit d'un droit garanti par la CDE. L'enfant a le droit de s'exprimer et d'exposer son avis sur toutes décisions lui concernant. Il importe de souligner qu'il ne s'agit que d'un avis facultatif. Les parents ne sont pas liés par l'avis de l'enfant. Ce droit de l'enfant prend tout son sens en cas de procédure judiciaire concernant l'enfant. En cas de procédure de divorce des parents, par exemple, l'avis de l'enfant est pris en compte par le juge pour pouvoir déterminer l'attribution du droit de garde. Evidemment, le juge décidera selon l'intérêt supérieur de l'enfant et selon la faculté de discernement de ce dernier.

Donc, l'intérêt supérieur de l'enfant est le socle de l'édifice des droits de l'enfant, comme nous avons pu le constater précédemment. Les parents qui ne remplissent pas leurs obligations envers ses enfants et qui ne respectent pas les droits de l'enfant pourront être sanctionnés. A part leur responsabilité civile et délictuelle pour faute de surveillance, une sanction plus sévère peut être prononcée dans le cas où ce sont les parents qui causent des préjudices à l'enfant ou s'ils menacent de mettre en péril cet intérêt supérieur de l'enfant.

## Paragraphe 2 : La répression des comportements fautifs des parents

En principe, l'exercice de l'autorité parentale est libre. Toutefois, les parents ou les personnes exerçant l'autorité parentale sur l'enfant sont fautifs quand ils manquent aux devoirs qui leurs ont été confiés ou quand ils abusent de leurs autorités sur l'enfant. Les sanctions diffèrent selon le cas et la gravité de la faute des parents.

### A- La responsabilité civile des parents

Le droit de garde et le droit de surveillance imposés par l'autorité parentale sont étroitement liés. D'abord, le droit de garde suppose que l'enfant doit résider chez ses parents ou chez la personne qui en est responsable. Et, le droit de surveillance permet à ces derniers d'assurer un contrôle de la vie de l'enfant comme ses agissements, ses fréquentations, ses communications, ... Ces droits représentent à la fois des obligations. Ainsi, l'enfant doit rester avec sa famille et il doit être sous le contrôle d'un responsable afin d'éviter qu'il ne cause un

---

<sup>119</sup><http://fr.africatime.com/madagascar/articles/violence-et-maltraitance-des-enfants-ligne-verte-147-disponible-pour-les-protéger> consulté en novembre 2017

dommage à autrui. Par conséquent, si un enfant cause un dommage à autrui, la personne qui exerce l'autorité parentale pourra voir sa responsabilité civile engagée. Elle devra réparer le préjudice causé par l'enfant en payant des dommages-intérêts. Le lien de causalité entre l'agissement de l'enfant et le dommage causé suffit à engager cette responsabilité. Il est important de souligner qu'il s'agit d'une responsabilité de plein droit<sup>120</sup>. Même en l'absence de faute de l'enfant, la responsabilité de toute personne titulaire de l'autorité parentale sera retenue<sup>121</sup>. De même, cette responsabilité des parents est maintenue même s'ils n'ont pas manqués à leurs devoirs de garde et de surveillance<sup>122</sup>. Seuls les cas de force majeure ou la faute de la victime pourront les exonérer de cette responsabilité.

#### B- La déchéance de l'autorité parentale

La non-exécution des obligations envers l'enfant est sévèrement sanctionnée. Ces derniers encourent la perte de l'exercice de l'autorité parentale. Dans le code civil français, le terme « déchéance » a été remplacé par le terme « retrait »<sup>123</sup>. En l'espèce, nous utiliserons les termes de déchéance de l'autorité parentale. Les effets restent les mêmes qu'il s'agisse de déchéance ou de retrait. Dès que le milieu familial présente un quelconque danger pour la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant, des mesures d'éloignement seront prises. Le principal danger au sein de la famille résulte de la maltraitance. L'enfant peut être victime de violence, de négligence, d'exploitation,... au sein de sa famille. En outre, les parents qui violent les droits de l'enfant par leurs actes ne pourront plus exercer une quelconque autorité sur celui-ci. La déchéance de l'autorité parentale pourra être totale ou partielle. Dans tous les cas, l'enfant sera éloigné de sa famille et les parents se verront ôter tous leurs droits en vertu de l'autorité parentale. Bien évidemment, la procédure doit toujours avoir pour finalité la préservation de son intérêt et de son bien-être.

Le droit positif malgache prévoit la déchéance de l'autorité parentale<sup>124</sup> notamment ses causes et ses effets. Ainsi, l'incapacité des parents est une cause de la déchéance de l'autorité parentale. Cette incapacité peut être indépendamment de la volonté des parents. Il peut résulter d'une maladie ou d'une absence justifiée par le travail par exemple. Les parents ne peuvent plus donner les prestations dont l'enfant a besoin pour survivre et pour assurer son développement que ce soit sur le plan physique, intellectuel ou moral. La décision résulte

---

<sup>120</sup>V. Y. Buffelan-Lanore op cit p90

<sup>121</sup>Arrêt Fullenwart, Cass. civ. 2e, 3 juillet 2003 Yvaine p.234

<sup>122</sup>V. Article 223 LTGO

<sup>123</sup>Loi du 5 juillet 1996 cité par Y. BUFFELAN-LANORE op cit p. 900

<sup>124</sup>V. Article 22 de la loi 2007-023 op cit

donc du défaut d'exercice de l'autorité parentale. Il peut s'agir d'une abstention volontaire ou involontaire selon la situation économique, ou sociale de la famille. Elle peut être prononcée une fois que la décision des parents de consentir à une délégation volontaire de l'autorité parentale a été constatée par le juge, les parents seront déchargés de cette autorité. La déchéance peut également être prononcée à la demande du délégataire ou de toute personne ayant connaissance de l'incapacité des parents à exercer l'autorité parentale conformément au respect de l'intérêt de l'enfant. Le délégataire est la personne qui sera bénéficiaire de l'exercice de l'autorité parentale à la place des parents. La déchéance ou le retrait de l'autorité parentale est prononcée dès que les agissements des parents sont de nature à compromettre l'intérêt supérieur de l'enfant ou de nature à l'exposer au danger. C'est le cas quand ils manifestent un désintéressement de l'enfant pendant une durée plus d'un an<sup>125</sup>. Ils laissent l'enfant livré à lui-même sans qu'un adulte n'en prenne soin. L'inconduite des parents pourra aussi justifier cette décision. Elle se manifeste par les mauvais comportements des parents qui les empêcheraient de remplir leurs devoirs parentaux. Il s'agit de l'ivrognerie habituelle par exemple. La déchéance peut frapper le père et la mère en même temps, mais la plupart du temps, elle sera prononcée à l'encontre de l'un d'entre eux au profit de l'autre.

En cas de retrait partiel, ce sera le juge qui déterminera l'étendue des pouvoirs des parents. Généralement, les parents maintiennent leurs droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation. Quant à la déchéance totale, elle porte sur l'exercice de l'autorité parentale et sur ses différents attributs tant patrimoniaux que personnels. En effet, les parents déchus perdent le droit de garde et d'éducation, ils seront incapables d'administrer et de jouir des biens de l'enfant. En outre, les enfants ne seront plus tenus de l'obligation alimentaire<sup>126</sup> à l'égard des parents fautifs. A la suite de la déchéance parentale, qu'elle soit totale ou partielle, l'exercice de l'autorité parentale sera transféré à un membre de la famille ou à un tiers digne de confiance, voire même à une institution agréée.

### C- Le prononcé des sanctions pénales

Toujours dans le souci de protéger l'enfant, des poursuites pénales peuvent désormais être engagées à l'encontre de tout auteur de maltraitance sur la personne de l'enfant, cela inclut les membres de sa famille. D'abord, la négligence des parents peut être qualifiée de délit

---

<sup>125</sup>V. A. FOURNIE, op cit, p. 54

<sup>126</sup>V. Y. BUFFELAN-LANORE op. cit0 p. 900

d'abandon de famille<sup>127</sup>. Il en est ainsi quand le mauvais comportement des parents entraîne la non-exécution de ses devoirs. La sécurité, la moralité, la santé et l'éducation de l'enfant seront compromises. Plus concrètement, il peut s'agir d'une absence d'instruction et d'éducation. L'enfant sera sans aucune protection ni encadrement. De ce fait, son développement et son épanouissement seront impossibles. Le fait de priver d'aliments ou de soins un enfant est également constitutive d'une infraction<sup>128</sup>. Cette fois-ci, il s'agit d'un acte volontaire de compromettre la santé de l'enfant. La sanction prononcée pour cette infraction est la même que celle prononcée à l'encontre des parents qui ont donné des coups violents à l'enfant. Tout acte de brutalité sur la personne de l'enfant est interdit. Le mobile importe peu, même s'ils l'ont fait dans le but de corriger l'enfant. Effectivement, le droit de correction est une prérogative des parents en vertu de leur rôle d'éducateur. Il est justifié par des raisons de discipline. Mais il ne doit ni porter atteinte aux droits de l'enfant ni être contraire à son intérêt supérieur. De ce fait, il doit se limiter à de simple châtement corporel<sup>129</sup>. Il y a une grande différence entre frapper un enfant et le battre. Les coups trop excessifs seront érigés en violence domestique en coups et blessures volontaires. Toutefois, à Madagascar, il est de coutume de frapper un enfant<sup>130</sup> en guise de punition. Il paraît donc normal de frapper un enfant et rares sont les plaintes portées contre les parents qui frappent leur enfant<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> V. Art 1 3° de l'ordonnance n° 60-025 op cit : L'auteur sera puni d'une peine d'emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 5 000 à 200 000 francs

<sup>128</sup> V. Art 312 al 6 du code pénal malgache

<sup>129</sup> V. V. BONNET, « Droit de la famille », Paradigme, 3ème Edition, 2011, p. 123

<sup>130</sup><sup>130</sup> Zanaka tiana tsy hitsitsiana rotsan-kazo : proverbe malgache qui est l'équivalent du proverbe français qui aime bien châtie bien

<sup>131</sup> Ltn RANOROMANANA Henintsoa, Officier Adjoint chef SPEM

## **TITRE II : LES FAILLES DU DROIT POSITIF MALGACHE DANS LA PROTECTION DE LA FAMILLE**

Le droit positif malgache a prévu diverses dispositions législatives qui tendent à assurer dans la mesure du possible la protection de la famille. Il a instauré des lois qui assurent la protection de la famille en imposant des règles d'organisation de cette entité, fondement de la société d'une part. Il assure aussi la protection des droits individuels de chaque membre de la famille d'autre part. Toutefois, l'effectivité du droit de la famille malgache est discutable tout d'abord concernant son application, ensuite par rapport à sa finalité qui est de protéger la famille. Ainsi, nous remarquerons les difficultés quant à la résolution des problèmes familiaux (CHAPITRE I) ; et La vulnérabilité des enfants face à l'autorité de leurs parents (CHAPITRE II).

## **Chapitre I : Les difficultés quant à la résolution des problèmes familiaux**

Force est de constater l'effort remarquable du législateur malgache à protéger la famille en imposant des règles d'organisation et en apportant une protection à chaque membre de la famille, surtout aux personnes qu'il considère comme vulnérable. Toutefois, l'application de ses mesures n'est pas toujours facile. D'abord, les mesures d'organisation de la vie familiale ne sont pas toujours respectées qu'il s'agisse du rapport entre époux ou du rapport entre parents et enfant. Ensuite, la règlementation des différends au sein d'une famille est très complexe. Pendant le mariage, les problèmes conjugaux peuvent être résolus par diverses manières, mais malheureusement la solution extrême est le divorce. Ainsi donc, nous analyserons le problème de l'application des lois à Madagascar (SECTION 1) avant de déterminer les enjeux du divorce pour faute (SECTION 2).

### **SECTION 1 : Le problème de l'application des lois à Madagascar**

Les sources du droit de la famille sont nombreuses. Certes, le droit de la famille de chaque Etat est défini par leurs identités culturelles comme les coutumes et traditions, la culture ou l'histoire, mais la place importante du droit international s'agissant du droit de la famille est incontestable. Aujourd'hui on assiste donc à une internationalisation des sources du droit de la famille<sup>132</sup>. L'adoption des diverses conventions internationales obligent « indirectement » les Etats parties à s'y conformer d'une part. L'échange des cultures favorisé par la mondialisation influence l'évolution de chaque société d'autre part. Madagascar n'échappe pas à ces circonstances. Ainsi, le législateur malgache se retrouve face à une contradiction entre ces différentes sources du droit de la famille. D'abord, la coutume est encore reconnue comme une source du droit de la famille à Madagascar. Nombreux sont les principes du droit de la famille qui sont tirés de la coutume, comme le principe du masimandidy en matière successorale, le rejet d'un enfant, ou encore le droit du misintaka de la femme malgache. Face à ces principes et ces valeurs traditionnels auxquels le législateur malgache accorde beaucoup d'importance, se trouvent les conventions internationales. Il doit, donc, résoudre cette contradiction entre les sources internationales et nationales du droit de la famille. Enfin, la mondialisation et l'émergence de nouveaux droits attachés à la personne entraîne l'existence des situations non-appréhendées par le législateur malgache. C'est aussi une situation à laquelle il devra trouver une solution.

