

LA CODIFICATION : L'EXPERIENCE MALGACHE

Par Ramarolanto RATIARAY
Professeur à l'Université d'Antananarivo

1. Vide juridique et codification- L'histoire de la codification à Madagascar peut être initiée à partir d'un constat paradoxal mais désormais connu : le droit malgache- pour paraphraser les réflexions d'un auteur- est très dense, voire complet et pourtant on a pu parler du vide juridique malgache¹. Ce dont se plaignaient en réalité les acteurs du droit à Madagascar il y eut un temps, c'était de l'insécurité juridique : des textes introuvables sur un support quelconque, des jugements non publiés, des coutumes tenaces, des pratiques débridées, des lois désuètes ne répondant plus aux exigences du monde moderne et aux nécessités du développement économique...Bref autant de signes révélateurs d'une dérive juridique et, partant, annonceurs de mouvements de réforme et de mise en forme de la législation. La voie de la codification est ainsi toute tracée qui veut mettre un terme à cet immense désordre. Elle appelle une triple remarque, de fond, de forme et de méthode. Quant au fond, mises à part les codifications de la période royale, les codifications dans le contexte malgache s'entendent principalement dans la perspective de favoriser l'accès au droit et donc de se prémunir contre l'insécurité juridique que l'absence d'un tel accès aux règles de droit pourrait générer. Quant à la forme, ces codifications se présentent généralement en de simples "*codification - compilation*" ou consolidation ; cependant les figures de "*codifications - innovations*" sont tout aussi observées². Quant à la méthode, il s'avère impossible de vouloir présenter la codification de chaque branche du droit, Madagascar ayant codifié presque chaque secteur de son système juridique, du droit du mariage³ au droit du travail⁴ et du droit international privé⁵ au droit bancaire⁶ en passant par le droit de l'eau⁷ ou le droit maritime⁸...Aussi, la présente contribution s'efforcera-t-elle

¹ Cf. Ph. DELEBECQUE, Le droit du commerce international à Madagascar, in Mélanges Charles CADOUX, Tome II P.U.A.M 1998, 123 et ss.

² Sur les diverses définitions de la codification, cf. R.CABRILLAC, les codifications, PUF 2002, spéc. p. 53 et ss. Plus généralement, B.OPPETIT, De la codification, in "La codification, actes du colloque des 27 et 28 octobre 1995 de la faculté de droit de Toulouse", Dalloz 1996, 7 et ss.

³ Ord. 62.089 du 1^{er} octobre 1962 relative au le mariage (JORM du 19 octobre 1962, 236).

⁴ Loi 94.029 du 25 Août 1995 portant code du travail, (JORM du 25 septembre 1995, 2564).

⁵ Ord. 62.041 du 19 septembre 1962 portant dispositions générales de droit interne et de droit international privé (JORM du 28 septembre 1962.1982).

⁶ Loi 95.030 du 22 février 1995 relative à l'activité et au contrôle des activités de crédit (JORM du 4 mars 1996 éd. spéc. p. 292).

⁷ Loi 98.029 du 50 janvier 1999 portant Code de l'eau (JORM du 27 janvier 1999 éd. spéc. p. 735 et ss.).

⁸ Loi 99.028 du 3 février 2000 portant refonte du Code maritime (JORM du 8 février 2000 éd. spéc. p. 526 et ss.).

elle plus modestement de dessiner les grandes tendances ainsi que les résultats acquis ou espérés du mouvement de codification à Madagascar.

2. Histoire- Le phénomène de codification des textes juridiques à Madagascar remonte à une époque relativement lointaine puisqu'on l'observait déjà sous l'époque royale au XIX^{ème} siècle ; mais surtout, ce phénomène s'inscrit dans des circonstances historiques qui tendaient ou bien à répondre au souci de consolider la puissance du codificateur, ou bien à débusquer et à remédier aux failles d'un système juridique ou bien enfin à poser les bases d'un nouvel ordre juridique en faisant table rase du passé ou en tenant compte de ce passé en fonction du codificateur en cause. On retrouve là certaines des raisons possibles de toute codification¹. La première illustration de ce phénomène de codification date de 1828 par la promulgation du code de Ranavalona I, la dernière de 1996 date de l'institution d'un Comité de Réforme pour le Droit des Affaires (CRDA)² lequel d'ailleurs est toujours théoriquement à pied d'œuvre. Entre les deux il existe toute une panoplie de codifications des textes ou des coutumes malgaches lesquelles ont connu des fortunes diverses.

Sous la monarchie (1600(?)-1895), le phénomène de codification a débuté³ en 1828 par le code de Ranavalona Ière suivi des différents codes promulgués par les souverains successifs. On en a dénombré une dizaine. On ne citera que les plus célèbres d'entre eux, le code de 1828 mis a part : le code de Radama II (1862), les deux codes de Ranavalona II (février 1863 et septembre 1863), le code des 101 articles (1868) et le fameux code des 305 articles (1881). Il n'entre pas dans nos propos de vouloir exposer la teneur et la substance de ces différents codes. Ce qui nous intéresse c'est l'esprit qui a conduit à leur élaboration et la méthode suivie pour ce faire. A cet égard, un retour aux définitions et aux attentes de la codification s'impose. Les codifications de cette époque peuvent s'analyser plus en une codification à droit constant - si l'on peut se permettre cette transposition - qu'en une "codification-réelle", pour reprendre la terminologie de Monsieur le Doyen Cornu⁴. Mais la combinaison des deux méthodes n'est pas exclue dans la mesure où chaque promulgation de nouveaux textes sera l'occasion de faire revivre les anciennes dispositions. Il s'agissait en effet de porter à la connaissance de la population par voie écrite - donc en plus des discours Royaux sur les places publiques - l'état du

¹ Sur les techniques de codification, cf. R. CABRILLAC op.cit.189 et ss.

² Déc. 96.041 du 1^{er} février 1996 portant création d'une commission de réforme du droit des affaires (JORM du 1^{er} avril 1996, 976 ; cf. *infra* II^{ème} partie.

³ Une précision s'impose : on entendra par codification, la mise en forme écrite et reconnue par les partenaires internationaux de Madagascar de règles de droit censées encadrer la vie économique et sociale de l'époque. Les traditions orales étaient à la base de toutes les coutumes de l'île, mais à notre connaissance, seuls les codes de la monarchie Merina à compter du XIX^{ème} siècle répondraient à ces critères. Cf. G. JULIEN, les institutions politiques et sociales de Madagascar, éd. Guilmoto, Paris 1909, (2 vol.) spéc. le Tome II ; R. P. DUBOIS, Monographie du Betsileo, Paris 1938.

⁴ G.CORNU, L'élaboration du code de procédure civile, *in* La codification, actes du colloque de Toulouse des 27 et 28 septembre 1995, Dalloz 1996, 169.

droit positif existant, c'est à dire l'état des pénalités que l'on pouvait encourir si l'on s'adonnait à telle ou telle pratique déterminée¹. L'article 263 du code des 305 articles témoigne de cette continuité dans les textes royaux en décidant que : « *Les lois et coutumes anciennes jusqu'à ce jour observées, alors même qu'elles ne figureraient pas parmi les présentes, restent en vigueur et doivent être appliquées à l'égal des lois écrites réunies dans le présent code* ». Et le commentaire d'un spécialiste du droit malgache de l'époque précise : « *nous sommes en face d'une assise nouvelle ajoutée à un édifice antérieur, modifiant certes, dans une certaine mesure, l'architecture de l'édifice primitif, mais le continuant, l'achevant, le rectifiant, le perfectionnant*² ».

