

CODIFICATION OU REECRITURE DU DROIT MALGACHE DE LA FAMILLE DANS UN CONTEXTE PLURALISTE

Par Laurent SERMET

Professeur à l'Université de La Réunion

Membre correspondant de l'Académie nationale malgache

1. Les sources du droit malgache de la famille contemporain sont la coutume et la loi. Ce dualisme des sources exprime la nature pluraliste du droit malgache. Ce pluralisme est particulièrement sensible dans le droit de la famille perméable, comme le soulignait justement Jean Carbonnier, à la multiplicité des influences, rationnelles et passionnelles. Il frappe le juriste formé à l'école de l'unité politique et juridique du droit français révolutionnaire¹. Propice à une analyse de sociologie juridique, il sera précisé par les points suivants : ses sources historiques et politiques ; la place formelle de la coutume dans le droit positif malgache ; l'articulation, dans le droit de la famille réformé dans la décennie 1960, de la coutume et de la loi. Pour finir, il conviendra de préciser la portée de la réforme du droit malgache de la famille dans la décennie 1960 : codification ou réécriture du droit² ?

2. Le pluralisme juridique malgache est étroitement lié à l'histoire politique de la Grande Ile. Les quatre périodes de l'histoire politique malgache sont instructives pour décrire ce pluralisme juridique. La première période révèle une diversité coutumière marquée. « A l'origine », soit schématiquement avant le 19^{ème} siècle, il existe une dispersion du pouvoir, qui entraîne une diversité territoriale et juridique. Difficile d'en préciser son début³ alors que son terme est plus aisément déterminable : fin du 18^è s. et début du 19^è s.

3. Une deuxième période survient alors : symboliquement très importante, elle caractérise l'émergence de la construction de l'identité nationale malgache. Une volonté d'unification politique et juridique du territoire prend corps au 19^è siècle, grâce à l'ambition politique royale, celle notamment du Roi Andrianpoinimmerina qui règne de 1789 à 1810. Cette construction politique laisse libre cours au *Famorianana*, terme qui peut se traduire en français comme une politique d'unification territoriale, originaire des Hauts Plateaux. Le mouvement d'uniformisation territoriale se manifeste particulièrement dans trois directions : l'envoi de

¹ Mais n'est-ce pas la singularité « unitariste » du droit français qui devrait étonner ? L'hypothèse commune n'est-elle pas celle du pluralisme du droit ? Voir Gilles Paisant (dir.), *De la place de la coutume dans l'ordre juridique haïtien. Bilan et perspectives à la lumière du droit comparé*, Actes du colloque de Port au Prince, 29-30 novembre 2001, Grenoble, PUG, 2002, 221 p.

² Henri Raharijaona, « Préparation du code civil malgache », *Bulletin de l'académie malgache*, 1962, pp. 67-69. Le 27 avril 1960, une commission de rédaction du code civil est instituée.

³ C'est la délicate question de l'origine du peuplement malgache qui se pose : Africains, Austronésiens ? On se permet de renvoyer aux travaux de l'archéologue Claude Allibert sur la question.

gouverneurs merina en province à partir de 1824 ; la codification du droit, qui donne lieu à sept codifications successives de 1828 à 1889, dont le fameux code des 305 articles de 1881 ; l'organisation d'une justice royale. Faut-il considérer que le *Famorianana* procède par la contrainte idéologique et s'appuie sur la conquête militaire ? On peut en discuter. Mais le terme évoque plus l'intégration des territoires voisins des Hauts plateaux que leur domination (en ce sens, entretien février 2003 avec Madame Razoharinoro, Présidente de la section des sciences morales et politiques, Académie nationale malgache). On remarque que les coutumes locales, exogènes à la culture Merina, subsistent durant cette période et sont mêmes explicitement reçues par le droit écrit¹. Aussi l'unification territoriale recherchée ne procède pas nécessairement par l'imposition d'un droit unique et laisse subsister le pluralisme normatif. Pouvait-il en être autrement ? Cette période de construction nationale s'appuie, dans une certaine mesure, sur des forces extérieures liées à la pénétration des églises chrétiennes qui introduisent des pratiques et valeurs nouvelles dont les codes royaux ne sont pas exempts : on note leur influence morale².