---

<sup>132</sup>V. M. Philippe op.cit. p.31

## Paragraphe1 : Une appropriation déviée des cultures occidentales sur la notion de famille

### A- Vers une mise en conformité de la législation nationale aux conventions internationales ?

La proclamation et la protection des droits et libertés sont renforcées par les conventions internationales. En principe, selon la pyramide de Kelsen, les traités et conventions internationales ont une valeur supra-législative et infra-constitutionnelle. Une fois ratifiées, elles ont une force obligatoire dans un Etat. A moins que l'Etat ait émis des réserves ou des déclarations interprétatives, les lois et règlements doivent s'y conformer. Madagascar a ratifié différentes conventions internationales sans avoir émis ni réserve ni déclaration interprétative. En plus, en les insérant dans le préambule de la constitution, il a donné une valeur constitutionnelle à ces conventions. Ce sont celles qui ont un lien avec la protection de la famille qui nous intéresse. La DUDH, le PIDESC ou encore le PIDCP prévoient l'obligation pour l'Etat de protéger la famille. Mais peut-on dire que la protection offerte par l'Etat malgache à chaque famille vivant à Madagascar est suffisante? A première vue, la réponse est positive. Le législateur malgache a mis en place une organisation qui permet d'assurer la protection de la famille. Mais une question doit se poser sur la définition du mot « famille ». En effet, nombreux sont les familles qui ne bénéficient pas d'une protection s'agissant des concubins par exemple. Seule la famille légitime est protégée. Le législateur malgache ne devrait-il pas penser à combler les lacunes du droit de la famille malgache ? En outre, s'agissant des droits de l'enfant, la CDE pose les principes de la non-discrimination, de l'intérêt supérieur de l'enfant, de l'opinion de l'enfant et du droit à la vie et à la survie de l'enfant. Prenons l'exemple du principe de non-discrimination, le législateur malgache lui-même opère une inégalité de traitement entre un enfant légitime, un enfant naturel, et un enfant adultérin. Certes, cette discrimination vise à protéger l'ordre public et les bonnes mœurs, mais en vertu de la règle *pacta sunt servanda*, le législateur doit se soumettre à la convention qu'elle a ratifiée, d'autant plus qu'elle n'a pas émis de réserve sur ce point.

Enfin, le législateur malgache a encore beaucoup d'efforts à faire s'il veut se conformer aux conventions internationales. Il ne s'agit plus de choix, ni de liberté, mais d'une exécution d'une obligation que l'Etat malgache s'est engagé à respecter. Toutefois, la mise en conformité de la législation nationale aux conventions internationales ne devrait pas menacer l'ordre public et les bonnes mœurs du pays. C'est peut-être la raison pour laquelle, le législateur malgache est réticent sur l'élimination de l'inégalité de traitement de l'enfant

naturel, légitime et adultérin, ainsi que sur la valorisation juridique des autres formes de mariage comme le concubinage qui risquerait de porter atteinte au mariage institution.

## B- L'apparition des nouvelles structures de la famille non reconnue par le droit malgache

### 1- Le refus du mariage homosexuel

L'article premier de la loi n° 2007-022 du 20 août 2007 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux est clair, le mariage est une union entre un homme et une femme. Il est évident que le législateur malgache refuse de concevoir un mariage homosexuel ou un mariage entre deux personnes de même sexe. D'ailleurs, il est expressément prohibé<sup>133</sup>. Plusieurs raisons motivent ce refus du législateur malgache. D'abord, le mariage homosexuel est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ces deux notions ont une grande importance sur le plan juridique et elles ne doivent en aucun cas être violées. D'une part, l'ordre public est une notion tirée du droit administratif. Il tend à préserver la sécurité et la paix sociale. D'autre part, les bonnes mœurs sont des « règles imposées par la morale sociale à une époque donnée et dont la violation, éventuellement constitutive d'infractions pénales [...] »<sup>134</sup>. Ces deux notions varient dans le temps et dans l'espace, pourtant, elles ont une importance majeure aux yeux de la société et au regard du droit positif d'une société donnée. Ainsi, si aujourd'hui, plusieurs Etats acceptent le mariage pour tous, c'est que leurs notions d'ordre public et de bonnes mœurs ont déjà évolué. Prenons le cas de la France, le mariage entre homosexuels faisait débat et elle a pris du temps beaucoup avant de l'accepter. Il fut un temps où la différence de sexe était une condition pour pouvoir contracter mariage. Cette position de la juridiction française était basée sur le fondement même du mariage comme la procréation, par exemple. La législation française imposait donc que le mariage soit entre un homme et une femme. Et ce, malgré l'admission du mariage des transsexuels par les juges européens<sup>135</sup>. Pourtant sur la base de nombreux principes fondamentaux tels que le droit de se marier et de fonder une famille, en 2013<sup>136</sup> la France a accepté la possibilité du mariage pour tous ou du mariage homosexuel.

Mais, la conception malgache du mariage impose qu'il soit entre un homme et une femme. Pour les malgaches, l'essence même du mariage c'est de fonder une famille et de

---

<sup>133</sup>V. Art 2 in fine de la loi 2007-022 op cit

<sup>134</sup> V. Jérôme CHAMBRON <https://www.legavox.fr/blog/jerome-chambron/notion-bonnes-moeurs-droit-civil-17005.htm> consulté en mars 2018

<sup>135</sup> V. Arrêt Goodwin c/Royaume-Uni, 11 juillet 2002 Brigitte Hess-Fallon et Anne-Marie Simon, « droit de la famille », Ed Sirey, 7ème Edition, p.42

<sup>136</sup>Loi 2013-404 du 17 mai 2013 sur le mariage pour tous

procréer. Rappelons-le, pour la société malgache, les enfants sont indispensables pour perpétuer le culte des ancêtres. Certes, aujourd'hui, des couples homosexuels malgaches commencent à se former, mais la société malgache<sup>137</sup> comme le droit malgache s'y oppose fortement.

## 2- Une forte augmentation du concubinage

Le mariage est un engagement. Il offre une stabilité pour la famille. Malheureusement, nombreux sont ceux qui ne veulent pas s'engager dans le mariage. Pour certains, il s'agit d'un choix mal éclairé dans les effets du mariage ; pour d'autres, il s'agit d'une volonté réelle d'échapper à ces effets du mariage. En plus, avec le taux élevé du divorce<sup>138</sup> actuellement dans le pays, les personnes deviennent de plus en plus réticentes concernant le mariage. En effet, la dissolution du mariage par le divorce pour faute<sup>139</sup> est encore une toute autre procédure que certains auteurs qualifient de « traumatisant ». Ce sont quelques exemples de phénomènes qui justifient le taux accru du concubinage actuellement à Madagascar.

Pourtant, les concubins et leur famille ne bénéficient d'aucune protection légale à Madagascar. Le législateur devrait prendre en considération ce problème et légiférer en leur accordant ne serait-ce qu'un minimum de protection, d'autant plus que les enfants des concubins subissent également les conséquences de cette inexistence de protection du concubinage par le législateur malgache. Enfin, des sensibilisations devraient être faites pour inciter les gens à rentrer dans le cadre légal qui est le « mariage institution ».

### Paragraphe 2 : Les difficultés quant à la résolution des problèmes conjugaux

« Une union protégée<sup>140</sup> », c'est la qualification de la situation des couples mariés. Ils bénéficient d'une protection légale par rapports aux concubins ou aux fiancés. Cette protection légale se matérialise par une judiciarisation<sup>141</sup> de la famille légitime, c'est-à-dire par l'intervention du juge en période de crise matrimoniale.

---

<sup>137</sup> Les insultes et les ironies faites à l'encontre du chanteur malgache D-Lain sur les réseaux sociaux (facebook)

<sup>138</sup> Environ 320 cas de divorce par mois au sein du tribunal de première instance d'Antananarivo, source : Mme TOETRARIVO HanitriniainaHarilaza

<sup>139</sup> V infra

<sup>140</sup> V. J. RUBELLIN-DEVICHI, op cit p.17

<sup>141</sup> P. MALAURIE, op cit, p.22

## A- La judiciarisation de la famille

La judiciarisation de la famille est l'immixtion du juge<sup>142</sup> dans les rapports familiaux. Cette intervention du juge est nécessaire afin de préserver l'intérêt supérieur de la famille. Il est important de rappeler que le législateur malgache ne reconnaît et ne protège que la famille légitime. La compétence du juge, notamment son intervention dans les problèmes familiaux, lui est octroyée par le législateur lui-même. A Madagascar, la constitution reconnaît que la famille est un élément naturel et fondamental de la société, et elle lui offre une protection aussi large que possible, cela inclut cette judiciarisation de la famille. Le juge est donc omniprésent dans les rapports familiaux au cours du mariage et à la dissolution du mariage. En l'espèce, nous allons d'abord nous focaliser sur l'intervention du juge au cours du mariage, notamment en période de crise matrimoniale. S'agissant de la juridiction compétente, en France, le juge aux affaires familiales ou JAF a été institué pour trancher sur tous les différends relatifs aux enfants et aux rapports à l'intérieur du couple<sup>143</sup>. A Madagascar, l'organisation des institutions judiciaires n'a pas mis en place une juridiction spécialisée en la matière.

Dans un mariage, des différends<sup>144</sup> peuvent survenir entre les époux. Ces différends n'aboutissent pas toujours à un divorce, toutefois, ils peuvent troubler la vie conjugale et le juge doit intervenir pour les régler. Généralement, le juge intervient en cas de non-exécution d'une obligation par l'autre époux. Nous allons prendre quelques hypothèses démontrant cette intervention du juge dans la règlementation des rapports conjugaux.

### 1- La non-exécution d'une obligation par l'un des époux

La non-exécution des obligations de l'un des époux peut résulter d'une incapacité. Cette incapacité peut être physique, comme la maladie, ou l'absence ; mais elle peut également consister en une incapacité morale. Dans tous les cas, l'autre époux pourra faire une demande en justice pour représenter celui qui est incapable<sup>145</sup>. En outre, si la non-exécution des obligations de l'autre époux résulte d'une mauvaise foi, le juge pourra intervenir pour l'obliger à les remplir. L'exemple typique est la contribution aux charges du mariage. Elle constitue une des obligations auxquelles les époux sont tenus après le mariage. Elle est

---

<sup>142</sup>id

<sup>143</sup>V. P. MALAURIE op cit, p.22

<sup>144</sup>Selon un célèbre proverbe malgache, ils sont même inévitables : « Nytokantranotoynyjuafotsy, vaotsyhialanakasokasoka, tontatsyhialanarombombo »

<sup>145</sup> V. Art 58 2007-022 op cit

nécessaire pour assurer le fonctionnement de la famille. Au cas où l'un des époux n'exécute pas cette obligation, une demande sera faite au tribunal afin de le contraindre à payer sa participation pour le fonctionnement du ménage. Il convient de souligner que si ce dernier persiste à ne pas s'exécuter, cela pourrait constituer une faute pouvant entraîner une demande en divorce.

## 2- La règlementation d'un désaccord entre époux

Avec l'évolution du droit de la famille et l'apparition de l'égalité de genre, le mari n'est plus le seul à décider au sein d'une famille. Désormais, la femme a aussi son mot à dire. Cela fait naître des désaccords. Nous allons prendre l'exemple du choix de la résidence conjugale. Si avant, le choix de la résidence commune appartenait au mari<sup>146</sup> en sa qualité de chef de famille, aujourd'hui il est fixé d'un commun accord par les deux époux<sup>147</sup>. En effet, la femme n'est plus obligée de suivre son mari. Ils doivent décider ensemble du lieu de leur résidence conjugale. Le juge des référés intervient alors s'il est saisi pour trancher sur ce désaccord.

Enfin, le législateur malgache très conservateur sur la nature juridique du mariage. En tant qu'institution, la dissolution du mariage par le divorce est strictement règlementée. L'intervention du juge pendant l'instance de divorce est aussi indispensable.

### B- Une protection particulière de la femme malgache : le droit de « misintaka »

La femme malgache a toujours été considérée comme un être vulnérable<sup>148</sup> au regard de la société. Le législateur malgache a donc pris le soin de lui octroyer un droit particulier en cas de crise matrimoniale. Il s'agit du droit de misintaka ou mitsoaka<sup>149</sup>. Toutefois, il convient de souligner que ce droit est réservé à la femme mariée selon la forme civile. La jurisprudence malgache a défini ce droit dans un arrêt rendu par la cour d'appel le 28 avril 1960, « le misintaka est le droit pour la femme malgache de quitter temporairement le domicile du mari pour se retirer dans sa famille jusqu'à que celui-ci ait procédé aux démarches du fampodiana ». Si la femme a le droit de quitter le domicile conjugal, le mari, quant à lui a l'obligation de l'inviter à réintégrer le domicile conjugal : c'est le fampodiana. Ce droit de la femme a trouvé sa source dans les coutumes. Jusqu'à aujourd'hui, il est toujours prévu par le droit positif malgache. Des précisions ont été apportées à cette notion afin d'éviter l'abus de droit de la

---

<sup>146</sup> M. PEDAMON, opcit, p.69

<sup>147</sup> V. Art 50 al 2 2007-022 op cit

<sup>148</sup> Fanakamalemy

<sup>149</sup> V. H. RAHARIJAONA, op cit, p.11

femme. Les règles coutumières n'ont pas délimité les causes de l'exercice de ce droit, elles ont juste posé le principe selon lequel la femme pouvait quitter le domicile conjugal dans les formes et conditions prévues par les coutumes. Or, ces formes et conditions n'ont pas été précisées. Ainsi, à l'époque, une femme qui se sentait malheureuse en ménage<sup>150</sup> pouvait partir vivre chez ses parents alors qu'aucune faute grave ne pouvait être reprochée au mari. Le législateur a réduit le champ d'application de ce droit en insistant sur les motifs pouvant entraîner l'exercice de ce droit de la femme. Désormais, seul le manquement du mari à ses obligations et devoirs issus du mariage peut justifier l'exercice d'un tel droit.