Reste une question : pourquoi ? Pourquoi - et comment - s'était-il fait que ces souverains malgaches du XVIII^e et XIX^e siècle, coupés du reste du monde, à la tête d'une population régie par les traditions orales - et dont seule une infime frange de la bourgeoisie était alphabétisée - sont-ils arrivés à vouloir codifier leurs lois et édits royaux ? La réponse tient, nous semble-t-il, non pas à une quelconque volonté de vulgariser la loi - les *Kabary* (les discours royaux sur la place publique) répondaient suffisamment à ce but- mais plutôt au dessein de montrer aux deux principaux partenaires et ennemis de l'époque - les anglais et les français - la volonté de Madagascar de vouloir entrer dans la modernité et ce faisant chercher peut-être à apaiser la tension montante entre principalement Madagascar et la France. Cette œuvre de codification est indubitablement malgache³ ; mais les écrits témoignent qu'elle avait puisé vraisemblablement son inspiration dans les premiers contacts que les membres des familles royales ont eus avec les anglais⁴ d'abord, les français ensuite⁵. Les affrontements successifs avec la France l'ont simplement porté à maturation. Ce qui, comme chacun le sait, n'a pas empêché que le phénomène

¹ La manière dont les textes étaient rédigés n'avait rien de commun avec le style du Code civil français. Comme l'énonce E-P THEBAULT, « il semble que nous nous trouvions en présence de règles de détail sans grand intérêt et non pas en face de ces préceptes juridiques généraux qui, dans une formule lapidaire, comme l'article 1382 C. civ., régissent toute une catégorie d'actes humains et de relations sociales. » in code des 305 articles, Institut des Hautes Etudes de Tananarive, Imprimerie officielle, 1960, 12.

² E-P THEBAULT, op.cit., 13.

³ Cf. les réflexions pittoresques de deux historiens de Madagascar, émises en leur temps, à propos de l'article 10 du code des 101 articles qui édicte la peine des fers à perpétuité contre quiconque essaierait de reprendre une instance pour laquelle un arrêt avait été rendu sous un des règnes précédents : « C'est là un des articles qui prouvent le mieux à quel point nous nous trouvons ici devant le produit d'esprits malgaches. Ordonner que tous les chicaneaux obstinés soient condamnés aux travaux forcés à perpétuité, voilà qui n'aurait jamais pu germer dans une cervelle européenne...avec une telle législation, combien de nos parlementaires prendraient le chemin de la Guyane! » ; cf. G.S.CHAPUS ET G.MONDAIN, Rainilaiarivony, un homme d'Etat malgache, Ed. De l'Outremer 1953, 100.

⁴ Qui, les premiers, ont reconnu la souveraineté de Radama I (1810-1828) sur tout Madagascar par le traité d'amitié et de commerce du 23 octobre 1817 et ont envoyé des membres de la haute noblesse ou bourgeoisie se former en Angleterre. Cf. E.RALAIMIHOATRA, Histoire de Madagascar, Editions de la librairie de Madagascar, 1982, 156 et ss.

⁵ Qui ont eu les faveurs de la Cour sous Ranavalona grâce à des personnalités comme De Lastelle, Laborde et Lambert Cf. E.RALAIMIHOATRA op.cit. 170 et ss.

colonial se produise. *Quant au fond du droit*, cette période monarchique de la codification ne doit pas être mésestimée : le droit positif actuel notamment en droit des biens et en droit de la famille et des personnes y puise sa substance. C'est ainsi que le principe de l'interdiction de la vente des terres aux étrangers, actuellement de nouveau sur la sellette¹, trouve ses racines dans l'article 85 du code des 305 articles² ou que - dans une autre matière - le principe actuel de l'interdiction de la bigamie puise ses fondements dans l'article 50 du même code³. *Quant à la forme et la technique*, généralement, ces codifications royales pouvaient être attribuées au souverain lui-même conseillé par ses proches collaborateurs dans le cas de Ranavalona Ière (1828-1861) dont la très forte personnalité laissait supposer qu'elle a dû participer à la confection du code qui porte son nom⁴. Elles étaient principalement l'œuvre du Premier Ministre Rainilaiarivony⁵ et de son équipe éventuellement influencés selon les époques par la présence anglaise ou française pour les autres codes⁶.

La période coloniale à Madagascar est une période pauvre en matière de codification non pas par nature mais plutôt par opportunité : le législateur colonial a renoncé à l'instar des autres expériences coloniales à une codification des coutumes⁷. C'était comme si face à la présence d'un arsenal juridique coutumier de droit écrit le clivage des juridictions en juridiction de droit coutumier et juridiction de droit moderne prenait tout son sens : le droit moderne - le code civil et le droit

¹ Les débats ont été vifs avant le vote de la récente loi du 27 Août 2003 qui remanie certaines dispositions de l'ordonnance du 3 octobre 1960 sur le régime foncier de l'immatriculation : loi 2003-029 du 27 Août 2003 (JORM du 28 Août 2003, éd. spéc.).

² Art 85 C. 305 art : « les terres à Madagascar ne peuvent être vendues ou données en garantie de capitaux prêtés, à qui que ce soit, sauf entre sujets du gouvernement de Madagascar ; celui qui vendrait ou donnerait en garantie une terre à un sujet étranger serait puni des fers à perpétuité. Le prix versé par l'acheteur ou le capital prêté ne pourrait plus être revendiqué et la terre retournerait à l'Etat » (Traduction G. Julien cité in E.P. THEBAULT, le code des 305 articles...)

³ Art. 50 code des 305 articles : « la polygamie n'est pas tolérée dans le royaume ; ceux qui s'y livreront seront punis d'une amende de deux bœufs et de dix piastres. S'ils ne peuvent payer, ils seront mis en prison à raison d'un sikajy (0,60 centimes) par jour, jusqu'à complet paiement » (trad. G. Julien cité in E.P. THEBAULT, op. cit.).

⁴ Cf. La présentation édifiante qu'en avait faite le chancelier de l'académie malgache : « Au despotisme éclairé de Radama I, succéda un retour aux traditions rétrogrades, par réaction délibérée contre l'esprit rénovateur du règne précédent. Il y avait sur ce point une identité de vue entre Ranavalona et ses conseillers... (lesquels) se méfiaient de l'influence anglaise à laquelle étaient favorables les jeunes formés en Angleterre ou à Maurice...Un raidissement à l'égard du peuple intervint avec la publication d'un code de 46 articles au début du règne » (E.Ralaimihaotra op. cit., 166).

⁵ Qui fut Premier ministre de Madagascar de 1864 à 1895 !

⁶ Cf E.Ralaimihaotra op. cit., 187 : « Sous le règne de Rasoherina (1863-1868), et grâce à Rainilaiarivony, on entreprit un grand effort de codification. Ce travail eut pour premier résultat le code des 101 articles, promulgué lors de l'avènement de Ranavalona II (1868-1883). Il fut repris et se poursuivit activement. Le 29 mars 1881 le code des 305 articles fut à son tour solennellement promulgué ».

⁷ Cf. R. VERDIER, L'acculturation juridique dans le domaine parental et foncier en Afrique de l'Ouest francophone, in année sociologique P.U.F 1976, 403 et ss.

français - s'appliquait aux citoyens français ou aux étrangers et le droit coutumier aux autochtones. Nul n'était besoin semblait-il de chercher encore à codifier car chaque ordre de juridiction fonctionnait déjà sur la base de ses propres règles et était censé connaître le droit applicable à sa catégorie de justiciables.

Cette codification des coutumes, elle aura lieu au lendemain de l'indépendance de 1960 quand il s'était agi de poser les bases juridiques de la nouvelle et jeune République de Madagascar. En fait cette codification préfigurait d'ores et déjà la trame de toutes les réformes juridiques qui devaient être entreprises à Madagascar et dont le fondement était de doter la grande Ile d'un arsenal juridique textuel suffisant de manière à asseoir la certitude de la règle de droit et, partant, à renforcer le principe de sécurité juridique. Le mouvement de codification initié dès l'indépendance suivait une ligne qui, depuis, n'a jamais été démentie et que l'on peut résumer dans la proposition suivante : tout ce qui pouvait concerner l'état des personnes et le droit de la famille devait être en accord et en harmonie avec les faits sociaux et politiques malgaches; et tout ce qui relevait de l'économie pouvait ou même devait s'inspirer, voire se calquer sur les systèmes juridiques extérieurs et internationaux.