4. En 1896, une troisième période s'ouvre avec la loi dite d'annexion de Madagascar. Jusqu'alors la France était présente sous la forme plus discrète du protectorat (traité de 1885). La loi d'annexion française énonce explicitement le principe du « *respect des usages, lois et institutions* ». Comment interpréter cet engagement ? S'agit-il d'un engagement juridique, motivé par des raisons humanistes, ou d'un engagement politique, pragmatique et conjoncturel ? Dans les faits, la seconde proposition l'emporte. La logique juridique est enfreinte rapidement par la logique de subordination politique. La pérennisation du droit local dépend assez clairement de sa non-contrariété aux desseins de l'entreprise coloniale³. En d'autres termes, le droit local est perçu comme un objet potentiellement politique dont le pouvoir colonial, qui se veut prééminent, doit maîtriser les enjeux. Le droit local n'est-il pas explicitement l'expression formalisée du pouvoir royal malgache⁴ ?

¹ L'article 263 du code des 305 articles de 1881 dispose : « Les lois et coutumes antérieures continueront à avoir leur valeur et à être en vigueur et doivent appliquées à l'égal des lois écrites réunies dans le présent code ».

² Yvette Ranjeva-Rabetafika, « L'idéologie victorienne dans le code des 305 articles », *Bulletin de l'académie malgache*, 1982 (1985), t. 60, pp. 41-45. Le code ne remet en cause ni la hiérarchisation sociale traditionnelle, ni l'esclavage : Razoharinoro, « A l'origine du code des 305 articles », *Bulletin de l'académie malgache*, 1982 (1985), t. 60, pp. 34-35.

³ La proclamation au peuple de l'Imerina du Général Gallieni, 28 février 1897, *Journal officiel de Madagascar et dépendances*, 3 mars 1897, est très significative : « La France vous considère maintenant comme ses propres enfants. Elle ne veut que votre bien et, tout en respectant vos mœurs et vos lois, elle veut vous faire participer peu à peu aux bienfaits de sa propre civilisation. Votre devoir est de m'aider dans cette oeuvre de pacification et de rénovation que le Gouvernement de la République française m'a confiée. Vous éviterez ainsi que de nouveaux malheurs viennent fondre sur vous »

⁴ L'arrêté du 28 février 1897 porte abolition de la royauté en Imerina, *Journal officiel de Madagascar et dépendances*, 3 mars 1897. Ses motifs sont encore très significatifs : « la royauté est devenue une institution inutile depuis que le Gouvernement de la République a déclaré Madagascar colonie française.. les chefs des dernières bandes insurgées et ceux d'un certain nombre de familles nobles persistent, en

Les procédés de subordination du droit local sont de trois ordres¹ :

- L'ordre public colonial contient deux effets complémentaires : additionnel ou substitutif. L'ordre public additionnel ajoute un droit exogène d'origine métropolitaine ou, substitutif, il supprime certains pans du droit local. Pour satisfaire à l'égalité par le droit, l'esclavage local ainsi que les privilèges du système royal sont abolis. Un code dit de l'indigénat est néanmoins adopté qui arrête un statut répressif propre aux indigènes.

- La déclaration de prééminence du droit méridional du 19^e siècle sur les droits coutumiers. Le 1^{er} décembre 1900, un arrêté local dispose que le droit local applicable se résume au droit écrit codifié au mépris du pluralisme antérieur². Certaines coutumes sont ainsi frappées de « déjuridicisation ».

- L'application du droit français à titre de raison écrite, lorsque le droit local apparaît insuffisant. Dans ces conditions, que subsiste-il du droit local ?