Toutefois, l'avantage ou l'inconvénient du droit positif sur cette notion, c'est qu'il a élargi les endroits où la femme pourra se réfugier en quittant le domicile conjugal. Un avantage, dans la mesure où la femme n'est plus obligée de retourner vivre chez ses parents si ces derniers habitent dans un endroit très éloigné. Dans ce cas, elle pourra choisir de vivre chez ses proches parents, dans un centre d'accueil pour victimes de violences ou toute autre personne de bonne moralité<sup>151</sup>. Mais de là surgit l'inconvénient car le législateur a inséré la notion de personne digne de confiance sans préciser de qui il s'agit : un membre de la famille ? Un ami ? Ou une connaissance ? Si la femme décide de partir chez un ami, le mari pourra douter s'il s'agit vraiment d'un ami ou d'un amant. Comme il ne s'agit pas de divorce, la femme ne quitte son domicile que de manière temporaire, elle pourra décider de rentrer à tout moment ou après que son mari ait exercé le « fampodiana ». Effectivement, la femme qui quitte le domicile conjugal ne pourra pas partir au-delà de deux mois. Passé ce délai, si le mari ne procède pas à l'intégration de la femme au domicile conjugal, ce sera constitutif d'une faute qui sera une cause du divorce. Par contre, s'il a procédé au fampodiana mais la femme a refusé, cette dernière pourra être poursuivie pour abandon de famille<sup>152</sup>. En effet, le refus d'intégrer le domicile conjugal est constitutif d'un manquement grave de la femme pouvant, également, être retenu pour cause de divorce<sup>153</sup>.

### C- L'importance de la médiation familiale

Les problèmes familiaux ne se résolvent pas toujours devant la juridiction judiciaire. Effectivement, quand les époux n'arrivent pas à résoudre leurs différends eux-mêmes, ils ont la faculté de faire appel à un médiateur. Ce dernier aura pour mission d'entendre les parties et

---

<sup>150</sup> Id

<sup>151</sup> V. Art 52 de la loi 2007-022 op cit

<sup>152</sup> Maître TSOHARA Ravelojaona Madera

<sup>153</sup> V. H. RAHARIJAONA, op cit, p.20

de trouver une solution ensemble. En France, la médiation peut être judiciaire ou conventionnelle<sup>154</sup>. La médiation est dite judiciaire quand elle est faite en présence d'un juge. Par contre, elle est conventionnelle quand elle est faite par les parties et un médiateur de leur choix. A Madagascar, il n'y a pas une procédure de médiation familiale précise. Certes, le juge effectue une conciliation entre les époux dans une procédure de divorce mais il ne s'agit pas là d'une médiation proprement dite. Toutefois, le ministère de la justice, en collaboration avec les tribunaux et le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) ont institué le « Trano Aro Zo » dans le pays. Le Trano Aro Zo est une clinique juridique qui assure le rôle de médiateur dans la règlementation des problèmes familiaux, des problèmes relatifs à la succession ou des problèmes fonciers. Il s'agit d'une médiation conventionnelle. Le médiateur prône la règlementation à l'amiable. Toutefois, en cas d'échec de la conciliation, l'affaire sera transmise à la juridiction compétente.

Concrètement, les problèmes relatifs à la contribution des époux aux charges du mariage ou au paiement des obligations alimentaires ou encore à la détermination de la garde d'un enfant peuvent être résolus à l'amiable au niveau de la médiation. Un consultant juriste convoquera les parties et les aidera à trouver une solution. Les époux peuvent par exemple s'entendre sur un montant de la contribution aux charges du mariage des époux. Par contre, si un des époux est fermement décidé à introduire une demande en divorce, le médiateur n'est plus compétent. Il devra renvoyer les parties devant la juridiction compétente. Il en est de même en cas de violation des obligations entre époux qui constitue une infraction pénale comme le cas d'adultère. Les poursuites pénales seront engagées devant la juridiction compétente. Enfin, s'agissant du rapport entre parents et enfant, il n'est pas compétent en cas de maltraitance subi par l'enfant au sein de sa famille. En effet, il s'agit d'une compétence exclusive du juge des enfants.

## SECTION 2 : Les enjeux du divorce pour faute

Dans le cadre de cette étude portant sur la protection de la famille, il est nécessaire d'évoquer le divorce. Bien que le mariage soit la base naturelle et morale de la famille<sup>155</sup>, cette dernière ne prend pas fin à la dissolution du mariage. Le divorce est la dissolution du lien conjugal. En aucun cas, il ne porte atteinte au lien de filiation entre parents et enfant. Donc, la famille continue d'exister malgré le divorce. Ainsi, d'une certaine manière, il est

---

<sup>154</sup> V. J. Rubellin-Devichi, op cit, p. 120

<sup>155</sup> V. F. Esoavelomandroso, op cit, p.6

nécessaire de déterminer en quoi le divorce consiste-t-il à protéger la famille ? La protection de la famille ne se limite pas à la réglementation de la vie conjugale pendant le mariage. En effet, l'intérêt de la famille exige que cette protection à travers la réglementation aille au-delà du mariage. La nature juridique même du mariage qui est à la fois un contrat et une institution exige que sa dissolution soit strictement prévue par la loi. De ce fait, les effets du divorce doivent toujours permettre d'une manière ou d'une autre de garantir la cohésion et la protection de la famille, et surtout la protection des enfants qui sont des victimes collatérales du divorce.

### Paragraphe 1 : Une stricte réglementation de la dissolution du mariage institution

Le mariage civil est le seul reconnu par le droit positif malgache. Ainsi, seule la dissolution du mariage civil est prévue par notre droit positif. Il s'agit du divorce pour faute. Mais la dissolution du mariage peut, également résulter d'une annulation ou d'une nullité du mariage. Il semble nécessaire de préciser les effets de l'annulation du mariage avant d'aborder l'étude sur le divorce.

#### A- La sanction en cas de non-respect des conditions de formation du mariage : la nullité

La nullité du contrat est le principe du droit des obligations, en cas de non-respect des conditions de formation du contrat. La nullité signifie que l'acte ne produira pas d'effet et qu'il sera considéré comme n'ayant jamais existé<sup>156</sup>. Le même principe est applicable au mariage. Toutefois, considérant la gravité de l'annulation d'un tel acte, le législateur a voulu aménager ce principe en instituant la nullité relative et la nullité absolue d'une part, et en protégeant l'époux de bonne foi par le concept du mariage putatif d'autre part. D'abord, la différence entre la nullité relative et la nullité absolue réside dans les intérêts à protéger, elles produisent les mêmes effets. La nullité relative du mariage protège l'intérêt particulier des époux. Elle ne pourra être invoquée que par l'époux victime. Alors que la nullité absolue vise à protéger l'intérêt général, l'ordre public et les bonnes mœurs. Ensuite, le mariage putatif est une exception à l'effet rétroactif de l'annulation du mariage.

#### 1- La protection des intérêts personnels des époux

Rappelons que le mariage est à la fois un contrat et une institution. En tant que contrat, la capacité et le consentement des époux sont exigés. Le non-respect de ces deux conditions pourrait entraîner la nullité du mariage qui pourrait même être accompagné de sanction

---

<sup>156</sup> V. Brigitte Hess-Fallon, Anne-Marie Simon « droit de la famille », 7è édition, Sirey, p.57

pénale. Nous allons donc étudier quelques hypothèses de violation des conditions de fond du mariage qui risqueraient d'entraîner la nullité relative du mariage.

a- L'incapacité d'un ou des deux époux

La capacité peut être définie comme l'aptitude juridique à agir valablement, à exercer des droits et des obligations. Le mariage est un droit consacré par les divers textes internationaux et nationaux comme la DUDH ou la constitution malgache de 2010 par exemple. Mais il est aussi une source d'obligations. Il crée une famille et impose un certain nombre de devoirs et obligations au sein de cette famille. La capacité est donc exigée pour que les époux puissent assurer et remplir leurs devoirs et obligations. Ainsi, la majorité matrimoniale a été mise en place. La majorité matrimoniale c'est l'âge, fixé par le législateur, à partir duquel toute personne peut se marier. La majorité matrimoniale varie dans le temps et dans l'espace. Aujourd'hui, elle est fixée à 18 ans pour les deux sexes<sup>157</sup>. Toutefois, le principe selon lequel l'âge matrimonial est de 18 ans souffre d'une exception. Pour des motifs graves, le mariage pourra être autorisé alors même que les futurs époux ou l'un d'eux n'a pas encore atteint la majorité matrimoniale. Notre droit positif n'apporte aucune précision sur ces motifs graves, toutefois, le cas le plus fréquent est l'état de grossesse de la jeune fille comme en France<sup>158</sup>. Dans ce cas, le mariage pourra avoir lieu sous certaines conditions suivant une procédure particulière, et il entraînera l'émancipation du mineur. Le père et la mère du mineur concerné introduiront une demande au président du tribunal du lieu de leur domicile pour autoriser le mariage de ce mineur. Le ministère public doit aussi donner son avis avant que le dossier ne soit transmis au président du tribunal. Cet avis est nécessaire pour qu'il puisse déterminer la nécessité ou non d'une poursuite pénale. En effet, environ 70% des mariages d'un mineur est la suite d'un viol<sup>159</sup> ; or, le viol est une infraction pénale. Avant de célébrer le mariage d'un mineur, l'officier d'état civil a l'obligation de vérifier l'existence de tous les consentements requis. A défaut, des sanctions pénales seront prononcées à son encontre<sup>160</sup>.

Dans tous les cas, la preuve de l'incapacité d'un ou des deux époux pourrait entraîner la nullité du mariage.

---

<sup>157</sup> V. Art 3 de la loi 2007-022 op cit

<sup>158</sup> V. B. Hess-Fallon et Anne-Marie Simon, op cit, p. 38

<sup>159</sup> Maître TSOHARA RAVELOJAONA Madera

<sup>160</sup> V. Art 193 CP « Lorsque, pour la validité d'un mariage, la loi prescrit le consentement des père et mère ou autres personnes, et que l'officier de l'état civil ne se sera pas assuré de l'existence de ce consentement, il sera puni d'une amende de 100 000 Ariary à 360 000 Ariary et d'un emprisonnement de six mois au moins et d'un an au plus »

## b- L'existence d'un vice de consentement

L'existence du consentement des futurs époux est toujours requis, que les concernés soient mineurs ou majeurs. Cette exigence du consentement découle du principe de la liberté matrimoniale. En effet, le mariage n'est pas seulement un droit, il s'agit d'une liberté, c'est une « liberté individuelle<sup>161</sup> » consacrée par des textes internationaux et nationaux. En vertu de cette liberté, une personne peut choisir de se marier ou de ne pas se marier selon son choix. La liberté se manifeste également par le choix du conjoint. En outre, le consentement des époux doit être libre, c'est-à-dire qu'il doit être exempt de vices. Certes, le mariage peut être considéré comme un contrat, mais les vices qui affectent le contrat du droit commun ne sont pas tous applicables au mariage. Tout d'abord, concernant le dol, il est défini comme étant toutes manœuvres frauduleuses ou allégations mensongères dont le but est d'induire l'autre partie en erreur pour obtenir son consentement<sup>162</sup>. En matière de mariage, le dol est écarté en tant que vice du consentement<sup>163</sup> puisque cela fait même partie de l'art de la séduction. De ce fait, il est très difficile de distinguer le dol des manœuvres de séduction. Ainsi, le droit positif malgache ne retient que l'erreur et la violence<sup>164</sup> comme vices de consentement en matière de mariage. Concernant, l'erreur, il doit porter sur une qualité essentielle telle que l'autre époux n'aurait pas contracté s'il avait connu l'erreur. Le législateur malgache n'a pas apporté plus de précision sur l'erreur. Enfin, la violence vicie le consentement. La violence doit être injuste. Elle a pour objectif de faire pression sur une personne pour qu'elle accepte de se marier. Il peut s'agir d'une violence physique, morale, ou même pécuniaire<sup>165</sup>. Le cas de violence le plus fréquent en matière de mariage est la violence morale. Toutefois, il faut faire la distinction entre crainte révérencielle et violence morale puisque la crainte révérencielle ne suffit pas à vicier le contrat. La crainte révérencielle est une marque de respect envers un ascendant ou toute personne ayant une autorité sur le contractant. Elle ne constitue en aucun cas une cause de nullité du mariage en raison de l'absence d'une violence morale ou physique.