3. Plan- A l'analyse, ce mouvement de codification portait en elle les germes de ses avatars mais également de ses réussites. En effet, du point de vue de la méthode, il s'est traduit par un double phénomène tantôt complémentaire tantôt exclusif l'un de l'autre qui fait que le système juridique malgache piétine dans la recherche de la règle de droit sinon idéale du moins optimale. *D'un côté*, la codification se présente comme le *fruit d'une pure et simple transplantation des droits étrangers (I)*; *de l'autre*, elle est un véritable *instrument de réforme et d'amélioration du droit (II)*. Ce sont ces deux aspects du phénomène que l'on va essayer de présenter, étant entendu que nos propos ne concerneront que la période contemporaine, depuis l'indépendance jusqu'à l'époque actuelle.

I/ LA CODIFICATION, PHENOMENE DE TRANSPLANTATION DE DROITS

4. Transplantation et transferts de droit- La codification en tant que phénomène de transferts de droits¹ symbolise la reconnaissance ou l'appartenance à un système ou à une famille juridiques. C'est ce qu'un éminent auteur avait appelé les codification d'imitation ou codification de réception². On sait que les transferts ou la transplantation des droits sont ces phénomènes historiques dans lesquels un Etat ou une nation reçoit au sein de son arsenal juridique le droit d'un autre pays ou d'une autre nation supposé meilleur³. Ce qui est intéressant dans ce phénomène

¹ Sur les nuances à faire entre la transplantation et le transfert de droits, cf. R. CABRILLAC, Les codifications, P.U.F 2002, 287 spéc. note 4. Nous adopterons une seule et unique définition pour les deux expressions.

² B. Oppetit, de la codification, loc. cit. spéc. p.14.

³Cf. de manière générale : J.GAUDEMET, Les transferts de droits, année sociologique (PUF)1976, 29 et ss.; A. C. PAPACHRISTOS, La réception des droits étrangers comme phénomène de sociologie

contemporain de codification par transplantation des droits, ce n'est ni la méthode ni le processus suivi pour l'imposer (A), ce sont ses répercussions dans la structure générale du système juridique malgache (B).

A/ La méthode

5. Si l'on regarde les questions de méthode, généralement ce transfert de droits se concrétise par la signature d'accords bilatéraux internationaux¹, par l'insertion dans la Constitution d'un article qui pose et consacre la valeur d'une telle transplantation², ou encore par le recours à la théorie des successions d'Etats³. Pour Madagascar, cette phase de transplantation se situe à deux époques bien précises : au lendemain de l'indépendance de 1960 et dans une moindre mesure au cours de la IIème (1975-1991) et de la IIIème République (depuis 1991), quand il avait fallu doter Madagascar d'un arsenal juridique plus conséquent en matière de propriété intellectuelle ou de solutions alternatives de règlement de conflit. Dans un cas, ont été purement et simplement intégrés dans l'ordre juridique malgache différents codes français, mais pas le code civil puisqu'il traite du droit de la famille et de l'état des personnes⁴. De manière générale, dans ce dispositif issu de l'indépendance de 1960, la référence de principe au système juridique français est consacré par l'article 4 des accords de coopération franco-malgache qui pose en substance qu'à défaut des textes malgaches sur telle matière déterminée, sera applicable le droit positif français⁵. Dans le second cas, ont été transposés avec quelques aménagements dans le droit positif malgache la loi française de 1964 sur la propriété littéraire et

juridique, LGDJ 1975 spéc. 23. ; N.ROULAND, *Legal anthropology* the Athlone press, London 1994 spec. 291.

¹ Art. 4 des accords de coopération franco-malgache du 27 juin 1960 : « A défaut des textes malgaches, les dispositions législatives et réglementaires du droit français en vigueur à Madagascar à la date à laquelle prend effet le présent accord continuent à être appliquées par les juridictions malgaches » ; texte des accords in J.O.R.F. du 20 juillet 1960. V. notamment, G. CONAC et G. FEUER, Les accords de coopération franco-malgaches, A.F.D.I. 1960. 859 et s. ; G. MANGIN, Les accords de coopération en matière de justice entre la France et Madagascar, R.J.P. 1962 p. 339 et s. ; X. BLANC-JOUVAN, Les accords franco-malgache de coopération en matière de justice du 27 juin 1960, J-Cl. Dr. int., vol. V fasc. 598 (1960) p. 11 n°43 et s.

² Cf cas des pays d'Afrique noire francophone avant l'entrée en vigueur du traité OHADA de 1995.

³ Opinion suggérée par le professeur A. RAHARINARIVONIRINA, in la convention judiciaire franco-malgache du 4 juin 1973, J-Cl. Dr. int. vol. X (1987) fasc. 598 spéc. n° 3 et ss. Cf. de manière générale, D. BARDONNET, La succession d'Etats à Madagascar, L.G.D.J 1970, spéc. 258 et ss et surtout, du même auteur, La succession aux traités à Madagascar, AFDI 1966, 593 et ss.

⁴ Les lois sur les sociétés commerciales de 1867 et de 1925 sur la SARL ont également fait l'objet d'une transplantation pure et simple.

⁵ Cf. supra note 13.

artistique¹, le modèle-type de l'O.M.P.I. sur la propriété industrielle et les brevets d'invention² et la loi-type C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage³.

Ces deux catégories de « codification – transplantation » diffèrent quant au périmètre de codification : au lendemain de 1960, la codification s'est faite par tranches, c'est à dire, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, seuls les codes perçus à l'époque comme les moins porteurs d'embarras sociologiques ou les codes considérés comme facteurs de développement économique ont été transplantés. Ainsi le Code de commerce de 1807, le Code pénal de 1810, le Code d'instruction criminelle de 1812 ou le Code du travail dans sa rédaction d'avant 1960. Par contre, le Code civil français qui est censé poser les bases et fondements d'une société a été exclu de la transplantation. Pour combler les lacunes que ce choix pouvait générer, a été érigée la Commission de Rédaction du Code Civil malgache chargée précisément de doter Madagascar d'un code conforme à ses réalités sociologiques⁴. Quant aux trois autres lois transplantées sous les II^e et III^e Républiques, elles sont venues plus prosaïquement apporter une caution de bonne moralité pluraliste et individualiste à un codificateur connu pour ses penchants collectivistes. Quoiqu'il en soit, dans ces différents cas de figures, la recherche de l'identification des organes codificateurs du droit transplanté s'avère superflue. En effet le rôle des comités techniques spécialisés au sein des ministères censés rédiger de nouvelles lois ou censés proposer une certaine méthode de réception du droit étranger est réduit à son strict minimum puisque la transplantation consistant techniquement en une greffe totale du droit étranger sur le système récepteur, la question de méthode est généralement occultée. En l'occurrence, ce rôle des techniciens se situe non pas en amont mais en aval du processus de transplantation.

B/ Les répercussions

6. Ce qui amène la question des répercussions de cette codification par imitation. Ce phénomène a généré deux mouvements symétriques et complémentaires : d'un coté, il a engendré un sentiment d'acculturation juridique prononcé (1), et de l'autre il a néanmoins contribué à la sauvegarde des valeurs fondamentales du système juridique malgache(2).

1°/ L'acculturation juridique

7. L'acculturation n'est généralement pas perçue comme un terme neutre et l'acculturation juridique encore moins. Le mot est défini par le Larousse comme étant le « phénomène d'adaptation sociale d'un individu ou d'un groupe, consécutive... à un changement complet de milieu géographique, linguistique,

¹ Loi 94.036 du 9 décembre 1994 portant sur la propriété littéraire et artistique (JORM du 6 Novembre 1995, 3554).

² Ord. 89.019 du 31 juillet 1989 instituant un régime pour la protection de la propriété industrielle à Madagascar (JORDM du 14 Août 1989, 1797).

³ Loi 98.019 du 2 décembre 1998 (JORM du 15 décembre 1998) modifiant le livre IV (art.439 à 464.2) du Code de procédure civile consacré à l'arbitrage.

⁴ Cf. infra n° 8 et ss.

religieux, professionnel ou autres subi par cet individu ou par ce groupe ». La définition la plus abrupte nous est donnée par le dictionnaire américain *the American Heritage* et on croit comprendre pourquoi. L'acculturation y est définie comme « la modification de la culture d'un individu ou d'un groupe au contact d'une autre culture »¹. L'acculturation juridique, quant à elle, suit les courbures des définitions ainsi exposées. Ce serait, d'après un auteur particulièrement averti, « la rencontre de deux systèmes de droit dont l'un tend à supplanter l'autre »². On préférera la définition plus synthétique du Robert qui nous paraît rendre compte de la « résonance évolutionniste » - pour reprendre l'expression d'un auteur³ - du terme : l'acculturation y est-il - exposé, « est le processus par lequel un groupe humain assimile une culture étrangère à la sienne ».