5. Une quatrième période s'ouvre après soixante-quatre ans de colonisation. Madagascar acquiert l'indépendance et inaugure l'ère de la 1^{ère} République qui court jusqu'en 1972. Elle est très ouverte aux réformes pour satisfaire aux besoins contemporains et modernes de la société malgache. Le droit, en général, et le droit de la famille, en particulier, sont traversés par un vent réformiste³. Dans ce domaine, l'ambition législative est remarquable : entre le 3 octobre 1961 (Loi sur les actes de l'état civil) et le 4 juillet 1968 (Loi sur les successions), pas moins de six textes principaux, lois et ordonnances, entrent en vigueur. Trois pôles principaux du droit civil sont concernés : l'identification des personnes, le mariage et la filiation et le patrimoine. Le législateur civil cherche à opérer une modernisation éclairée du droit des personnes en tenant compte du double héritage juridique à sa disposition : un droit traditionnel fédéré - grandement pas exclusivement - autour des codifications survenues durant le 19^e siècle ; un droit colonial qui marque une forme de dépendance et de subordination par rapport à la France. Le législateur civil peut opter pour deux stratégies *a priori* incompatibles l'une avec l'autre : soit une remise en cause complète du droit des époques précédentes, adoptant une démarche révolutionnaire de table rase, qui impose le devoir-être révolutionnaire. Soit il peut

s'appuyant sur cette institution, à entretenir un mouvement d'hostilité contre l'influence française et à rendre ainsi plus longue et plus difficile la colonisation française dans l'île ». La Royauté est donc abolie, les fonctions de premier ministre sont supprimées et la province de l'Imerina est désormais administrée par le Gouverneur général de l'Imerina.

¹ Voir notre contribution, « Le droit de la famille à Madagascar dans la décennie 1960 », in *Les années soixante dans le Sud-ouest de l'océan indien, Revue historique des Mascareignes*, 2002, pp. 225-231.

² Voir aussi décret présidentiel 5 novembre 1909 qui, en matière de régime matrimonial, désigne la règle du *kitay telo andalana* (règle du partage des biens aux 2/3 pour l'homme et 1/3 pour la femme), applicable dans les régions de droit coutumier merina quelle que soit l'origine de l'époux.

³ Pour l'engouement du droit comme élément de développement de l'Etat malgache voir Ministère de la justice malgache, *Colloque du droit malgache*, 15-21 octobre 1964, version dactylographiée, et notamment les contributions d'Alfred Ramangasoavina, « Les impératifs de la justice dans les pays en voie de développement », d'Annie Rouhette, « Le rôle de la coutume dans le droit des personnes » et de Roger Granger, « Problèmes d'application du droit moderne dans les pays en voie de développement ».

reprendre le droit antérieur sous réserve d'un bénéfice d'inventaire, privilégiant une solution de continuité plus conforme à l'enseignement des sciences humaines. La pluralité des objectifs poursuivis par le législateur civil montre qu'il cumule les deux stratégies¹ :

- unifier le droit sur l'ensemble du territoire malgache - objectif politique ;
- respecter autant que faire se peut la diversité coutumière - objectif humaniste ;
- ancrer la société dans le progrès - objectif idéologique.

6. Par comparaison la deuxième République, qui connaît les aléas de l'aventure marxiste, n'a pas cette ambition de réforme législative du droit des personnes, exceptée la loi du 20 juillet 1990 relative au partage des biens matrimoniaux. Et aujourd'hui ? Le droit de la famille n'est plus un enjeu de législation. Dans une certaine mesure, le législateur civil de la décennie 1960 avait cherché à faire de la loi un instrument de changement social avec l'ambition de faire passer la société d'alors, caractérisée principalement par l'oral et la coutume, à une société de l'écrit et de l'acte juridique. L'entreprise était intellectuellement généreuse. Mais la diversité des objectifs contenait des contradictions violentes aux effets centrifuges marqués. Aujourd'hui, il est assez juste de parler d'échec de la loi en raison de son ineffectivité.

7. Au terme de cette brève présentation historique du droit malgache, la question de l'existence d'un droit merina doit être soulevée. Faut-il évoquer, même schématiquement, un droit écrit merina par opposition aux droits côtiers de nature coutumière ? L'histoire montre que cette opposition formelle a une certaine consistance, très discutée actuellement, parce qu'elle signifie la permanence d'une opposition entre les groupes ethniques de Madagascar. S'il n'est pas nécessaire - ni même possible - de prendre parti sur cette délicate question, il doit être relevé que certains jugements accréditent le dualisme formel du droit malgache. Ainsi la Cour Suprême, à propos de la règle ayant trait à la non-vocation successorale de l'enfant naturel à l'égard du père, fait-elle valoir que : « la règle coutumière invoquée est suivie à Madagascar en pays merina mais elle n'est pas admise dans de nombreuses autres régions ... la filiation hors mariage « a patre » est admise dans la plupart des groupements ethniques de province périphérie de Madagascar, notamment les provinces de Diégo-Suarez et Tamatave, ainsi qu'il ressort de l'enquête générale sur les coutumes juridiques à laquelle il a été procédé du 1^{er} décembre 1960 au 1^{er} juin 1961 »². L'arrêt n'est pas isolé : « selon la coutume de l'Imerina appliquée dans les