## 2- La préservation de l'ordre public et des bonnes mœurs

L'ordre public et les bonnes mœurs imposent des interdictions concernant la célébration d'un mariage. En cas de non-respect des règles qui intéressent cet ordre public et ces bonnes

---

<sup>161</sup> V. Y. BUFFELAN-LANORE op cit p.535

<sup>162</sup> V. Art 77 LTGO

<sup>163</sup> B. Hess-Fallon op cit, p.41

<sup>164</sup> V. Art 4 de la loi 2007-022

<sup>165</sup> V. Art 73 LTGO op cit

mœurs, tout intéressé pourra intervenir pour demander la nullité du mariage. A titre d'illustration, la bigamie, l'inceste, la clandestinité du mariage sont contraire à l'ordre public. L'interdiction de la bigamie est le corollaire de l'obligation de fidélité qui est une des obligations des époux. Quant à la clandestinité du mariage, elle est contraire au caractère public et solennel du mariage. En effet, la clandestinité est la célébration d'un mariage en l'absence de toute forme de publicité<sup>166</sup>. Il a été donc célébré en violation des conditions de formes exigées par la loi. A titre de comparaison, le législateur français<sup>167</sup> a énuméré sept cas de nullité absolues du mariage qui sont aussi appliqués à Madagascar, bien que le législateur ne l'a pas expressément prévu, à savoir le défaut de l'âge nuptial, l'absence de consentement au mariage, l'absence de l'un des époux lors de la cérémonie du mariage, la bigamie de l'un des époux, la situation d'inceste, l'incompétence de l'officier de l'état civil et la clandestinité. Nous allons étudier quelques-unes de ces interdictions.

a- L'existence d'une union antérieure

Le droit positif malgache protège la famille qui existe déjà et celle qui est, et qui va se former. C'est pourquoi il interdit la bigamie et impose comme condition à la formation du mariage le fait que les futurs époux ne soient pas engagés dans les liens d'un précédent mariage. La preuve de cette inexistence de l'union antérieure est l'acte de naissance. Cet acte est exigé avant la célébration du mariage civil. Si les futurs époux ont déjà été engagés dans une union auparavant, ils doivent apporter la preuve de la dissolution de cette dernière. La preuve de cette dissolution varie selon laquelle, elle a été dissoute suite à une annulation, ou à un décès ou à un divorce. Si le premier mariage a été dissout par le décès de l'un des conjoints, la preuve sera son acte de décès. Si le premier mariage a été frappé d'une nullité ou d'une annulation, la dissolution du mariage est prouvée par l'extrait de l'acte de mariage ou de naissance portant mention de l'annulation. Enfin, si le premier mariage a été dissout par le divorce, la nouvelle union ne pourra être contractée par l'un ou l'autre des conjoints qu'après la transcription du jugement ou de l'arrêt ayant prononcé le divorce<sup>168</sup>. Il importe de souligner que pour assurer la protection de la famille de la première union et de la seconde, par exemple pour éviter la confusion de paternité, le législateur malgache a imposé un délai de viduité de cent quatre-vingt (180) jours à l'homme et à la femme et ces derniers ne pourront contracter un nouveau mariage qu'à l'expiration de ce délai. Il appartient à l'officier d'état civil de

---

<sup>166</sup> V. C. Bernard Xemard, op cit p.283

<sup>167</sup> V. Art 184 code civil

<sup>168</sup> V. Art 5 de la loi 2007-022 op. cit.

vérifier la dissolution du mariage précédent et le respect du délai de viduité. La non-exécution de cette obligation est passible de sanction pénale<sup>169</sup>.

b- L'absence d'intention matrimoniale

L'exigence de l'intention matrimoniale a pour objectif d'éviter les fraudes au mariage. Effectivement, l'absence d'intention matrimoniale ou l'absence de consentement au mariage est une fraude. Il y a absence d'intention matrimoniale quand un ou les deux époux auront contracté le mariage dans un but autre que celui prévu par loi. Plus concrètement, il s'agit d'un mariage dans lequel les époux auront prévu de ne pas se soumettre aux effets et obligations nés du mariage. Le but poursuivi par les époux est par exemple, un but fiscal ou l'obtention d'une nationalité<sup>170</sup>. Il s'agirait dans ce cas d'une union de complaisance ou d'un mariage simulé ou mariage fictif. En principe, la sanction prononcée en cas d'absence d'intention matrimoniale est la nullité du mariage.

3- L'institution du mariage putatif pour la protection de l'époux de bonne foi

La nullité du mariage entraîne inévitablement de graves conséquences à l'égard du couple, et à l'égard des enfants. En effet, un mariage nul est censé n'avoir jamais existé. Tous les effets du mariage seront anéantis. Le législateur a alors atténué les effets de la nullité du mariage pour protéger l'époux de bonne foi et les enfants nés de ce mariage. Concernant les époux, les conséquences du mariage diffèrent selon qu'ils ont été de bonne foi ou non. C'est sur la base de cette bonne foi de l'un ou des deux époux que le mariage putatif pourra être prononcé. Le mariage putatif est donc un tempérament à l'annulation d'un mariage<sup>171</sup>. Il s'agit d'une exception à l'effet rétroactif de l'annulation du mariage. En effet, tous les effets du mariage antérieurs à l'annulation subsisteront à l'égard de l'époux de bonne foi. La bonne foi de l'époux s'apprécie au moment de la célébration du mariage. L'un ou les deux époux doivent être dans l'ignorance de l'existence d'une cause qui pouvait entraîner la nullité de ladite union. L'époux de bonne foi est donc celui qui croit à la validité du mariage qu'il contracte. Cette bonne foi se présume, c'est la mauvaise foi qui doit être prouvée<sup>172</sup>. Si tel est le cas, le mariage sera nul à l'égard de l'époux de mauvaise foi, c'est-à-dire celui qui était en connaissance de la cause qui pourrait entraîner la nullité du mariage. Il ne pourra bénéficier d'aucun effet du mariage. En outre, pour le législateur français, des poursuites pourront être

---

<sup>169</sup>V. Art. 194 CP « L'officier de l'état civil sera aussi puni de 100 000 Ariary à 450 000 Ariary d'amende [...] »

<sup>170</sup>Civ. 1re, 12 novembre 1998, 19 janvier 1999, 6 juillet 2000, 22 novembre 2005 Brigitte p.40

<sup>171</sup>V. C. Bernard Xemard, op cit, p.284

<sup>172</sup>Id

engagées contre lui en réparation du préjudice que le mariage aurait provoqué à l'autre conjoint. Enfin, si les deux époux étaient de bonne foi, l'annulation du mariage s'apparentera à la dissolution du mariage par le divorce. Les effets du mariage antérieurs à l'annulation seront maintenus mais le mariage disparaîtra pour l'avenir. Le mariage putatif aura donc les mêmes effets que le divorce, à l'égard de l'époux de bonne foi.

S'agissant des enfants, ils sont toujours de bonne foi. Ils n'ont pas à subir les lourdes conséquences de l'annulation du mariage de leurs parents. Si l'annulation du mariage entraîne sa disparition pour le passé, le mariage est censé n'avoir jamais existé. Cela emportera en principe des conséquences rigoureuses sur la filiation des enfants. Effectivement, ils ne seront plus considérés comme des enfants légitimes. Toutefois, le législateur français écarte l'annulation du mariage et le mariage putatif à l'égard des enfants. Ces derniers seront toujours considérés comme des enfants légitimes<sup>173</sup> et ce, même si les deux époux ont été de mauvaise foi. D'ailleurs, au regard du droit français, cette notion a perdu son intérêt concernant les enfants depuis l'instauration du principe d'égalité entre tous les enfants.

Cette théorie du mariage putatif est applicable à Madagascar<sup>174</sup>. Toutefois malgré l'existence de ce mariage putatif, les époux préfèrent demander l'annulation du mariage dans la pratique<sup>175</sup>. Concernant les enfants, le législateur malgache est très protecteur du mariage institution et de l'ordre public familial. De ce fait, lorsqu'un mariage a été célébré, malgré les prohibitions de la loi, et que des enfants sont nés de cette union, la filiation de ces derniers ne pourra jamais être établie.

## B- La dissolution du mariage par le divorce

### 1- La procédure du divorce

Le législateur malgache, très protecteur du mariage institution n'admet qu'une seule forme de divorce : « le divorce pour faute »<sup>176</sup>. La commission d'une faute par l'un des époux est une condition sine qua non du prononcé d'un divorce. D'une part, la faute est la non-exécution ou la violation des droits et obligations par l'un ou les deux époux. Il s'agit de n'importe quelle violation des effets du mariage comme l'adultère, la non-contribution aux charges du mariage et bien d'autres<sup>177</sup>. D'autre part, la faute doit rendre intolérable le

---

<sup>173</sup>V. P. Malaurie, op cit p.152

<sup>174</sup>V. Article 46 loi 2007-022 op cit

<sup>175</sup> Mme TOETRARIVO Hanitriniaina Harilaza

<sup>176</sup>Article 66 de la loi 2007-022 op. cit

<sup>177</sup>V. supra

maintien de la vie commune. Ainsi, une simple mésentente entre époux ne constitue pas une faute, cause du divorce. De même, la faute d'un époux qui n'a aucun effet négatif sur le maintien de la vie commune ne pourra pas être retenue. En outre, le divorce doit être prononcé par une décision judiciaire. C'est la conséquence de la judiciarisation de la famille. En l'espèce, l'intervention du juge est primordiale. D'abord parce qu'il doit jouer le rôle de conciliateur entre les époux. En effet, pendant la procédure de divorce, le juge doit essayer de réconcilier les parties. La réconciliation des époux mettra fin à la procédure de divorce. Par contre, si elle est un échec, le juge rendra une ordonnance de non-conciliation et transmettra le dossier à la juridiction de jugement. En même temps, toujours dans le souci de protéger la famille, il pourra donner un délai de six mois aux époux en guise de temps de réflexion et d'apaisement concernant le divorce<sup>178</sup>. Passé ce délai, l'époux demandeur pourra soit reprendre l'instance en divorce soit arrêter la procédure en cas de conciliation. Le cas échéant, la juridiction de jugement se prononcera sur le divorce. Ensuite, l'intervention du juge est nécessaire puisqu'il doit vérifier la gravité de la faute et la validité des preuves de cette faute. En effet, si les preuves de la faute et de l'impossibilité de maintenir la vie commune ne sont pas fondées, le divorce ne pourra pas être prononcé. Ainsi, le juge rendra une ordonnance de reprise de la vie commune qui obligera les époux à se remettre ensemble. Cependant, une telle ordonnance ne pourra pas obliger les époux à se remettre ensemble dans la mesure où ils sont fermement décidés à divorcer.

## 2- Les fonctions du divorce

Le divorce peut être considéré comme une sanction, un remède ou une résiliation<sup>179</sup>. D'abord, il s'agit d'un divorce sanction quand il est prononcé à titre de sanction à l'encontre d'un époux fautif, c'est-à-dire celui qui a manqué à ses obligations issues du mariage. Le divorce sera donc prononcé aux torts et griefs de l'époux fautif. Mais les deux époux peuvent être tous les deux fautifs ; dans ce cas, le divorce sera prononcé aux torts partagés. L'intérêt de déterminer lequel des époux est fautif c'est qu'il sera sanctionné. D'abord, il sera privé de tous les avantages issus du mariage comme les avantages matrimoniaux ou les avantages conventionnels. Ensuite, il pourra être tenu de réparer le préjudice que la faute aurait causé à l'autre époux. Cette réparation prendra la forme du paiement des dommages-intérêts. Enfin, il est fort probable qu'il perdra également le droit de garde des enfants mineurs. Effectivement, le principe est que le droit de garde sera retiré à l'époux aux torts duquel le divorce a été

---

<sup>178</sup> Art 94 de la loi 2007-022 op cit

<sup>179</sup> V. J. Rubellin-Devichi, op cit, p.108

prononcé. Toutefois, la considération de l'opinion de l'enfant ainsi que son intérêt supérieur peuvent constituer des exceptions à ce principe. De ce fait, pour la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant, le droit de garde pourra quand même être attribué à l'époux fautif.

Ensuite, le divorce est considéré comme un remède dans la mesure où c'est la seule solution qui peut résoudre une situation devenue intolérable dans le rapport entre époux<sup>180</sup>. Il ne s'agit plus de déterminer lequel des époux est fautif, il suffit juste de constater l'impossibilité du maintien de la vie commune.

Enfin, le divorce peut être considéré comme une résiliation. Dans ce cas, comme dans tout contrat, la volonté unilatérale ou la volonté commune des époux pourra mettre fin au mariage. Si c'est la volonté unilatérale d'un époux qui met fin au mariage, il s'agit d'une répudiation unilatérale. Ce type de divorce est pratiqué dans les pays du monde Arabe ou dans le droit islamique ou hébraïque<sup>181</sup>. Le droit français et le droit malgache refusent de reconnaître ce type de divorce. D'ailleurs, pour le législateur malgache, en aucun cas le mariage ne pourrait être dissolu par la résiliation. Le législateur français quant à lui accepte que la volonté commune des époux puisse dissoudre le mariage : c'est le divorce par consentement mutuel.

Donc, pour le législateur malgache, le divorce est à la fois une sanction et un remède<sup>182</sup>. Le divorce comme sanction est évident car il ne reconnaît que le divorce pour faute. Par contre, le divorce à Madagascar peut être considéré comme un remède car la jurisprudence malgache<sup>183</sup> permet au juge de s'appuyer sur des faits qui rendent intolérables le maintien de la vie commune entre époux pour motiver la décision de divorce. Dans ce cas, il n'est plus nécessaire d'établir s'il y a eu manquement de l'un des époux aux devoirs et obligations issus du mariage. Il s'agit juste de mettre un terme à une situation intolérable.

Dans tous les cas, la décision de divorce tend d'une certaine manière à protéger la famille. Seul le lien conjugal est dissout. En principe, le divorce ne porte pas atteinte au rapport entre parents et enfant. La filiation demeure et l'exercice conjoint de l'autorité parentale est maintenu.