En clair, quand la transplantation a lieu, elle est reçue par un système juridique en train de se construire, à structure duale - le coutumier et le moderne - composé d'hommes (et de femmes) issus d'une autre culture que celle qui sous-tend les règles transplantées, mais qui doivent vaillamment maîtriser les nouveaux outils à leur disposition sous risque de l'implosion de leur propre système. L'assimilation devient ainsi une question sensible du fait de plusieurs facteurs dont, en matière de codification, la différence de langue et de langage et le périmètre de la codification. D'une part le hiatus est trop grand entre la langue du droit transplanté et celle de ses destinataires⁴ ; d'autre part la transplantation s'est faite, ainsi qu'on l'a énoncé, par tranches et non pas de manière globale : seules ont été transplantées les branches du droit à caractère économique et technique à l'exclusion du droit de la famille et l'état des personnes. Et quand on pense qu'en 1963, une demi-douzaine de magistrats malgaches seulement ont été reçus au premier concours de l'Institut d'Etudes Judiciaires qui préparait alors aux fonctions de juges, on se rend compte de l'incongruité de la tâche. Bref, la conséquence de cette acculturation juridique est la perpétuelle recherche d'une harmonisation et d'une cohérence dans la confrontation entre les principes issus du droit importé et ceux du droit local malgache d'une part, et entre ces deux corps de règles et les pratiques judiciaires observées sur le terrain d'autre part.

Le constat d'une pareille confrontation a déjà été exposé il y a une dizaine d'années lors d'un colloque consacré au droit des affaires à Madagascar⁵. Pour résumer, on peut dire que les résultats de cette acculturation juridique présente un

¹ The American Heritage Dictionary V. "acculturation": "the modification of a culture of a group or individual by contact with other culture".

² Cf. R. VERDIER, L'acculturation juridique ...loc. cit., 403.

³ R. VERDIER loc. cit., 404.

⁴ Faut-il établir une distinction sur la base des dialectes pratiquées dans l'île? Cela ne nous semble pas s'imposer. D'après les linguistes, la langue malgache est une et unique mais admet des déclinaisons ; d'autre part, à l'époque, en 1960, le consensus s'est fait autour de la langue malgache officielle. Cf. E. RALAIMIHOATRA, op. cit., introduction, p. 4.

⁵ Cf. RAMAROLANTO-RATIAIRAY et RAJAONA A. RAVELONA, Tendance et évolution du droit des affaires à Madagascar, RIDC 1992, 409 et ss. spéc. 445.

double visage antinomique, un peu comme le Dieu Janus : la méthode et la technique de la codification sont parfaitement acquises par les codificateurs malgaches et il semble bien que l'Histoire propre à la grande Ile y est pour une part importante. C'est ainsi qu'à partir de la IIème République, on verra une floraison de textes juridiques issus de l'œuvre pure des techniciens nationaux. C'était comme si le seul fait d'adopter ou de confectionner une loi était la panacée à tous les maux de la société. Par contre et corollairement - c'est l'autre face de cette codification qui lui est intimement liée¹ - les questions de droit substantiel qu'elle traite requièrent dans maintes situations que le codificateur ou la jurisprudence malgaches tranchent une bonne fois pour toute, de la manière la plus objective possible, quelle est la solution idéale pour Madagascar.

Deux exemples, parmi d'autres, serviront à illustrer cette proposition : l'article 4 des accords de coopération n'a pas été repris dans les seconds accords franco-malgaches de 1973. Cela voudrait-il signifier que les matières pour lesquelles on se référerait au Code civil français parce qu'elles étaient absentes du droit positif malgache sont censées ne plus exister ? De même, en droit des sociétés, Madagascar étant régi par la loi française du 24 juillet 1867 dans sa rédaction initiale, la question a été posée de savoir si la structure avec Président Directeur Général pouvait être admise ou non. En dépit d'une jurisprudence claire de la Cour Suprême Malgache, des hésitations sont encore notées en la matière².

2°/ Sauvegarde du système juridique malgache

8. Ce qui amène l'autre dimension de cette codification par transplantation qui a contribué à poser et à sauvegarder les bases fondamentales du système juridique malgache. La codification par transplantation a été accompagnée dès 1960 par la création d'une Commission de Rédaction du Code Civil malgache (CRCC)³ chargée précisément de donner à la jeune République un droit conforme à ses réalités sociologiques. On insistera sur ce point : ces deux phases de transplantation et de rédaction des coutumes sont inséparables, elles sont congénitalement liées : c'est parce que le secteur économique a été pourvu des textes transplantés que la matière du droit de la famille et des personnes a dû être organisée. On est ainsi en présence, sous la Ière République de la conjonction des deux méthodes de

¹ Cf. Ph. MALAURIE, Rapport de synthèse au colloque de Toulouse op. cit. spéc. 198 : « Une expérience millénaire montre qu'il y a toujours une relation entre la forme et le fond, même les différences de forme qui paraissent les plus mineures : le plan, l'intitulé, la place d'une disposition dans le code peuvent avoir des conséquences pour l'interprétation donc sur le fond. ».

² Sur tous ces points, cf. notre article : La protection du nom commercial à Madagascar, *Annuaire de Pays de l'Océan Indien*, 1995/1996, 497 et ss.

³ L'expression est usitée (semble-t-il pour marquer la volonté de s'inscrire dans la lignée du Code civil français) dans l'exposé des motifs des différents textes rédigés par la commission, notamment dans celui de l'ordonnance du 1er octobre 1962 sur le mariage ou dans celui de la loi du 20 novembre 1963 sur la filiation. On la conservera par commodité pour la suite de nos développements quoique l'intitulé exact du texte soit encore plus expressif. Il s'agit du Décret 60.082 du 27 avril 1960 concernant la constatation et la codification des différentes coutumes applicables à Madagascar (JORM du 7 mai 1960, 824).

codification, complémentaires l'une de l'autre et encore une fois, *indissolublement liées* par les nécessités historiques : à côté de la codification-transplantation, on assiste à l'émergence d'une codification-innovation, la conjonction des deux formant le socle du droit privé malgache actuel.

9. Mission et rôle de la CRCC- Cette CRCC a été placée sous la présidence du Ministre de la justice et composée de 23 membres, dont 12 parlementaires choisis à raison d'un député et d'un sénateur par provinces et 5 membres désignés nommément par le Président de la République. Les 6 autres sont des techniciens du droit du Ministère de la justice. La mission de ce Commission de Rédaction du Code Civil a été, encore une fois, de bâtir le droit civil de Madagascar sur la base de ses réalités coutumières en essayant, selon les termes même du décret, de ne pas figer ou cristalliser les coutumes mais au contraire en avoir une vision évolutive de manière à répondre aux nécessités du développement.

A ce stade, il est permis de revisiter la perception initiale de la création de ce genre de commission au lendemain des indépendances. A l'époque, l'opinion couramment admise était, face à l'urgence de la situation, l'inanité de vouloir codifier les coutumes, l'important devant être dans la mise en place de codes utiles au développement économique¹. Et d'un autre côté, encore à l'époque contemporaine, il est un courant d'opinions qui dénonce l'inadéquation dans les pays africains entre le droit tel qu'il est écrit et le droit tel qu'il est effectivement pratiqué par les populations locales². Avec le recul de quarante années, et s'agissant de Madagascar, pareilles positions méritent d'être largement tempérées. D'une part, il est vrai qu'au départ, un certain flottement existait non pas véritablement entre les textes et les faits, mais entre les textes et la manière dont ils ont été appliqués par des officiers d'état civil ou interprétés par des juges ; d'autre part, il est vrai que Madagascar n'est pas devenue un pays opulent (du moins pas encore), mais il est désormais prouvé que la codification des coutumes malgaches, si elle n'a peut être pas eu d'effets positifs perceptibles sur le développement économique (mais on peut en discuter), a été d'un effet relativement neutre sur ce développement. Une chose me paraît certaine : cette codification des coutumes ne peut être la cause principale du sous - développement économique du pays puisque, précisément de ce côté là, tout - ou presque - a déjà été fait grâce au phénomène de transplantation des textes de droit économique ou de droit des affaires....