¹ « Le Gouvernement malgache a tenu à inscrire parmi ses premières préoccupations celle de doter l'Etat d'une législation simplifiée et rajeunie, soulignant par là le rôle éminent du droit dans un pays jeune, en voie de développement, voulant rester fidèle aux traditions juridiques malgaches, sans renier pour autant les apports bénéfiques de plus de soixante ans de contact avec les institutions françaises, facteurs d'enrichissement et de modernisation, lui permettant de s'insérer dans la communauté internationale », in Henri Raharijaona, « Préparation du code civil malgache », *Bulletin de l'académie malgache*, 1962, p. 67.

² Cour suprême, Chambre de Cassation civile, 14 février 1967, aff. 41-66.

régions soumises à la domination Hova, l'enfant naturel n'a aucune vocation successorale à l'égard de son père naturel »¹.

8. La place de la coutume comme source de droit dans l'ordre juridique malgache mérite d'être précisée. L'article 11 de l'ordonnance du 19 septembre 1962, *relative aux dispositions générales de droit internes et de droit international privé*, arrête les trois points suivants : les coutumes ou les traditions des parties sont admises comme une source d'inspiration du juge en cas de silence, insuffisance ou obscurité de la loi (subsidiarité de la coutume par rapport à la loi ou coutume *secundum legem*) ; les coutumes ou les traditions des parties doivent être certaines, parfaitement établies et ne pas heurter l'ordre public ou les bonnes mœurs (conformité de la coutume à la loi ou impossibilité de la coutume *contra legem*) ; l'invocation par le juge de sources non écrites, en raison du silence, insuffisance ou obscurité de la loi, doit en priorité concerner les principes généraux du droit et à titre subsidiaire les coutumes ou les traditions des parties (primauté des principes généraux sur la coutume). Par ailleurs, la loi 19 juillet 1961 *portant création de la Cour Suprême* dispose en son article 5 que le pourvoi en cassation est formé pour violation de la loi, notion interprétée par la jurisprudence en ces termes : la violation de la coutume est assimilée, en tant que moyen de cassation, à la violation de la loi ; la coutume a la valeur de la loi tant qu'elle n'est pas abrogée par une loi malgache uniforme réglementant la même matière (rappel de sa nature *secundum legem*)².

9. La nature pluraliste du droit malgache et la place juridique de la coutume ont été précisés. Allons plus au fond de l'articulation entre la coutume et la loi en interrogeant les rapports entre la loi (pensée moderne) et la coutume (pensée traditionnelle) puisque le droit civil des années 60 s'appuie sur ces deux pensées dans la réécriture du droit. Si l'exhaustivité n'est pas recherchée, on peut néanmoins dessiner cinq hypothèses de relation entre la loi et la coutume.

10. Soit l'hypothèse de l'équivalence de la coutume et de la loi. L'article 25 de la loi du 4 juillet 1968, *relative aux successions, testaments et donations*, prévoit que le testament peut toujours être révoqué. La « coutume » inscrite à l'article 232 du Code des 305 articles de 1881 va exactement dans le même sens, hormis la question des modalités de forme. La Cour suprême arrête que : « le législateur malgache a entendu proclamer la règle traditionnelle du masymandidy, soit le droit absolu pour le testateur malgache de disposer de ses biens comme il l'entend »³ et elle précise qu'il n'y a pas de renonciation tacite ou implicite possible à ce droit traditionnel et absolu⁴. Ce principe de liberté absolue du testateur est néanmoins soumis aux conditions de formes fixées par le Code des 305 articles : la lecture du testament à la famille ; la lecture du testament au Fokonolona ; son enregistrement doit se faire en présence de deux témoins.