---

<sup>180</sup> V. J. Rubellin-Devichi, id

<sup>181</sup> Ibid

<sup>182</sup> V. R. ANDRIANAIVOTSEHENO, op cit, p.22

<sup>183</sup> V. Arrêt n°10 du 11 février 1992, Rasoanoromanana c/. Rakotoarisoa, Bull. Arrêts de la cour suprême 1992, p. 251 cité par F. Esoavelomandroso op. cit. p.9

## Paragraphe 2 : Le rejet du divorce par consentement mutuel par le législateur malgache

Le législateur français a adopté le divorce par consentement mutuel dans le but de dédramatiser la situation de la famille<sup>184</sup> c'est-à-dire des époux, des enfants et même de leurs proches. C'est la manière de divorcer la plus souhaitable en France à cause de son caractère non traumatisant<sup>185</sup> d'une part, et de ses effets d'autre part. Mais, il n'est pas aperçu comme tel par le législateur malgache. D'abord, il considère que le divorce par consentement mutuel est contraire à la protection du mariage institution. Accepter ce divorce serait comme faciliter le divorce. Il encouragerait le déclin de la famille et la solidarité familiale<sup>186</sup>. En outre, il considère cette décision de divorce comme une décision précipitée qui pourrait nuire aux intérêts de la famille. Mais cette conception est fautive. En effet, le divorce par consentement mutuel est aussi une procédure judiciaire. Il est encadré de manière à éviter tout abus dans les effets du divorce. Le caractère intolérable du maintien de la vie commune pousse les époux à procéder à ce type de divorce sans nécessairement imputer la faute à l'un d'eux. Il résulte juste de la volonté des époux, mais l'homologation du juge est nécessaire. Concrètement, les époux qui souhaiteraient divorcer par consentement mutuel doivent élaborer avec leur avocat commun ou les avocats de chacun d'entre eux une convention réglant les conséquences du divorce et ensuite, ils devront soumettre cette convention à l'homologation du juge<sup>187</sup>. L'homologation du juge n'est pas seulement une question de formalité. Le juge pourra refuser l'homologation de ladite convention. En effet, les dispositions de la convention doivent permettre de garantir l'intérêt des enfants, d'une part et la cohésion de la famille après le divorce, d'autre part. En plus, la capacité et le consentement des époux sont strictement exigés lors d'une telle procédure. De ce fait, il ne peut s'agir d'une décision irréfléchie ou précipitée. Enfin, le législateur malgache considère que ce divorce brise le couple<sup>188</sup>. Or, les effets du divorce par consentement mutuel sont identiques aux effets du divorce pour faute. Ils entraînent la rupture du lien conjugal entre les époux. Mieux encore, les effets du divorce par consentement mutuel sont prévus dans la convention des parties qui deviendra le contrat entre les ex-époux à la dissolution du mariage : il s'agirait d'un « contrat de désunion »<sup>189</sup>. En effet, le divorce par consentement mutuel est un divorce à l'amiable, il ne revêt pas le

---

<sup>184</sup> V. B. Hess-Fallon op cit, p. 105

<sup>185</sup> Id

<sup>186</sup> R. Andrianaivotseheno op.cit, p.32

<sup>187</sup> C. Renault-Brahinsky, Gualino, Le nouveau divorce sans juge, le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, Avril 2017, p.6

<sup>188</sup> R. Andrianaivotseheno, id

<sup>189</sup> R. Andrianaivotseheno ibid

caractère conflictuel du divorce pour faute. A l'issue du divorce, les ex-époux conserveront des relations civilisées afin de garder la cohésion de la famille<sup>190</sup>. Ils exécuteront de bonne foi les arrangements contenus dans la convention. Alors que s'agissant du divorce pour faute, les époux se lancent dans une véritable bataille pour pouvoir bénéficier des avantages offerts à l'époux victime de la faute de l'autre. En outre, une fois le divorce prononcé, la famille sera déchirée. Les conflits entre les ex-époux postérieurement au divorce sont nombreux<sup>191</sup>. En effet, dans la majorité des cas, les ex-époux ne gardent plus aucune relation après le divorce pour faute, ainsi, même le paiement de la pension alimentaire est un problème. De ce fait, même la relation entre parent et enfant sera affecté par ce divorce. Alors que cette situation pourrait être résolue dans le contrat de désunion si les époux ont conclu par eux-mêmes le contrat de désunion.

Ainsi, le législateur malgache ne devrait-il pas revoir la conception du divorce par consentement mutuel? D'autant plus qu'aujourd'hui, ce type de divorce existe déjà dans la pratique. Certes, il n'est pas reconnu par le législateur malgache, mais il est déguisé en un divorce pour faute<sup>192</sup>. En effet, les époux s'arrangent et organisent des fautes pour pouvoir obtenir le divorce.

#### - Vers une contractualisation du droit de la famille en France

A titre de remarques, l'évolution du droit de la famille en France, notamment s'agissant du mariage et du divorce, vont dans le sens d'une contractualisation. D'une part, le mariage civil n'est plus le seul reconnu par cette législation, elle reconnaît le pacte civil de solidarité (PACS). Le PACS est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe pour organiser leur vie commune<sup>193</sup>. La conclusion du PACS implique une certaine formalité devant l'officier d'état civil ou le notaire et il crée entre le couple pacsé des obligations. L'union de ces couples sera protégée par le droit français. Ainsi, par exemple, une personne déjà engagé dans le Pacs ne pourra pas contracter une nouvelle union. S'agissant du divorce, le divorce par consentement mutuel ne cesse d'être facilité en France. Désormais, il est extrajudiciaire<sup>194</sup>. L'intervention du juge ne sera plus nécessaire

---

<sup>190</sup> A. Benavent cité par J. Rubellin-Devichi, op cit, p.116

<sup>191</sup> Maître TSOHARA RAVELOJAONA Madera

<sup>192</sup> F. Esoavelomandroso, Revue de la faculté de droit, d'économie, de gestion, et de sociologie, n°1, 2009, p. 13

<sup>193</sup> C. RENAULT BRAHINSKY, droit des personnes et de la famille, Ed Lextenso, 16è édition 2017-2018, août 2017, p.112

<sup>194</sup> Loi du 16 novembre 2016, C. Renault-Brahinsky, le nouveau divorce sans juge, op.cit. p.6

même s'agissant de l'homologation de la convention entre les deux époux. En effet, il n'interviendra qu'en cas d'audition de l'enfant du couple.

Cette évolution actuelle du droit français prouve que le droit doit suivre l'évolution de la société dans laquelle il sera appliqué. Toutefois, il importe de faire remarquer que cette comparaison qui a été faite entre le droit français et le droit malgache sur le divorce n'est pas dans le but de faire du droit français une référence. Effectivement, le divorce pour faute et le divorce par consentement mutuel présentent l'un et l'autre des avantages et des inconvénients. Par contre, la contractualisation du droit de la famille comme en France est totalement contraire à la valeur du mariage institution que le législateur malgache défend tant. Ainsi, le législateur malgache ne devrait-il pas envisager une alternative au divorce par consentement mutuel ? En effet, cela lui permettra de mettre fin à ce divorce pour faute déguisé<sup>195</sup>. Mais en même temps, le législateur devra toujours préserver la valeur institutionnelle du mariage et garantir la protection de la famille et la cohésion familiale, même après le divorce.

---

<sup>195</sup> F. ESOAVELOMANDROSO op cit

## **CHAPITRE II : La vulnérabilité des enfants face à l'autorité de leurs parents**

La dépendance de l'enfant vis-à-vis de ses parents et son incapacité constituent des facteurs parmi tant d'autres qui justifient la vulnérabilité de l'enfant. Quant aux parents, ils ont toujours bénéficié de prérogatives qui leurs permettent de remplir leurs fonctions. Malgré la place privilégiée de l'enfant au sein de sa famille et l'effort du législateur de renforcer la protection de l'enfant par tous les moyens, les problèmes relatifs à l'efficacité de la protection de l'enfant au sein de sa famille apparaissent tels que l'abus de la part des parents ou encore l'impunité et la corruption. En effet, il y a des comportements fautifs de parents qui restent impunis. Ainsi, nous remarquerons une absence de contrôle de l'exercice de l'autorité parentale (SECTION 1) d'une part et des prérogatives élargies des parents vis-à-vis de leurs enfants (SECTION 2) d'autre part.

### **SECTION 1 : Une absence de contrôle de l'exercice de l'autorité parentale**

La protection d'un enfant n'est pas réduite à une histoire de famille. Certes, ce sont les parents qui détiennent les principaux pouvoirs sur leurs enfants à travers l'exercice de l'autorité parentale. Mais la société et l'Etat ont aussi leur part de responsabilité s'agissant de la préservation de l'intérêt et du bien-être de l'enfant. Cette obligation de l'Etat Malagasy découle de la ratification des diverses conventions internationales telles que la CDE ou la Charte Africaine des droits et bien-être de l'enfant. Les législateurs malgaches ont donc fait l'effort de mettre en conformité toutes les législations nationales avec les exigences de ces conventions. A part l'instauration de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, il a l'obligation de mettre en place toutes les mesures nécessaires afin de garantir la protection des droits de l'enfant. C'est à travers ces mesures et dispositions qu'il confère à la société des obligations qui tendent à la réalisation du même objectif. La protection de l'enfant dépasse le milieu familial, comme la protection des enfants en conflit avec la loi par exemple, mais nous nous intéresseront principalement aux droits de l'enfant au sein de sa famille.

#### **Paragraphe 1 : Le non-respect des droits de l'enfant au sein de sa famille**

En principe, la famille assure le rôle de protecteur naturel de l'enfant. Mais parfois, le milieu familial peut devenir un endroit dangereux pour l'enfant. En effet, le principe est l'exercice de l'autorité parentale pour la sauvegarde de l'intérêt et du bien-être de l'enfant. Pourtant, le pouvoir de direction des parents sur l'enfant est parfois excessif. Ils ont tendance

à abuser de leurs droits. Ainsi, l'autorité parentale, qui devrait garantir l'intérêt supérieur de l'enfant, est souvent utilisée à des fins qui vont à l'encontre de cet objectif. Effectivement, l'autorité parentale connaît des limites à savoir l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant. D'après la constatation de la situation de la majorité des enfants à Madagascar, la violation des droits de l'enfant au sein de cette société est généralement liée à la maltraitance<sup>196</sup>.

#### A- Les mauvais traitements infligés à l'enfant

##### 1- Les violences domestiques

Pour assurer son rôle d'éducateur, il est permis aux parents d'exercer des actes de violences sur la personne de l'enfant dans le cas où ces derniers s'avèrent nécessaires pour des raisons de discipline et d'éducation: c'est le droit de correction<sup>197</sup>. Il a toujours été considéré par les coutumes que « ce qui aime bien châtie bien<sup>198</sup> ». Ce droit accordé aux parents leur permet de prendre des sanctions sévères à l'égard d'un enfant de mauvaise conduite. Toutefois, l'exercice de ce droit doit toujours prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, et doit respecter ses droits. Il doit permettre un épanouissement et un développement de l'enfant. En outre, la dignité de l'enfant et l'intégrité de sa personne doivent être respectées. Les coups autorisés par le droit de correction doivent être légers, licites et raisonnables pour qu'ils ne soient pas qualifiés de maltraitance. Cependant, les parents n'arrivent pas toujours à contrôler ses actes quand ils agissent en tant que correcteur. Ils ont tendances à agresser les enfants ou à les causer des souffrances. Au lieu de frapper l'enfant, certains parents le battent. Dans ce cas, l'acte ne sera plus exercé dans le cadre du droit de correction mais il sera qualifié de violence domestique qui est interdite. Dès fois, il se pourrait même que l'acte soit qualifié de coups et blessures volontaires en cas d'atteinte grave à l'intégrité physique de l'enfant. En effet, un enfant doit être protégé contre tout acte de torture, et contre les peines et les traitements cruels, inhumains et dégradants.

---

<sup>196</sup>V. Article 67 de la loi 2007-023, la maltraitance est définie comme « toutes formes de violences, d'atteinte ou de brutalités physiques ou morales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation y compris la violence sexuelle perpétrées sur un enfant par ses parents, ses représentants légaux ou toute autre personne »

<sup>197</sup>V. V. BONNET, op cit, p. 123

<sup>198</sup>C. NEIRINCK, « La protection de la personne de l'enfant contre ses parents », LGDJ, Paris, 1984, p. 123

C'est ainsi que le droit de correction ne devrait plus exister que sous la forme de châtiments corporels. Le problème c'est que la frontière entre les châtiments corporels et maltraitance<sup>199</sup> est difficile à tracer.

En outre, un enfant ne doit pas subir des traitements dégradants ou humiliants. Or, le rabaissement de l'enfant est très fréquent quand son père ou sa mère s'adresse à lui pour le gronder. Certains finissent même par dire des insultes à l'enfant. Ceux-ci constituent une violence morale ou psychologique de l'enfant. Cela provoquera sur cet enfant un grand trouble psychologique qui est néfaste pour son développement et pour son avenir.

## 2- Les violences sexuelles

Un enfant fait souvent l'objet de violence sexuelle dans sa famille<sup>200</sup>. Qu'il s'agisse d'un petit garçon ou d'une petite fille, il peut être victime de violence sexuelle de la part de ses parents ou de toute autre personne dans la famille sans que les parents n'interviennent. Le plus fréquent est l'abus sexuel, ou encore le viol<sup>201</sup>. Le viol est défini par le code pénal malgache comme tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise. En l'espèce, il sera perpétré sur la personne de l'enfant. A Madagascar, les faits divers des journaux<sup>202</sup> rapportent parfois le viol d'une fille par un membre de sa famille. Il s'agirait, dans ce cas, de l'inceste. Bien que la société malgache reconnaisse qu'elle constitue un tabou et une infraction pénale<sup>203</sup>, elle est rencontrée dans cette société dans le milieu urbain et dans le milieu rural.