¹ Cf. la position de R. David, l'éminent comparatiste, exposée par N. Rouland : "Foreign experts often attacked such rearward attitudes (le refus des paysans éthiopiens d'adhérer aux réformes touchant la propriété foncière)...David believed that traditional law should be abandoned and replaced by modern law, to build a new system...based on the demands of the economy rather than on sociological observations: the code should be seen as a political instrument determining paths of development, rather than a folksy collection of customs often standing in the way of development...this custom [traditional law] is not worthy of respect; it is responsible for the present retarded state of African society; it is responsible for under-development of all kinds." *in* legal anthropology op. cit., 311.

² Cf. N. ROULAND, *aux confins du droit*, Editions Odile Jacob 1991 spéc. pp.193 et ss. L'auteur évoque le développement d'un secteur juridique informel qui serait « la plupart du temps néo-traditionnel : il adapte les solutions anciennes au contexte nouveau ».

10. CRCC: fonctionnement et constat- L'œuvre de la Commission de Rédaction du Code Civil malgache est inestimable. Par le biais d'enquêtes coutumières menées dans toute l'Ile de Décembre 1960 à Mai 1961, elle a réussi à doter Madagascar d'un socle de base du droit privé en adéquation avec ses réalités sociologiques et coutumières. Avec le recul du temps, la conviction demeure que c'était la démarche à entreprendre tant il est important pour le succès d'un texte juridique que ses destinataires s'identifient à lui et non pas s'en sentent étrangers. Le fonctionnement de la commission était demeuré immuable les huit années qu'elle a pu œuvrer officiellement au travers de toutes les lois qu'elle avait réussi à faire voter, sous réserve néanmoins de la spécificité de telle ou telle coutume. La commission agissait sous la houlette du Ministre de la justice et avait procédé en cinq étapes.

1) Une *enquête nationale* sur les coutumes juridiques s'est déroulée dans toutes les sous-préfectures du 1er décembre 1960 au 30 mai 1961 : organisée par les services du Ministère de la justice, elle a pu s'effectuer auprès des élus, des notables, des *ray aman-dreny*, des municipalités et des *fokonolona*.

2) Toutes les *réponses* à cette enquête ont été examinées par des *commissions provinciales de constatation des coutumes* présidées par les secrétaires d'Etat délégués et composées notamment de parlementaires, de conseillers généraux, de représentants des Missions religieuses et des Eglises, de membres du corps enseignant. Ces commissions ont remis au gouvernement des *rapports de synthèses*.

3) Un *rapport général de synthèse* de cent trente trois pages sur les coutumes a été présenté à la *commission de rédaction du Code civil* qui l'a étudié et

4) a présenté à son tour au Gouvernement des *conclusions générales qui ont été approuvées en conseil des Ministres* le 28 mars 1962.

5) Ces conclusions ont été *soumises* à tous les *conseils généraux* durant leur session du mois d'avril 1962. Les conseils généraux les ont *approuvées* en assortissant leurs résolutions de vœux et de *suggestions*. C'est *après* avoir pris connaissance de l'ensemble des divers documents ainsi réalisés que la commission de la *rédaction* a commencé à rédiger les divers *projets de lois*¹.

La première loi, œuvre de la Commission, à avoir été votée fut la loi sur les actes d'état civil en 1961² ; la dernière vraisemblablement pour raisons politiques, celle relative aux successions, testaments et donations en 1968³. Entre les deux, cinq autres « grandes » lois ont été adoptées qui dotent Madagascar encore aujourd'hui

¹ Tiré de l'exposé des motifs de l'ordonnance 62-089 du 1^{er} septembre 1962 sur le mariage (J.O.R.M du 19 octobre 1962, 2366 et ss.).

² Loi 61-025 du 9 octobre 1961 (JORM du 14 octobre 1961, 1789 et ss.). Spécialement à l'égard des actes de l'état civil, l'exposé des motifs précisait qu'il s'agissait en tout premier lieu, de procéder à un « rajeunissement (sic) des textes par leur adaptation aux situations nouvelles ». La codification à droit constant était déjà à l'œuvre...

³ Loi 68-12 du 4 juillet 1968 (JORM du 17 juillet 1968, 1438 et ss.).

d'une armature juridique sans précédent en matière de théorie générale du droit et en matière de droit de la famille et de la personne. Il s'agit : en 1962 de l'ordonnance sur le nom, le domicile et l'absence¹, de l'ordonnance sur les dispositions générales de droit interne et de droit international privé², et de l'ordonnance relative au mariage déjà citée ; en 1963, de la loi sur la filiation, l'adoption, le rejet et la tutelle³ ; et enfin en 1967, de la loi relative aux régimes matrimoniaux et à la forme des testaments⁴.

11. CRCC- conclusion. Au cours de toute cette période et pour toutes ces lois, les principes de travail qui ont guidé les « codificateurs » ont été, ainsi qu'il a été dit, notamment 1° de faire un texte authentiquement malgache tenant compte dans la plus large mesure des coutumes constamment suivies et de l'esprit qui anime les institutions traditionnelles et 2° de ne pas figer ou cristalliser les coutumes mais doter le peuple malgache de lois modernes lui offrant de larges possibilités d'évolution sans rompre brutalement avec ses traditions⁵. On le voit, le souci est de faire en sorte que la phase de transition du passage d'une économie ou d'un système traditionnel vers la modernité se fasse avec le moins de heurts possible. De manière à ce que les institutions traditionnelles aient leur rôle à jouer dans le développement de Madagascar ou du moins qu'elles accompagnent ce développement mais n'en soient pas une entrave. Tel est le sens de la reconnaissance de la personnalité morale aux communautés traditionnelles⁶. Telle est la raison d'être du dispositif établi en matière de droit foncier où le passage vers une propriété individuelle est désormais entré dans les mœurs⁷. Tel est le fondement premier de la création de la Commissions de Rédaction du Code civil. Durant toute cette phase, la sérénité dans la méthode était telle qu'une compilation périodique et systématique de tous les textes de droit existant avait pu être effectuée par un éditeur privé⁸, œuvre impressionnante et fondamentale infortunément stoppée par l'avènement de la période socialiste.

Trois précisions finales méritent d'être apportées dans le cadre de cette période.

¹ Ord. 62-003 du 24 juillet 1962 (JORM du 4 Août 1962, 1527 et ss.).

² Ord. 62-041 du 19 septembre 1962 (JORM du 28 septembre 1962, 1982 et ss.).

³ Loi 63-022 du 20 novembre 1963 (JORM du 30 novembre 1963, 2479 et ss.).

⁴ Loi 67-030 du 18 Décembre 1967 (JORM du 23 décembre 1967, 2080 et ss.).

⁵ Cf. de manière générale l'exposé des motifs de la loi sur le mariage et sur les actes d'état civil.

⁶ Ord. 62.004 du 24 juillet 1962 fixant les attributions, responsabilités et pouvoirs du *fokonolona* (JORM du 11 Août 1962, 1559 et ss.). Plus généralement cf. l'ouvrage de référence en droit malgache : R. RARIJAONA, Le concept de droit de propriété en droit foncier de Madagascar, Cujas 1967.

⁷ Ord. 60.146 du 3 octobre 1960 sur le régime foncier de l'immatriculation (JORM du 22 octobre 1960, 2205 et ss.).

⁸ Recueils des textes constitutionnels, législatifs et réglementaires de Madagascar, plus connu sous le nom de son auteur-éditeur : le « Recueil Pascal », œuvre volumineuse de IX tomes qui recensait quasi-intégralement les textes en vigueur à Madagascar, du début de la colonisation(1895) jusqu'en 1972, début des troubles sociaux et politiques.