¹ Cour Suprême, Chambre de Cassation civile, 28 octobre 1969, aff. 6-69.

² Cour suprême; Chambre de Cassation civile, 26 mai 1970, *Ramizana*, arrêt n° 31

³ Cour suprême, Chambre de Cassation civile, 8 décembre 1964, *Ranvaomilanta*, arrêt 49.

⁴ Cour suprême, Chambre de Cassation civile, 25 mai 1965, *Ratsirahonana*, arrêt 24.

11. Soit l'hypothèse de la négation de la coutume par la loi. On sait que la filiation naturelle paternelle ainsi que la reconnaissance naturelle *a patre* ne sont pas reconnues par la coutume malgache. En d'autres termes, la filiation légitime de l'enfant ne peut résulter que de la preuve de la célébration, survenue avant la naissance, du mariage de ses parents¹. La loi du 20 novembre 1963 sur *la filiation, l'adoption, le rejet et la tutelle* revient sur ce refus coutumier et reconnaît trois modes d'établissement de la filiation naturelle : par présomption de paternité qui dépasse le cas de l'enfant né du mariage ; par admission de la reconnaissance de paternité ; par déclaration de paternité en justice.

12. Soit l'hypothèse du renvoi législatif à la coutume. Par le renvoi, la loi désigne la coutume comme source formelle de droit. Le contenu de la coutume n'est donc pas fixé et sujet à des possibles évolutions normatives. L'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 *relative au mariage* prévoit, à l'article 55, le droit de la femme de quitter provisoirement le domicile conjugal dans les formes et conditions coutumières - droit de *misintaka* -. L'article 66 arrête que le divorce est possible pour manquements aux règles traditionnelles du mariage. Elle interprète ainsi la notion : « constitue un manquement grave aux obligations traditionnelles résultant du mariage rendant intolérable le maintien du lien conjugal, le fait pour une femme de faire intervenir inutilement des tiers alors qu'elle était libre de disposer de droit de *misintaka* pour faire constater le départ du mari dans des conditions entraînant obligatoirement des suspicions sur l'honorabilité du mari, surtout compte tenu du lieu et de la position sociale des époux »².

13. Soit l'hypothèse tempérance de la coutume par la loi. La loi accepte de prendre en compte la coutume mais la loi est interventionniste : la norme devient partiellement coutumière, partiellement légale. L'article 76 de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 prévoit qu'en cas de séparation, la garde de l'enfant est dévolue selon les règles coutumières (renvoi), mais celles-ci peuvent être écartées lorsque l'identité de l'enfant va en sens contraire (tempérance).

14. Soit enfin, l'hypothèse absorption de la coutume par la loi. La loi codifie au fond la règle coutumière qui perd ainsi sa nature - ce n'est ni un renvoi, ni une tempérance -, mais une cristallisation par la loi de la règle coutumière. Le décret du 16 janvier 1963 définit l'autorité chargée de constater l'accomplissement des cérémonies traditionnelles comme le chef de village et le chef de quartier.

15. Reste à apprécier la portée des différents textes adoptés durant la décennie 1960. Constituent-ils une codification du droit de la famille comme le souhaitaient alors les responsables de la première République ? Tout dépend de la définition de la notion de codification retenue. Est-ce, selon la définition générale reprise par Cornu, la réunion des textes épars, conduisant à des modifications d'ordre formel à l'exclusion de toute modification de fond, soit une « codification-

¹ Cour suprême, Chambre de Cassation civile, 23 février 1965 *Ravaonoha, c/Razafy*, arrêt 9.

² Cour suprême, Chambre de Cassation civile, 24 septembre 1974, *Rajaonson c/ Ralaison*, arrêt 72.

compilation » destinée à faciliter l'appréhension juridique d'une branche de droit ? Est-ce à l'inverse une réécriture du droit qui, outre une formalisation des règles de droit, ajoute des solutions nouvelles et retranche des solutions jugées dépassées, soit une codification-innovation ? Pour notre part, il s'agit assurément d'une réécriture du droit de la famille dans le contexte très particulier de l'histoire du droit malgache et du volontarisme politique de la décennie 1960, qui n'a pas été formalisée dans un texte unique.