En outre, A Madagascar, les enfants, qu'il s'agisse des filles ou des garçons, sont victimes de l'exploitation sexuelle et commerciale (ESEC). Dans certaines régions à la fois pauvre et surpeuplées du pays, cette pratique est très fréquente pour permettre la subsistance de la famille, l'intérêt de l'enfant est sacrifié<sup>204</sup>. La pauvreté est donc la première raison qui favorise ce phénomène. Les parents n'ont plus la possibilité d'envoyer les enfants à l'école et de subvenir à leurs autres besoins. Ces derniers vont devoir travailler pour leur survie et pour aider leurs parents à la survie de la famille. Les différentes crises qui ont touchées le pays ces

---

<sup>199</sup>V. V. BONNET, id

<sup>200</sup>R. HODGKING et P. NEWELL, « Manuel d'application de la convention relative aux droits de l'enfant », pour l'UNICEF, 2002, p. 273

<sup>201</sup>[http://www.unicef.org/french/protection/57929\\_58006.html](http://www.unicef.org/french/protection/57929_58006.html) consulté en mars 2017

<sup>202</sup>Journal télévisée de TV plus Madagascar du 26 avril 2018, à 19h : le viol des petites filles de 5 à 16 ans ne cesse d'augmenter en ce moment au sein de la famille

<sup>203</sup>V. Art 333 quater loi N° 2007-038 op cit

<sup>204</sup>H. RAHARIJAONA, « La protection de la personne de l'enfant dans le droit positif malgache », p. 29

dernières années n'ont pas amélioré la situation économique des malgaches. La pauvreté ne cesse de gagner du terrain. Ainsi, à la capitale et en provinces, la prostitution des jeunes filles et même des garçons est une réalité. Cette prostitution est même en train de se transformer en un tourisme sexuel. En effet, nombreux sont les étrangers qui sont intéressés par ces enfants. C'est une pratique dégradante qui est inacceptable. Enfin, la pratique traditionnelle de certaines régions accepte cette exploitation sexuelle des enfants. Dans le sud de Madagascar, par exemple, il y a les « tsenan'ampela » ou marchés aux femmes où l'on pourrait rencontrer des jeunes filles qui se livrent à une exploitation sexuelle. Certains parents livrent leurs jeunes filles à la prostitution aux acheteurs et propriétaires de zébus<sup>205</sup>.

### 3- Le manquement des parents à leurs devoirs et obligations

Il s'agit de la non-exécution des devoirs parentaux qui est constitutive d'une négligence ou d'abandon de famille selon le cas. La négligence se manifestera sur le plan physique, sur la santé ou sur l'éducation de l'enfant. L'indifférence des parents<sup>206</sup> à l'égard des besoins vitaux de l'enfant est une forme de maltraitance. D'abord, l'absence d'entretien de l'enfant est la plus grave des négligences. L'enfant se trouve privé des soins fondamentaux tels que la nourriture ou les soins médicaux en cas de maladie. Cette privation pourra compromettre gravement la santé de l'enfant. Toutefois, quand la carence des parents est imputable à leur situation sociale ou économique, l'on ne pourra pas retenir l'absence de soins et d'aliment de la part des parents. La majorité des enfants malgaches se trouvent victimes de cette absence de soins et d'alimentation, malheureusement, ce sont des enfants dont la famille vit dans la pauvreté. Cela n'est donc pas vraiment la faute des parents. Enfin, le défaut de garde et de surveillance des parents est très dangereux pour l'enfant. L'enfant sera victime d'un manque de direction. Il sera livré à lui-même et risque de succomber à la délinquance juvénile. Concrètement, cette dernière forme de négligence prendra la forme d'un délaissement ou d'une exposition de l'enfant. Les parents décideront d'abandonner définitivement l'enfant.

---

<sup>205</sup><http://latribune.cyber-diego.com/societe/980-madagascar--apres-quatre-annees-de-crise-de-plus-en-plus-denfants-maltraites.html> consulté en mars 2017

<sup>206</sup>C. NEIRINCK, « La protection de la personne de l'enfant contre ses parents », LGDJ, Paris, 1984, p. 100

## Paragraphe 2: L'indifférence de la société face aux problèmes familiaux

### A- La défaillance de l'Etat dans l'accomplissement de ses obligations

#### 1- L'inexistence des mesures de protection législative, administrative et sociale

L'intervention de l'Etat malgache dans la protection de la famille est un engagement qu'il a pris à travers les différentes conventions internationales ratifiées. De ce fait, il a l'obligation de mettre en place des mesures législatives, administratives et sociales pour protéger la famille et chaque membre de la famille. S'agissant des mesures législatives et administratives, les modifications du droit positif malgache apportées par le législateur permettent déjà de garantir cette protection. Le respect des droits et obligations de chaque membre de la famille devrait, en principe, permettre d'organiser les rapports familiaux. D'autant plus que la violation de ces droits et obligations est sévèrement réprimée. Pourtant, il ne suffit pas de légiférer, il faut les appliquer. Sans application, ces mesures législatives resteront vaines. S'agissant des mesures sociales, elles sont presque inexistantes dans le pays. En effet, les institutions spécialisées dans la prise en charge des victimes de la violence au sein de la famille sont insuffisantes. Il en est ainsi, des femmes victimes de violence conjugale et des enfants victimes de maltraitance. Ainsi, par exemple, les mesures d'assistance éducative aux enfants victimes de maltraitance sont encore difficilement réalisables à cause du manque de moyen fourni par l'Etat. L'inexistence des mesures d'orientation ou d'accompagnement temporaire des parents dans l'exécution de l'autorité parentale ou des institutions agréées est un grand obstacle à l'effectivité des mesures de protection de l'enfant.

#### 2- Le manque de prestation de la part de l'Etat

L'Etat ne procure pas les prestations dont la famille a besoin pour vivre et permettre l'épanouissement de ses membres, surtout s'agissant des droits de l'enfant au sein de la famille. Force est de constater que les conditions de vie actuelle des familles dans le pays sont déplorable, non seulement par rapport à leurs situations économiques, mais aussi et surtout par rapport à leurs situations juridiques. S'agissant de la vie conjugale, certains endroits du pays sont si éloignés que les couples doivent se contenter de vivre en concubinage. Effectivement, dans certaines zones enclavées<sup>207</sup>, il n'y a aucune institution administrative qui peut assurer la réalisation du mariage civil. Or un mariage célébré en l'absence du maire ou à la limite du chef fokontany n'est pas reconnu au regard du droit malgache et ne produira

---

<sup>207</sup> Districte Nosy Be Anala, commune Niarovana Marosampanana, Fokontany Ampitandrano enquête 2014, ministère de l'agriculture.

aucun des effets du mariage. Dans ces zones enclavées, le chef de village ne détient pas la légitimité légale comme le chef fokontany. Il ne détient qu'une légitimité traditionnelle. De ce fait, il ne pourra pas célébrer un mariage et transmettre le PV au maire compétent. En outre, s'agissant de l'établissement de la filiation, jusqu'à nos jours, nombreux sont les enfants qui n'ont pas un acte de naissance tant dans les milieux urbains que dans les milieux ruraux. Ce qui peut être source de problème notamment pour la réclamation des droits et obligations issus de la filiation. Effectivement, l'acte de naissance est la preuve de la filiation d'une part, et il est nécessaire afin d'établir l'identité de l'enfant. L'Etat malgache est aussi défaillant dans ce domaine. Ce sont alors les ONG<sup>208</sup> et les associations, conscients de l'importance de l'acte de naissance, qui effectuent des opérations et des actions sociales pour permettre à chaque enfant malgache d'attribuer son acte de naissance.

## B- Une abstention de la part de la société

### 1- Le silence de la victime

Les coutumes et les pratiques traditionnelles malgaches accordent un caractère privé et secret aux problèmes familiaux. Les malgaches sont très pudiques. Par conséquent, tant qu'ils peuvent cacher leurs problèmes<sup>209</sup> et les résoudre eux-mêmes, ils n'en parlent nulle part, ni à qui que ce soit. Le silence de la victime est donc le premier obstacle à la protection de la famille à Madagascar. D'une part, la non-exécution de certaines obligations entre époux, par exemple, est tolérée par la majorité des malgaches. Il en est ainsi de la contribution aux charges du mariage. S'agissant du cas des enfants victimes de maltraitance au sein de leurs familles, souvent, ils gardent le silence par crainte des responsables. A titre d'exemple, seulement 1,3 des cas traités par le « Trano Aro Zo » concerne les enfants victimes de maltraitance au sein de sa famille. D'autre part, la règlementation des problèmes familiaux est dans la plupart des cas étouffée par le « raharaham-pihavanana<sup>210</sup> ». Il s'agit d'un arrangement à l'amiable au sein de la famille elle-même. Ce genre d'arrangement est très fréquent entre les époux. Par exemple, la plupart des problèmes conjugaux qui arrivent à la connaissance du service de protection de l'enfant et des mœurs à Andrefan'Ambohijanahary sont l'adultère et les violences conjugales. Mais parfois avant la transmission de l'affaire devant la juridiction compétente, la partie demanderesse retire sa plainte. Aucune poursuite ne sera donc engagée.

---

<sup>208</sup> Le rotary club par exemple

<sup>209</sup> Proverbe malgache : ny adalan'ny hafa hiomehezana fa nyan'ny tena tafin-damba. Littéralement: Il est facile de rire des défauts des autres mais il faut cacher nos défauts.

<sup>210</sup> Ltn RANOROMANANA

L'époux qui a retiré sa plainte se trouve de nouveau exposé à un risque de violation de ses droits.

Toutefois, le silence de la victime peut parfois résulter de la méconnaissance de ses droits. La sensibilisation et la vulgarisation du droit à Madagascar sont insuffisantes. Certes, « nul n'est censé ignorer la loi ». Toutefois, des mesures doivent être prises pour faciliter la connaissance des droits fondamentaux de tous les citoyens. En effet, s'agissant de l'organisation de la vie familiale, la lecture des droits et obligations des époux lors de la célébration du mariage est loin de suffire pour qu'ils sachent l'étendue et les limites de leurs droits entre époux et envers les enfants qui vont naître de cette union. Pour ce faire, l'Etat, les associations et les ONG devront sensibiliser tous les membres de la famille : mari, femme et enfants de leurs droits et obligations au sein de la famille. La mise en place de plusieurs cliniques juridiques comme le Trano Aro Zo serait nécessaire. Enfin, cette sensibilisation devrait également toucher les tiers de leurs obligations comme l'obligation de signalement par exemple.

## 2- L'obligation de signalement pour les maltraitances infantiles

### a- Les modalités d'exercice de l'obligation de signalement

Toute personne ayant connaissance d'une maltraitance consommée ou tentée sur un enfant doit prévenir l'autorité compétente : c'est l'obligation de signalement<sup>211</sup>. Pour préserver l'intérêt et le bien-être de l'enfant, l'exécution de cette obligation a été facilitée afin d'encourager les dénonciations. Ainsi, toute autorité administrative ou judiciaire est compétente pour recevoir le signalement. L'article 69 de la loi 2007-023 du 20 Août 2007 sur les droits et protection des enfants énonce la liste des personnes qui sont tenues de cette obligation de signalement : il peut s'agir des parents, des membres de la famille, des voisins, des amis, des autorités locales, ... Cette liste n'est pas exhaustive car tout le monde sans exception est soumis à cette obligation. Quant à l'autorité administrative compétente, elle peut être par exemple, le « fokontany », la police, la gendarmerie,... Par la suite, l'une de ces autorités qui sera saisie aura la charge de saisir la juridiction compétente qui est le juge des enfants en la matière. Toujours dans le but d'inciter les gens à dénoncer la maltraitance, le signalement n'exige pas une forme précise. Il pourra se faire verbalement ou par écrit. En outre, le dénonciateur pourra garder l'anonymat pour sa protection. Enfin, la non-exécution de

---

<sup>211</sup>V. Article 69 de la loi 2007-023 op cit

cette obligation de signalement sera assimilée au délit d'omission<sup>212</sup> : le non obstacle à la commission d'une infraction ou la non-assistance de personne en danger.

b- La non-exécution de l'obligation de signalement

Les tiers sont indifférents par rapport à la situation de l'enfant<sup>213</sup>. Ils ferment les yeux par rapport à la maltraitance que l'enfant subit. Ils ne procèdent pas au signalement auprès de l'autorité compétente. Ils ne sont pas forcément de mauvaise foi, mais parfois, c'est dû à leur ignorance de l'obligation de signalement qui pèse sur eux. Ils peuvent aussi décider de garder le silence volontairement par peur ou par lâcheté<sup>214</sup>. En effet, la peur des représailles empêche les tiers de pratiquer le signalement. Les parents peuvent menacer les voisins qui s'aventureraient à les dénoncer. Ils peuvent aussi les interdire de s'immiscer dans les relations personnelles entre parents et enfant. En effet, les parents pensent avoir des droits absolus sur l'enfant en vertu de l'autorité parentale. Vu que le droit au respect de la vie familiale et de la vie privé est un droit fondamental inhérent à tout être humain<sup>215</sup>, les tiers décident de ne pas se mêler des rapports entre parents et enfant. Ils ne se rendent pas compte de la gravité de la situation et ne considèrent pas l'intérêt supérieur de l'enfant. Enfin, le problème du manque de centre d'accueil à Madagascar est un frein à la dénonciation de la maltraitance d'un enfant au sein de sa famille. Effectivement, la suite logique de l'obligation de signalement sera la déchéance de l'autorité parentale et la prise en charge de l'enfant, or ces centres sont insuffisants dans le pays car ils sont déjà saturés et ne peuvent plus recueillir d'autres enfants.

Toutefois, il convient de remarquer que les signalements ne sont pas totalement inexistant à Madagascar. Ils ne sont pas seulement très fréquents. La SPEM Andrefan'Ambohijanahary recueille environs dix (10) signalements par mois, et au niveau des brigades de la gendarmerie, ils sont aussi fréquents. Après réception de la dénonciation, la SPEM convoque les responsables de la maltraitance, effectue une enquête et renvoie l'affaire devant le juge des enfants si les preuves sont établies.