12. Recueil ou code ?

1) La première est de pure forme. Les sept lois préparées par la CRCC ont été intégrées dans deux volumes modestement appelés recueils de lois civiles, Tome I et tome II, mais n'ont pas fait l'objet d'une numérotation continue par articles. Au contraire, elles se présentent en apparence - mais en apparence seulement - comme de simples codifications-compilation où la date de promulgation des lois sert de plan général aux deux tomes. L'idée de départ devait être de présenter tous les textes dans un seul code, par numérotation continue à l'instar du Code civil français et l'institution de la CRCC tendait d'ailleurs vers cet objectif. Cela ne s'est pas fait pour quelconques raisons mais il ne semble pas que cela soit un obstacle dirimant à la reconnaissance d'une codification qui ne dit pas son nom.

13. Lois hors CRCC- rôle des experts étrangers

2) La seconde remarque concerne deux lois qui n'ont pas été l'œuvre de la commission mais qui font partie intégrante de la charpente juridique de Madagascar : ce sont le Code de la nationalité promulgué dès 1960¹ et la loi sur la Théorie Générale des Obligations (LTGO) votée en 1966². Ces deux lois fondamentales sont l'œuvre principale non pas de la CRCC mais des experts étrangers appelés pour les besoins de la cause en l'absence de spécialistes malgaches confirmés. Un mot doit être dit sur eux puisqu'ils participent du processus intrinsèque de la codification. Il faut se garder de deux travers dans une réflexion sur leur rôle. Ne pas croire, d'un côté que, puisqu'ils ne sont que le produit de leur propre système, ils essaieront d'imposer leur point de vue et ne pourraient pas s'en départir. Il y a eu effectivement des situations de ce genre mais fort heureusement très rares. La plupart du temps, ces experts sont véritablement malmenés par les autres experts, les techniciens ou les hommes politique locaux ce qui les amène à revoir systématiquement leur position initiale. D'un autre côté, ne pas croire non plus que ces experts ne sont que la plume des hommes politiques en place. Cela a été également observé mais heureusement dans des cas peu nombreux : un ministère ou une institution quelconque, dans le but de donner une caution de technicité à leur projet, recrute un expert réputé chargé précisément d'avaliser ledit projet. Généralement l'expert étranger honnête avec lui-même finira par se réfugier derrière sa technicité pour refuser de suivre les errements du donneur d'ordre. La vie d'un projet de textes à Madagascar est ainsi émaillée de ces escarmouches sans gravité entre experts locaux, entre experts étrangers et entre experts étrangers et locaux. Ce qui est quand même la caution d'un texte de bon aloi juridique. Mais une chose reste d'évidence : l'expert étranger est le produit de son propre système juridique et cette donnée se reflète forcément dans l'œuvre accomplie.

¹ Ord.60.064 du 24 juillet 1960 (JORM du 23 juillet 1960, 1305 et ss.).

² Loi 66.003 du 2 juillet 1966 (JORM du 9 juillet 1966, 1428 et ss.).

14. experts étrangers (suite)- implications

3) Ce qui appelle la troisième et dernière réflexion. Le choix de l'expert n'est généralement pas neutre. Il est le signe et le symbole d'appartenance à une famille juridique qui essaiera de rattacher à elle le système qui fait appel à ses experts. Et généralement, le système juridique d'accueil, destinataire de la transplantation, se prêtera opportunément ou par calcul à ce jeu d'influence en l'accommodant à ses propres réalités sociologiques. C'est ainsi que le code malgache de la nationalité avoue sans fausse honte sa filiation étroite avec l'ordonnance française de 1945¹. Cependant, précise-t-il, « les règles d'attribution ou d'acquisition de la nationalité malgache ont été déterminées de façon tout à fait originale pour tenir compte des données démographiques, sociologiques et politiques malgaches »². Le même raisonnement a été tenu pour la LTGO.

De manière générale, la source d'inspiration sert généralement de cadre technique de référence pour la mise en place de la codification dans le pays d'accueil. Mais il arrive que cette source d'inspiration se conduise de manière active, avec ou sans l'entremise de ses experts, pour obliger le pays d'accueil à engager ou à parfaire sa codification. D'observateur compréhensif, elle devient acteur intransigeant et ce faisant change carrément de statut. Elle devient le codificateur qui anime et qui insuffle, face au codificateur qui exécute. Cette situation est beaucoup plus fréquente qu'on ne le croit, spécialement quand la codification n'est plus analysée en un phénomène de transplantation mais en une véritable réforme du droit existant.

II/ LA CODIFICATION, PHENOMENE DE REFORME DU DROIT

15. La codification en tant qu'outil- Il s'agit d'évoquer cette fois-ci le phénomène de création de droits dont la codification est le moyen. On est ainsi ici en présence de la codification-réformation qui va poser de nouvelles règles juridiques pour Madagascar. Historiquement, ce phénomène est observé au travers de toute l'histoire récente de la grande Ile à partir de 1960 où on avait assisté à la création de la Commission de Rédaction du code civil. Il s'est amplifié et complexifié à partir de la II^{ème} République (1975-1991) quand Madagascar a voulu tourner le cours de l'histoire à son avantage. Au regard de la codification, l'œuvre est considérable mais on doit impérativement faire la part des choses entre les divers mouvements de codification car si la technique paraît identique, les ressorts qui l'animent sont fondamentalement divergents alors que l'ensemble participe, ainsi qu'on vient de le dire, d'un même constat initial : la codification sera essentiellement l'outil pour arriver aux fins voulues par le Codificateur. Tout le problème des codifications

¹ Cf. exposé des motifs de l'ordonnance du 22 juillet 1960 portant code de la nationalité malgache: «il a paru commode d'adopter le cadre qu'offrait l'ordonnance (française) du 19 octobre 1945 qui avait d'ailleurs inspiré un certain nombre de législations, notamment marocain, tunisien et vietnamien... ».

² Exposé des motifs de l'ordonnance du 22 juillet 1960, JORM 23 juillet 1960, 1306.

malgaches vient précisément du constat d'ambivalence du codificateur (A) tempérée heureusement par l'harmonie finale de la codification (B).

A/ L'ambivalence du codificateur

16. Cette ambivalence du codificateur est la résultante d'une idée connue qui est le leitmotiv qui sous-tend désormais tout le processus d'évolution des pays en développement : il faut doter Madagascar de textes de bon aloi juridique de manière à ce qu'il puisse accélérer son développement. Seulement, il est évident que le choix de ces textes juridiques est lié à l'option politique du gouvernement en place en charge de la conduite des affaires de l'Etat. Il en résulte que le choix des codificateurs est également tributaire de ce choix politique. Deux aspects de cet empirisme dans la codification peuvent ainsi être relevés en fonction du codificateur en charge.

1° Le codificateur socialiste

17. Le premier est celui du *codificateur socialiste*. Il a été provisoire mais relativement long puisque il a quand même duré seize années (1975-1991) sur les quarante que compte la jeune République. Cette codification a voulu opérer un changement drastique dans la vision de la société et s'était attelée à modifier les conceptions politique, économique et sociologique du pays. Il s'en est ensuivi une codification marquante, d'une part sur les fonctions et rôles des institutions décentralisées et d'autre part, sur la notion d'entreprise socialiste, concept fourre-tout dont la finalité est de permettre à l'Etat d'avoir la mainmise sur tout ce qui est moyen de production économique et vitale pour le pays.

Cette étape de la codification est tout d'abord marquée par l'unité de codificateur. La pensée est unique de même que l'impulsion, voire même la rédaction si l'on considère que la Charte de la Révolution socialiste, véritable code avant la lettre¹, texte fondateur et véritable source d'inspiration de tous les textes juridique subséquents, y compris la constitution, est l'œuvre d'un seul et même homme.

Le second fait marquant c'est l'emploi de la langue malgache en tant que réflexe identitaire dans la confection des lois. C'est depuis cette époque que les textes juridiques doivent être obligatoirement rédigés en français et en malgache². A cet égard, il appartient au ministère qui proposerait un texte dans une langue d'en faire la traduction dans l'autre langue.

Le troisième fait marquant de cette période est - malgré des fois la démesure dans l'adhésion aux idées et valeurs socialistes - l'irréductible attachement du codificateur aux valeurs individuelles. D'une part, c'est sous cette époque qu'ont été

¹ En ce que théoriquement, sa violation pouvait servir de base à une action en justice....