---

<sup>212</sup> V. Art 62 du CP

<sup>213</sup> V. C. NEIRINCK, op cit p. 123

<sup>214</sup> V. A. SERRES, « Le grand livre des droits de l'enfant », Edition 2000, p. 63

<sup>215</sup> V. Art 10 DUDH

## SECTION 2 : Les prérogatives élargies des parents vis-à-vis de leurs enfants

Le législateur malgache cherche à protéger la famille et surtout le lien de droit qui unit chaque membre de la famille à travers le mariage et la filiation. Ainsi, dans toutes ses dispositions législatives, il a cherché à équilibrer les droits, les obligations et les libertés de chaque membre afin d'éviter tout abus ou tout comportement qui risquerait d'altérer ce lien juridique. Les époux ont les mêmes droits et obligations dans l'organisation de la vie familiale. La hiérarchisation de la famille n'a donc aucun effet dans leurs rapports personnels. Depuis l'instauration de l'égalité de genre, le mari et la femme se retrouvent sur un même pied d'égalité. En principe, ils s'occupent de la direction matérielle et morale de la famille ainsi que de l'exercice de l'autorité parentale. C'est au niveau du rapport entre parents et enfant que la hiérarchisation de la famille se manifeste le plus. En effet, les parents détiennent et exercent l'autorité parentale. Bien qu'elle soit limitée par l'intérêt supérieur de l'enfant d'une part, et par les droits fondamentaux de l'enfant d'autre part, elle revêt toujours une idée de pouvoir des parents qui est imposé aux enfants. Ainsi ces derniers se trouvent dans l'obligation de respecter et d'obéir face aux parents. Toutefois, l'émergence de nouveau droit de l'enfant comme la considération de son opinion sur toute décision le concernant, par exemple, limite de plus en plus le pouvoir des parents. Ainsi, le droit d'obéissance qu'il doit à ses parents se fera en fonction de sa faculté de discernement<sup>216</sup>. Quant au droit de respect, il s'impose aux enfants, peu importe leurs âge. La société malgache et le législateur malgache accordent beaucoup d'importance à cette hiérarchisation au sein de la famille, surtout au respect de l'enfant vis-à-vis de ses parents. Ainsi, certaines dispositions du droit positif malgache donnent des prérogatives aux parents qui leur permettent soit de rejeter un enfant soit de le déshériter.

### Paragraphe1 : Le paradoxe de la protection de la famille par rapport au rejet

#### A- Le rejet : sanction prononcée à l'encontre d'une enfant majeur

Le rejet est « une sanction infligée à l'enfant majeur par son père, sa mère, son ascendant ou la personne qui l'a adopté »<sup>217</sup>. Il s'agit d'une sanction coutumière qui a été intégrée dans le droit positif malgache. L'importance que la société malgache accorde au respect des parents et des ascendants ainsi qu'à la cohésion et à la solidarité familiale justifie cette sanction. A titre d'illustration, nombreux sont les proverbes malgaches qui évoquent ce devoir

---

<sup>216</sup>CDE op. cit

<sup>217</sup>V. Art 79 alinéa 1 loi 63-022 op. cit

de respect que les enfants doivent à leurs parents<sup>218</sup>. En effet, ils ont un devoir de gratitude envers leurs parents. De ce fait, toute atteinte à l'honneur familial, et tout manquement de l'enfant à ses devoirs envers leurs auteurs pourront être sanctionnés par le rejet. Rappelons que les devoirs de l'enfant sont le devoir de respect et l'obligation alimentaire qui est le corolaire du devoir de secours et d'assistance. Donc, le rejet doit être motivé par le non-respect d'un de ces droits.

#### B- La particularité de la procédure de rejet

Conscient que le rejet est une sanction coutumière très grave<sup>219</sup>, le législateur impose des conditions quant à son exercice. En effet, la première conséquence du rejet est la rupture du lien de filiation ou parenté entre le rejetant et le rejeté. Ce qui implique l'anéantissement de tous les droits et obligations nés de la filiation. En outre, la décision de rejet est irrévocable. Une fois prononcée, aucun rétablissement de la filiation ne sera plus possible. C'est pourquoi une procédure particulière a été mise en place pour le rejet. D'abord, seuls les enfants majeurs peuvent être concernés par le rejet. Il est strictement interdit de rejeter un enfant mineur, peu importe son comportement. Ensuite, Le président du TPI est compétent pour se prononcer en la matière. Une fois saisie, il a l'obligation de convoquer les parties et de procéder à la réconciliation. La décision de rejet ne pourra être prononcée que lorsque la réconciliation est infructueuse.

#### C- Les inconvénients du rejet

Malgré l'encadrement légal du prononcé du rejet, force est de constater les inconvénients de cette pratique. Non seulement ses conséquences sont très graves, mais il est aussi en contradiction avec l'idée de protection de la famille. En principe, l'objectif du législateur s'agissant du droit de la famille est de garantir la cohésion et la solidarité de la famille, ainsi que de protéger les liens juridiques entre chaque membre de la famille. Or, la décision de rejet entraîne une rupture définitive du lien de filiation ou de parenté, allant de la disparition des droits et obligations issus de la filiation, jusqu'au rejet du tombeau ancestral<sup>220</sup>. En outre, cette décision de rejet affecte l'intérêt de l'enfant, l'intérêt de la famille et l'ordre public familial. Certes, le rejet doit être prononcé à l'encontre d'un enfant majeur. Mais dans tous les cas, il porte atteinte à l'intérêt de ce dernier et à ses droits fondamentaux comme le droit à une

---

<sup>218</sup> Aza mitsipa-dohalaka-nitana, raha zanaka ts ymanaja ray aman-dreny miteraha mba hahita

<sup>219</sup> V. H. RAHARIJAONA, op.cit, p.6

<sup>220</sup> V. H. RAHARIJAONA, op. cit.

vie familiale. De plus, la rupture définitive du lien de filiation ou de parenté est une sanction trop sévère. Si à l'encontre des parents défaillants, le législateur ne prononce que la déchéance de l'autorité parentale qui ne touche que les attributs de l'autorité parentale, pourquoi ne pas réduire l'étendue du rejet à un certain droit découlant de la filiation sans aller jusqu'à cette extrême mesure? Enfin, tout abus de la part des parents est toujours possible. La preuve de l'établissement du manquement de l'enfant à ses devoirs est libre. Elle pourra donc être établie facilement. Notamment à l'heure actuelle où les familles recomposées deviennent de plus en plus nombreuses, les parents risquent de faire recours au rejet pour évincer les droits des enfants du premier ou du deuxième lit. En effet, un enfant ayant fait l'objet d'un rejet ne pourra pas accéder à la succession de son auteur.

#### Paragraphe2 : Un pouvoir absolu des parents sur leurs biens

Bien que l'étude sur les rapports pécuniaires existants au sein de la famille ait été écartée tout au long de cette étude, il convient d'apporter une précision sur les pouvoirs des parents sur leurs biens et sur la transmission de leurs patrimoines à leurs enfants. Rappelons que la filiation fait naître des droits successoraux réciproques entre parents et enfant. En principe, les enfants ont le droit d'hériter de leurs auteurs. D'ailleurs, la règle de la dévolution successorale prévoit ce droit des enfants. Ainsi, les enfants se retrouvent à la première classe. Ils héritent automatiquement de leurs parents après leur décès. Toutefois, cette règle n'est pas d'ordre public. Elle peut être écartée facilement par testament. S'agissant du testament, le législateur malgache protège la liberté testamentaire en vertu du principe du masi-mandidy<sup>221</sup>. Le testateur dispose d'une très grande liberté dans son testament. Il n'est pas lié par la filiation ou le lien de sang qui l'unit à ses enfants, il pourra décider de donner ses biens à la personne de son choix. De ce fait, il pourra également déshériter un ou tous ses enfants. Pour le législateur malgache, et la société malgache, cette règle semble bien fondée et ne pas porter atteinte à la cohésion et à la solidarité de la famille. Mais pourtant, quand le principe de liberté testamentaire est utilisé pour déshériter un enfant, il est inévitable que l'ordre public familial et la cohésion de la famille seront affectés. En plus, l'exhérédation d'un enfant contrairement au rejet n'a pas besoin d'être motivée. Il est donc fort probable que les parents pourront abuser de ce droit et de cette liberté.

---

<sup>221</sup> V. Art 46 de la loi 68-012 op cit

Contrairement au droit malgache, le droit français apporte plus de sécurité aux droits successoraux dans une famille. Il a donc institué le principe de la réserve héréditaire<sup>222</sup>. Certains héritiers comme les enfants ne peuvent en aucun cas être écarté de la succession du *cujus*. Ils bénéficient d'une quotité qui leur est réservée et dont le testateur ne pourra pas disposer. Toutefois, ce dernier dispose d'une quotité appelée quotité disponible. Il pourra disposer de cette quotité librement. Le législateur français assure donc un minimum de protection aux enfants et limite les pouvoirs des parents sur leurs biens. Tout cela, dans le souci de préserver la solidarité familiale.

---

<sup>222</sup> V. Y. BUFFELAN-LANORE op cit p. 614

## CONCLUSION

Il est indéniable que le mariage est l'acte fondateur d'une famille<sup>223</sup>. En principe, la protection des époux et des enfants découle du mariage. Ainsi, le législateur malgache protège rigoureusement la famille légitime. Dès la formation du mariage, il impose des conditions strictes qui garantissent et permettent la protection des époux jusqu'à sa dissolution. Quant aux enfants, ils ne subissent pas les conséquences de la dissolution de ce mariage. Ces mesures montrent la volonté remarquable du législateur malgache à protéger la famille. Il s'efforce d'améliorer la mise en conformité du droit positif malgache aux exigences des conventions internationales s'agissant du droit de la famille. Mais en même temps, il doit aussi se soucier de l'adaptation du droit de la famille avec les droits coutumier<sup>224</sup>. De là surgit le premier obstacle à l'effectivité de la protection de la famille dans le droit positif malgache. En effet, les coutumes locaux, le législateur malgache et les conventions internationales ont une conception différente de la famille. Le législateur malgache ne reconnaît que la famille légitime. De ce fait, il n'accorde aucune protection aux concubins. Pourtant, la situation de ces concubins mérite aussi d'être règlementée. Mais la protection de la famille ne se limite pas au mariage. La filiation et le divorce devraient également être règlementés de manière à garantir la cohésion et la protection de la famille. Pourtant, s'agissant de la filiation, en considération de la primauté de l'ordre public familial, le législateur malgache refuse de reconnaître l'égalité de tous les enfants alors que la DUDH et la CDE prônent l'égalité entre les êtres humains et la non-discrimination à l'égard des enfants. Sans oublier l'intérêt supérieur de l'enfant qui est violé par cette inégalité. En outre, seule l'existence d'une faute peut entraîner un divorce ; ce qui est source d'un véritable batail entre les époux pour bénéficier des avantages du divorce. Il est fort à parier qu'après le prononcé du divorce, plus aucune relation ne puisse exister entre les ex-époux, ce qui abime la famille<sup>225</sup>. Alors que le divorce par consentement mutuel permet d'une certaine manière de garantir la cohésion de la famille. Le législateur malgache devrait, donc, s'efforcer de voir l'évolution de la société, de l'ordre public et des bonnes mœurs afin prendre les mesures adéquates pour que le droit puisse apporter une solution à tous les problèmes existants au sein de la famille. Comme l'adage latin le dit bien : « ubi societas, ubi jus », le droit positif malgache ne devrait-il pas évoluer au rythme de la société ? En même temps, il devrait revoir les dispositions du droit

---

<sup>223</sup>P. Malaurie, op cit, p53

<sup>224</sup><http://www.madagascar-tribune.com/Necessite-d-un-code-civil,4249.html> consulté en août 2017 Mme Nelly RalambondrainyRakotobe

<sup>225</sup>R. ANDRIANAIVOTSEHENO op cit

positif qui nuisent à l'intérêt de la famille comme les dispositions relatives au rejet par exemple. Pourtant, il faut impérativement éviter le mimétisme au droit international ou au droit français. N'oublions pas que le droit de la famille est un droit original qui se nourrit de données humaines et d'idéologie<sup>226</sup> ; toute modification du droit de la famille malgache telle que la mise en place du divorce par consentement mutuel ou l'égalité entre tous les enfants ne devrait pas menacer l'ordre public et les bonnes mœurs. Ainsi, par exemple, l'acceptation du mariage homosexuel est totalement contraire aux valeurs morales malgaches et au mariage institution lui-même ce qui est donc, inconcevable actuellement.

Donc, le législateur malgache devrait renforcer et revoir certaines dispositions du droit positif pour que la protection soit effective. Le juge de son côté doit, également, veiller à la bonne application des lois pour garantir la cohésion, la solidarité et la protection de la famille.

---

<sup>226</sup>P. Malaurie, op cit, p27

UNIVERSITE D'ANTANANARIVO



FACULTE DE DROIT, D'ECONOMIE,  
DE GESTION ET DE SOCIOLOGIE

(D. E. G. S.)

MASTER 2 - DROIT

### ATTESTATION DE RECHERCHE

Le Responsable de la Formation en Master II – Mention Droit de la Faculté de Droit, d'Economie, de Gestion et de Sociologie à l'Université d'Antananarivo, soussigné, atteste que

RAKOTOSOLOFO Nandrianina Valérie  
Etudiante en Master II – Droit Privé Appliqué

est régulièrement inscrite à la Faculté de Droit, d'Economie, de Gestion et de Sociologie de l'Université d'Antananarivo, au titre de l'année 2016-2017.

Dans le cadre de la préparation de la rédaction de son mémoire dont le thème sur « La protection de la famille dans le droit positif malgache », elle est amenée à effectuer des travaux de recherche auprès de divers institutions et/ou organismes.

Le Département Droit et le Responsable soussigné remercient d'avance tous ceux et toutes celles qui pourront la recevoir dans le cadre de ce travail de recherche.

La présente attestation est délivrée pour servir et valoir ce que de droit.

Antananarivo, le 18 Janvier 2018



6 0 8 1 0 3 1 1 8

TSOHARA Ravelojaona Madera  
Ambasci au Bureau de Madagascar  
KOLITE 09 AE Soanierana  
ANTANANARIVO  
Tel : 032 05 294 36 / 034 66 285 85

ce 27/04/18



## **I- OUVRAGES SPECIFIQUES**

- 1- BATTEUR Annick, « *droit des personnes, des familles et des majeurs protégés* », LGDJ, 7ème édition, 2013, 522p.
- 2- BONNET Vincent : « *Droit de la famille* », Edition Paradigme, 3ème Edition, 2011, 312 p.
- 3- HESS-FALLON Brigitte & SIMON Anne-Marie : « *Droit de la famille* », 7ème édition, DALLOZ, Paris 2009, 274 p.
- 4- MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, « *Droit de la famille* », Edition Cujas, Paris 1987, 507p.
- 5- MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, « *La famille* », Edition Lextenso, 3ème édition, Paris 2009, 743p.
- 6- MURAT Pierre, « *Droit de la famille* » Edition Dalloz, 4ème édition, novembre 2007, Paris 1553p.
- 7- RENAULT-BRAHINSKY Corinne, « *Droit des personnes et de la famille* », Edition Lextenso, 16ème édition, 2017-2018, août 2017, 250 p. (AUF)
- 8- RUBELLIN-DEVICHI, « *droit de la famille* », Edition Dalloz, Paris 2001, 932p
- 9- XEMARD Clara Bernard, « *cours de droit des personnes et de la famille* », Edition Lextenso, 3ème édition, 2017-2018, 559p (AUF)

## **II- OUVRAGES GENERAUX**

- 1- BUFFELAN-LANORE Yvaine & LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, « *droit civil : introduction, biens* », personnes, famille ; 15ème édition, DALLOZ, Paris 2007, 975p.
- 2- FOURNIE Anne-Marie : « *La protection judiciaire de l'enfance en danger* », librairie technique, 4ème trimestre 1971 n° 549-1228, 64 p.
- 3- HODGKING Rachel et NEWELL Peter: « *Manuel d'application de la convention relative aux droits de l'enfant* », pour l'UNICEF, 2002, 793p
- 4- NEIRINCK Claire : « *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents* », librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1984, 453 p.
- 5- PEDAMON Michel, « *Les grandes tendances du droit de la famille à Madagascar* », Annale de l'université de Madagascar, Droit, 1965, 27p.
- 6- RAHARIJAONA Henri : « *la protection de la personne de l'enfant dans le droit positif malgache* », 288 p

- 7- RAHARIJAONA Henri : « *la femme, la société et le droit malgache* », 23p.
- 8- RENAULT-BRAHINSKY Corinne, « *Le nouveau divorce sans juge, le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire* », Lextenso, Avril 2017, 76p
- 9- SERRES Alain : « *le grand livre des droits de l'enfant* », Edition Rue du monde, 2000, 91 p.

### **III- ARTICLES DE REVUE**

- 1- ANDRIANAIVOTSEHENO Ravaka, « *Des réformes indispensables en droit positif malgache du divorce ?* », Revue de la faculté de droit, d'économie, de gestion et de sociologie, n°3, 2011, p. 21-40
- 2- ESOAVELOMANDROSO Faratiana, « *Contribution à une réforme du divorce en droit malgache* », Revue de la faculté de droit, d'économie, de gestion et de sociologie, n°1, 2009, p. 5-16
- 3- ESOAVELOMANDROSO Faratiana, « *Première remarque sur l'autorité parentale dans la loi 2007-023* », Revue de la faculté de droit, d'économie, de gestion et de sociologie, n°3, 2011, p. 5-20

### **IV- TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES**

#### **A- LES TEXTES INTERNATIONAUX**

Recueil des textes régionaux, sous régionaux et internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par Madagascar, juillet 2017, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme à Madagascar 195p :

- 1- Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ratifié le 21 juin 1971
- 2- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ratifié le 22 septembre 1971
- 3- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 ratifiée le 09 mars 1992
- 4- Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de juillet 1990 ratifiée le 30 mars 2005
- 5- Convention relatif aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ratifié le 19 mars 1991

- 6- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 ratifiée le 13 décembre 2005

## **B- LES TEXTES NATIONAUX**

- 1- Constitution Malgache du 11 décembre 2010
- 2- Loi n° 63-022 du 20 novembre 1963 sur la filiation, l'adoption, le rejet et la tutelle (J.O. n° 324 du 30.11.63, p.2479) modifiée par la Loi n° 2005-014 du 7 septembre 2005 relative à l'adoption. (J.O. n° 3022 du 03/04/2006 p.1917) modifiée par la Loi n° 2007-023 du 20 août 2007 sur les droits et la protection des enfants. (J.O. n° 3163 du 28/01/2008 p.158)
- 3- Loi n° 66-003 du 2 juillet 1966 sur la théorie générale des obligations (J.O. n° 486 du 09.07.66, p.1429 ; Errata : J.O. n° 489 du 23.07.66, p. 1657 ; du 14.01.67, p. 35 et du 30.11.68, p. 2229)
- 4- Loi n° 68-012 du 4 juillet 1968 relative aux successions, testaments et donations (J.O. n° 598 du 13.07.68, p.1438)
- 5- Loi n° 2007-022 du 20 août 2007 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux (J.O. n° 3 163 du 28/01/08, p. 131)
- 6- Loi n° 2007-023 du 20 août 2007 sur les droits et la protection des enfants (J.O. n° 3 163 du 28/01/08, p. 158)
- 7- Loi n° 2007-038 du 14 janvier 2008 modifiant et complétant certaines dispositions du code pénal sur la lutte contre la traite des personnes et le tourisme sexuel
- 8- Loi n° 2016-038 modifiant et complétant certaines dispositions de l'ordonnance n° 60-064 du 22 juillet 1960 portant code de la nationalité malagasy
- 9- Ordonnance n° 60-025 du 04 mai 1960 portant répression de l'abandon de famille (J.O. n° 98 du 7.5.60, p.804)

## **V- Le code**

### **Code pénal malgache**

## **VI- Les dictionnaires**

- 1- Dictionnaire le Robert, nouvelle édition, Paris 2017, 1074p
- 2- Gornu. G, « vocabulaire juridique », Association Henri CAPITANT, Paris, PUF, 2007

## **VII- WEBOGRAPHIE**

- 1- <http://latribune.cyber-diego.com/societe/980-madagascar--apres-quatre-annees-de-crise-de-plus-en-plus-denfants-maltraites.html> consulté en mars 2017
- 2- <http://www.madagascar-tribune.com/Necessite-d-un-code-civil,4249.html>  
consulté en août 2017
- 3- <http://fr.africatime.com/madagascar/articles/violence-et-maltraitance-des-enfants-ligne-verte-147-disponible-pour-les-proteger> consulté en novembre 2017
- 4- <https://www.legavox.fr/blog/jerome-chambron/notion-bonnes-moeurs-droit-civil-17005.htm> consulté en mars

## TABLE DES MATIERES

Sommaire	1
Liste des abréviations	2
Introduction	3
Titre I : La règlementation des rapports familiaux	6
Chapitre I : Une situation privilégiée des couples mariés : « une union protégée »	7
Section 1 : Le mariage : fondement de la protection du rapport entre époux	7
Paragraphe 1 : La nature juridique du mariage	8
Paragraphe 2 : La différence entre le mariage civil et les autres formes de mariage	10
A- Les unions non-appréhendées par le droit positif malgache	10
1- Le mariage religieux	10
2- Les fiançailles	10
3- Le concubinage	11
B- Les particularités du mariage civil	12
1- Le caractère public et solennel du mariage civil	12
2- Le mariage coutumier	13
3- L'opposabilité erga omnes du mariage civil	14
4- L'opposition à mariage et la préservation de l'ordre public	15
Section 2 : Le mariage : garant de la stabilité de la vie conjugale	16
Paragraphe 1 : Egalité et réciprocité des obligations entre époux	17
1- La cohabitation des époux au sein du domicile conjugal	17
2- Des obligations personnelles pour le bon fonctionnement du ménage	18
Paragraphe 2 : L'administration de la famille par les époux	20
A- La famille : institution à deux chefs ?	20
B- La direction morale et matérielle de la famille	21
1- Le contenu de la contribution aux charges du mariage	22
2- Les modalités de la contribution aux charges du mariage	22
Chapitre II : La filiation : source de droits et obligations entre parents et enfant	24
Section 1 : L'établissement de la filiation	24

Rappel sur les modes d'établissement de la filiation	25
Paragraphe 1 : Une inégalité de traitement des enfants par le droit positif malgache	26
A- La suprématie de la filiation légitime	26
B- Une discrimination à l'égard des enfants adultérins et incestueux	27
C- La particularité de la filiation établie par adoption	28
Paragraphe 2 : Les attributs de la filiation	29
A- Des droits et obligations entre parents et enfant	29
1- Le droit de l'enfant à une vie familiale	29
2- Une obligation de respect pesant sur l'enfant	29
3- La réciprocité des droits successoraux et de l'obligation alimentaire	30
B- La protection du lien de filiation	31
Section 2 : La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein de sa famille	32
Paragraphe 1 : L'exercice de l'autorité parentale et la préservation de l'intérêt supérieur de l'enfant	33
A- L'exercice de l'autorité parentale	33
B- Le contenu de l'autorité parentale	35
1- Les devoirs parentaux	35
a- Une obligation d'entretien et d'éducation de l'enfant	35
b- La sécurité de l'enfant	36
2- Le respect des droits fondamentaux de l'enfant au sein de sa famille	37
Paragraphe 2 : La répression des comportements fautifs des parents	38
A- La responsabilité civile des parents	38
B- La déchéance de l'autorité parentale	39
C- Le prononcé des sanctions pénales	40
Titre II : Les failles du droit positif malgache dans la protection de la famille	42
Chapitre I : Les difficultés quant à la résolution des problèmes familiaux	43
Section 1 : Le problème de l'application des lois à Madagascar	43
Paragraphe 1 : Une appropriation déviée des cultures occidentales sur la notion de famille	44
A- Vers une mise en conformité de la législation nationale aux conventions	44

internationales ?	
B- L'apparition de nouvelles structures de la famille non reconnue par le législateur malgache	45
1- Le refus du mariage homosexuel	45
2- Une forte augmentation du concubinage	46
Paragraphe 2 : Les difficultés quant à la résolution des problèmes conjugaux	46
A- La judiciarisation de la famille	47
1- La non-exécution d'une obligation par l'un des époux	47
2- La règlementation d'un désaccord entre époux	48
B- Une protection particulière de la femme malgache : le droit de misintaka	48
C- L'importance de la médiation familiale	49
Section 2 : Les enjeux du divorce pour faute	50
Paragraphe 1 : Une stricte règlementation de la dissolution du mariage institution	51
A- La sanction en cas de non-respect des conditions de formation du mariage : « la nullité »	51
1- La protection des intérêts personnels des époux	51
a- L'incapacité d'un ou des deux époux	52
b- L'existence d'un vice de consentement	53
2- La préservation de l'ordre public et des bonnes mœurs	53
a- L'existence d'une union antérieure	54
b- L'absence d'intention matrimoniale	55
3- L'institution du mariage institution pour la protection de l'époux de bonne foi	56
B- La dissolution du mariage par le divorce	56
1- La procédure de divorce	56
2- Les fonctions du divorce	57
Paragraphe 2 : Le rejet du divorce par consentement mutuel par le législateur malgache	59
Vers une contractualisation du droit de la famille en France	60
Chapitre II : La vulnérabilité des enfants face à l'autorité parentale	62
Section 1 : Une absence de contrôle de l'exercice de l'autorité parentale	62
Paragraphe 1 : Le non-respect des droits de l'enfant au sein de la famille	62

A- Les mauvais traitements infligés à l'enfant	63
1- Les violences domestiques	63
2- Les violences sexuelles	64
3- Le manquement des parents à leurs devoirs et obligations	65
Paragraphe 2 : L'indifférence de la société face aux problèmes familiaux	66
A- La défaillance de l'Etat dans l'accomplissement de ses obligations	66
1- L'inexistence des mesures de protection législative, administrative et sociale	66
2- Le manque de prestation de la part de l'Etat	66
B- Une abstention de la part de la société	67
1- Le silence de la victime	67
2- L'obligation de signalement pour les maltraitances infantiles	68
a- Les modalités d'exercice de l'obligation de signalement	68
b- La non-exécution de l'obligation de signalement	69
Section 2 : Les prérogatives élargies des parents vis-à-vis de leurs enfants	70
Paragraphe 1 : Le paradoxe de la protection de la famille par rapport au rejet	70
A- Le rejet : sanction prononcée à l'encontre d'un enfant majeur	70
B- La particularité de la procédure de rejet	71
C- Les inconvénients du rejet	71
Paragraphe 2 : Un pouvoir absolu des parents sur leurs biens	72
Conclusion	74
Attestation de recherche	76
Bibliographie	77
Table des matières	81

## **RESUME**

La famille est l'élément fondamental de la société. L'organisation des relations entre époux d'une part et l'organisation des relations entre parents et enfant d'autre part sont indispensables pour optimiser la protection légale de la famille. Le législateur malgache a, donc, institué le mariage et la filiation comme principaux fondements de cette protection. Pourtant, force est de constater un décalage remarquable entre la cohérence de la législation nationale et l'objectif visé. En effet, le mariage est l'acte fondateur de la famille mais la famille peut exister de fait en dépit de l'inexistence du mariage. Mais cette dernière n'est ni reconnue ni protégée par le droit positif. En outre, certaines dispositions de cette législation sont susceptibles de discussion par rapport à la finalité qui est de protéger la cohésion et la solidarité de la famille, il en est ainsi du rejet par exemple.

**Mots clés :** Mariage ; Légitimité ; Judiciarisation ; Ordre public familial ; Intérêt supérieur de l'enfant