² Déc. 84.022 du 6 juin 1984 (JORDM du 26 juillet 1984, 1577). Les jugements, eux, peuvent être rédigés intégralement dans l'une ou l'autre des deux langues (référence constitution).

adoptées les lois sur la propriété industrielle¹ et sur la propriété littéraire et artistique² qui sont quand même le symbole de l'appartenance à une certaine idée des valeurs individuelles et de la propriété privée mais qui de surcroît procèdent d'un mécanisme de codification-transplantation puisque elles sont la transposition pure et simple - à quelques nuances près - soit de la loi française de 1957 soit du modèle type des organisations internationales. D'autre part et surtout, cette période socialiste n'a pas touché à un seul des textes de droit civil rédigés par la Commission de Rédaction du Code Civil dans les années soixante alors même que l'esprit de ces textes peuvent être porteurs d'une contradiction essentielle aux valeurs socialistes officiellement prônées. Il en est ainsi de la loi sur le testament, de la loi sur la théorie générale des obligations ou encore de la loi sur l'immatriculation foncière³. Sans parler des aspects politiques de la question, ce troisième élément peut être considéré comme l'un des facteurs de l'échec du codificateur socialiste.

2°/ Une codification plurielle

18. Ce qui conduit à l'autre aspect de cette codification-réformation, qualifiée de *codification plurielle* pour des raisons explicitées ci-après. Elle a commencé, ainsi qu'on l'a vu en 1960 parallèlement avec la codification-transplantation ; elle a été reprise en 1991 jusqu'à l'heure actuelle après la parenthèse socialiste 1975-1991. La différence fondamentale avec la codification socialiste réside dans ce que le codificateur, ici, admet et accepte la pluralité de vues comme vecteur premier de son action. Mais force est de reconnaître que cette période n'est pas non plus indemne de paradoxes.

19. a) Le premier d'entre eux est précisément le dédoublement de codificateurs. Le terme est entendu ici dans ces deux composantes esquissées plus haut. Si la finalité demeure immuable qui est la recherche de la sécurité juridique et si le moyen reste constant qui passe par la codification, le codificateur, lui, subit une mutation et se dédouble. La cause première de pareil phénomène est d'ordre économique et avait débuté par les célèbres Plans d'Ajustement Structurel (P.A.S.) des bailleurs de fonds internationaux dont les conséquences sur le plan social et économique dans les pays du sud ont été unanimement dénoncées⁴. En exécution de

¹ Ord.89.014 du 31 juillet 1989 instituant un régime pour la protection de la propriété industrielle en République Démocratique de Madagascar (JORM du 14 août 1989, 1798).

² Loi 94.036 du 9 Décembre 1994 portant sur la Propriété Littéraire et Artistique (JORM du 6 octobre 1995, 3554). Il est vrai que cette loi a été votée bien après la période socialiste mais les textes pris sous cette dernière époque avaient déjà prévu la situation des auteurs et autres interprètes sur le fondement de la loi (française) 57-298 du 11 mars 1957 relative à la propriété littéraire et artistique ; cf. notamment : Déc. 84-389 du 13 novembre 1984 portant création de l'office malgache des droits d'auteurs (JORDM du 1 décembre 1984, 2491) ou Déc. 84-390 du 13 novembre 1984 portant règlement général des perceptions des droits d'auteurs (JORDM du 1^{er} décembre 1984, 2500). L'article premier de ces deux textes réglementaires spécifie expressément qu'ils sont pris « en application de la loi du 11 mars 1957 relative à la propriété littéraire et artistique ».

³ Cf. Ord. 60.146 du 3 octobre 1960 relative au régime foncier de l'immatriculation, précitée.

⁴ Cf. le constat sans complaisance dressé récemment, à partir de l'exemple de l'Ethiopie, par un prix Nobel d'Economie : Joseph. E. STIEGLITZ, *globalization and its discontents*, Norton 2002 spéc. p. 23 et ss.

ces mesures d'austérité drastiques, il était imposé, entre autres mesures, de l'Etat destinataire des aides financières internationales la réforme intégrale de son secteur du droit des affaires de manière à répondre aux exigences des investissements internationaux¹. Le découplage du codificateur est ainsi né : d'un côté, le codificateur qui insuffle, qui inspire, qui ordonne et dont il est hors de question de contester les décisions, de l'autre le codificateur qui exécute par le biais de ses experts.

20.a-1) Hormis les premiers pas de la codification-réformation de 1960, le codificateur qui anime et qui insuffle est, dans les années directement issues de 1991, rarement l'Etat malgache, spécialement en matière de droit économique et en droit des affaires. Ou mieux, l'Etat n'est plus véritablement maître des décisions à prendre et au lieu d'en être l'inspirateur devient paradoxalement le destinataire et l'exécutant du message de codification. Le codificateur qui insuffle, lui, sera le bailleur de fonds international qui dicte ses conditions lesquelles doivent transparaître dans les textes une fois adoptés. Généralement, il dépêchera un (sinon plusieurs) de ses experts pour s'assurer de la bonne marche du travail. Le problème c'est qu'il n'y a pas un seul bailleur mais plusieurs, lesquels se livrent à une lutte d'influence à peine feutrée. La question paraîtrait légitime si ce n'était l'absence totale de coordination entre les bailleurs de fonds qui a conduit à la multiplication d'études - et donc de projets de textes - sur un même secteur économique ou juridique (cf. notamment code de l'eau/droit foncier). La situation était à ce point embarrassante qu'il a fallu une concertation au sein même de l'Organisation des Nations Unies suivie du fameux UNDAF² pour y mettre un terme.

21. a-2) Du côté du codificateur qui exécute, la situation ne se présentait guère mieux. On note d'un côté les initiatives débridées des différents ministères qui ne sont pas toujours cohérentes entre elles³ et de l'autre, les menées et travaux isolés des cabinets d'études en fonction des desiderata de leurs commanditaires. On a même vu des tentatives de codification-compilation, à une échelle véritablement

Adde, G. DURUFLE, La politique d'ajustement structurel en Afrique et à Madagascar, L'Harmattan, 1988.

¹ La réforme du droit des affaires a été en effet sur la liste des exigences prioritaires des bailleurs de fonds internationaux à tel point qu'elle fait partie intégrante du Document Cadre de Politique Economique (DCPE) du gouvernement, document officiel présenté périodiquement aux bailleurs de fond qui décrit chaque étape accomplie par le gouvernement et qui doit recevoir leur aval pour tout déblocage de crédits internationaux

² United Nations for Development and Assistance Framework. Plan-Cadre des Nations Unies pour l'Assistance au Développement. Le problème concernait tous les pays en développement dont Madagascar n'est qu'une infime composante mais qui a servi d'expérience pilote à ce projet. Cf. document ONU, Plan-Cadre des Nations Unies pour l'Assistance au Développement, ONU, 11 mai 1998. S'agissant précisément de Madagascar, un auteur a récemment résumé la situation : cf. R. RARAZAFINDRAKOTO, L'urgence des solutions durables pour l'allocation optimale des ressources, l'Express de Madagascar, Samedi 20 mai 2000.

³ Les débats autour du Code de l'Eau - qui empêchent la sortie des décrets d'application - ou du nouveau projet de Code du travail ne sont pas prêts d'être réglés eu égard aux intérêts en cause.

artisanale eu égard aux difficultés de l'époque, résultant de l'initiative de personnes privées en un temps où l'absence totale d'accès aux textes juridiques ouvrait la voie à des pratiques sans nom. Une des raisons de création de la Commission de Réforme du Droit des Affaires (CRDA) en 1996 fut précisément de coordonner tous ces travaux qui allaient un peu dans tous les sens (cf. *infra*).

22. *b*) Le deuxième paradoxe c'est que, par un de ces tours dont seuls l'Histoire et les urnes ont le secret, le codificateur qui a le plus œuvré dans le sens de la codification plurielle dans la période récente est celui là même qui était le dépositaire des valeurs socialistes et le maître d'œuvre de la codification socialiste en son temps. La proposition peut prêter à sourire mais force est d'admettre, au regard de la codification, que cette renaissance d'un codificateur déchu a donné des résultats qui témoignent de l'œuvre considérable accomplie. C'était comme si le codificateur avait finalement compris la nécessité de concilier impératifs économiques et exigences juridiques. D'où le constat d'harmonie finale de la codification.

B/ L'harmonie finale de la codification : création de la CRDA

23. Cette harmonie dans la codification est l'aboutissement de tout un processus de réflexion et de cohérence dans la démarche du codificateur. Le constat de départ reste le souci d'éradiquer l'insécurité juridique issue de seize années de régime politique socialo-communiste. Cette insécurité se traduisait entre autres par le difficile sinon impossible accès aux textes juridiques (le recueil des lois civiles n'a fait l'objet d'aucune réédition depuis 16 ans), par l'absence totale de publication des décisions judiciaires et par voie de conséquence par l'impossibilité totale de vouloir anticiper sur toute action juridique que l'on voudrait envisager. Toute réforme à entreprendre devait ainsi non seulement remédier à cette situation mais également procéder à un "toiletage" des textes existants de manière à pouvoir les adapter aux exigences économiques modernes.

Telle fut la raison d'être principale de la création de la CRDA en 1996. La CRDA serait un peu au droit des affaires ce que la CRCC était au droit civil en 1960. Ce qui change c'est la nature et l'importance données à la codification-réformation. D'une part, la commission n'est plus placée sous l'égide du Ministre de la justice mais directement sous l'autorité du Premier Ministre. D'autre part, Le Codificateur de 1996 avait axé *sa priorité* sur le droit des affaires de manière à favoriser les investissements étrangers, ce qui devrait permettre une reprise du développement économique. Or, ce faisant, il admettait implicitement la valeur intrinsèque des recueils de lois civiles confectionnés sous la Ière République. Car il faut bien avouer qu'à cette époque (en 1996), la dichotomie de codificateurs était à son apogée et si le « codificateur qui insuffle » avait considéré que le droit de la famille - par exemple - pouvait être de nature à entraver les investissements étrangers, il l'aurait fait savoir sans état d'âme au « codificateur qui exécute.

24. *CRDA – Composition, rôle, mission* -Initialement, la CRDA était conçue principalement comme un organe consultatif du gouvernement sur les réformes à

entreprendre en droit des affaires¹. Mais très vite, elle devient le véritable chef d'orchestre de tout ce qui pouvait être entamé dans ce cadre². Elle est présidée par un représentant du Premier Ministre ; elle réunit toute entité concernée par le droit des affaires, des ministères aux entreprises en passant par les universités ; elle travaille en séance plénière mais dispose d'un organe technique - appelé la cellule technique - chargé de préparer les nouveaux textes ou les textes particulièrement difficiles ; elle peut même recruter des cabinets d'études chargés de travailler sur un point spécifique d'une réforme.

Concrètement, la mission de la CRDA était double : en même temps que des travaux d'amélioration du droit existant se déroulaient en séance plénière ou en cellule technique, la compilation de l'intégralité des textes juridiques sur le territoire malgache était ordonnée. Les résultats d'une telle entreprise titanesque ont dépassé toutes les espérances dans un temps relativement bref.

La "codification-compilation" est présentée sous forme de deux supports : d'une part, un CDROM de droit des affaires, confectionné grâce à l'appui des principaux bailleurs de fonds³ internationaux est mis en vente qui recense la quasi-totalité des textes en vigueur en la matière à Madagascar. D'autre part, tous les textes de droit civil ont été recensés dans deux volumes qui sont en quelque sorte la continuation des anciens recueils de lois civiles et qui sont également mis à la disposition du public dans le commerce.

De son côté, la CRDA ou sa cellule technique ont commencé à mettre à jour le droit positif existant et à repenser carrément certaines lois. C'est ainsi que la définition du commerçant dans le code de commerce a été remanié⁴, qu'une loi sur la transparence des entreprises a été adoptée⁵, que la loi sur l'arbitrage est venue réécrire un chapitre entier du code de procédure civile... C'est ainsi également qu'un projet de loi sur les sociétés commerciale fort de quelques 900 articles a déjà été déposé, qu'un projet de réforme de loi sur les sûretés a été lancé mais arrêté pour des

¹ Le décret 96.041 du 1 février 1996 précité donnait pour mission à la CRDA « - d'identifier les réformes à entreprendre dans le domaine du droit des affaires ; - de définir les priorités en tenant compte des objectifs fixés et des directives du gouvernement ; - de formuler toutes suggestions ou conseils ou de faire toutes propositions sur la nécessité comme sur l'opportunité de modifier les textes du droit des affaires ; - de donner à titre consultatif son avis sur les projets de lois ou décrets lorsqu'elle en est requis ; - de veiller à la cohérence des réformes » (JORM du 1^{er} avril 1996 p. 976).

² Le nouveau décret 97.750 du 29 mai 1997 témoigne de ce nouveau rôle conféré à la CRDA. Après avoir repris les missions définies dans l'ancien décret du 1^{er} février 1996, le décret du 29 mai 1997 précise : « (la CRDA) fixe les délais d'exécution des travaux ; - formule les directives sur les principes devant guider les réformes à entreprendre ; - approuve les travaux effectués au niveau de la cellule technique en provoquant toute réunion ou concertation avec toute entité concernée. Des rapports périodiques sur l'état d'avancement des travaux seront adressés par l'organe technique de la réalisation des travaux à la CRDA qui adressera un exemplaire au Premier Ministre à titre de compte rendu ».

³ Principalement la Coopération Française, l'USAID et la fondation Friedrich Ebert.

⁴ Loi 99.018 du 2 Août 1998 relative au statut du commerçant (JORM du 16 Août 1999, 1865).

⁵ Loi 99.025 relative à la transparence des entreprises (JORM du 30 Août 1999 éd. spéc., p.2006).

raisons politiques, de même que le projet de réforme sur les contrats civils et commerciaux. Mais le constat final laisse confiant. Il reste à espérer que l'œuvre sera continuée sereinement par la nouvelle équipe gouvernementale en place depuis 2002.

Et il y a à la fin un constat d'harmonie. Car toute cette œuvre récente sur le droit des affaires n'a pas une seule fois remanié ni même porté ombrage aux textes de droit civil rédigés en 1960. Par là, le codificateur de 1996 (celui qui ordonne...), admettait implicitement la valeur intrinsèque des recueils des lois civiles. Quitte à se répéter, il faut bien avouer, encore une fois, qu'à cette époque, la dualité de codificateurs était à son sommet et si le « codificateur qui ordonne » avait considéré que le droit civil tout entier avait pu être de nature à empêcher le développement du droit des affaires, il l'aurait fait savoir sans état d'âme. C'est ce qui se passe d'ailleurs en matière foncière.

Il y a harmonie à un autre titre, celui de la méthode. La CRDA intégrait de droit des experts étrangers de bords différents, français et américains. On retrouve ici une sorte de similitude avec la situation du XIX^e siècle des premiers codes malgaches où anglais et français se disputaient les faveurs des souverains. Seulement l'enjeu a changé. Ce n'est plus la recherche unilatérale d'une hégémonie quelconque mais l'amélioration concertée du système existant, sous l'arbitrage de Madagascar. Les résultats de cette concertation là en matière de codification conduisent à souhaiter qu'elle perdure.

25. OHADA ? -Un dernier mot: dans cette effervescence de la reconstruction totale d'un système, une question a été posée au codificateur qui était de savoir pourquoi n'avoir pas profité d'un moule préexistant et prêt à l'emploi qui aurait permis à Madagascar d'être doté immédiatement des instruments juridiques les plus modernes et d'intégrer le concert des autres nations africaines qui elles aussi étaient confrontées à un degré plus ou moins fort aux mêmes problèmes ? Le moule est bien sûr le traité de l'OHADA¹, et le refus de Madagascar n'est pas pour l'instant suivi d'explications officielles. Mais c'est peut être le signe que Madagascar est véritablement entrée dans cette phase de codifications plurielles où l'on écoute préalablement, on observe attentivement, on discute sereinement et on décide opportunément. Et, semble-t-il, l'une ou l'autre de ces étapes attend impatiemment d'être franchie.

¹ Office pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique institué par le traité du octobre 1993 et qui regroupe actuellement les Etats d'Afrique francophone au sud du Sahara.