



HAL
open science

Droit Français, Droit Malgache: Le droit positif malgache et ses problèmes d'application

Jacqueline Ravelomanana

► **To cite this version:**

Jacqueline Ravelomanana. Droit Français, Droit Malgache: Le droit positif malgache et ses problèmes d'application. Revue juridique de l'Océan Indien, 2005, Le rayonnement du droit français dans le monde, NS-2005, pp.53-64. hal-02549630

HAL Id: hal-02549630

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02549630>

Submitted on 21 Apr 2020

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

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

DROIT FRANÇAIS, DROIT MALGACHE : LE DROIT POSITIF MALGACHE ET SES PROBLEMES D'APPLICATION

*Par Jacqueline Ravelomanana,
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Tananarive à
Madagascar*

I – UN PEU D'HISTOIRE : L'ÉTAT DES LIEUX

Dans le nouveau contexte politique où s'accomplit l'œuvre de codification ou de réajustement du droit, il est utile d'établir et de préciser le rôle que les coutumes d'une part et le code civil français d'autre part jouent dans le droit à Madagascar.

A – Les coutumes : facteur d'adhésion populaire et garantie de l'application du droit malgache

Les coutumes participent dans une très large mesure à la formation du droit traditionnel que le gouvernement malgache entendait et entend utiliser pour l'édification de règles juridiques uniformes et précises, applicables à l'ensemble des citoyens malgaches. Le rapport de synthèse sur l'état des personnes de 1962 indiquait clairement que le code civil de Madagascar, loin d'emprunter à des législations non malgaches, puiserait sa substance dans "les institutions juridiques authentiquement malgaches", trouvant ainsi, grâce à sa conformité avec les coutumes en vigueur, la certitude de l'adhésion populaire et la garantie de son application¹.

Les coutumes présentent donc un intérêt primordial car elles fournissent du matériau au droit nouveau. Elles ont déjà contribué à l'édification de plusieurs lois qui sont dans le livre premier du code

¹ Rapport de synthèse du ministère de la Justice (1962) ; RAMANGASOAVINA (A.), "Du Droit coutumier aux codes modernes malgaches", *Rec. Prenant* n° 692, 1962, p. 327-347.

civil de Madagascar consacré à la famille et aux personnes¹, c'est-à-dire à l'être humain envisagé comme sujet de droit et comme membre de la collectivité familiale. En droit malgache, les régimes matrimoniaux et les successions se rattachent étroitement au droit des personnes, au point de ne pouvoir être séparés comme cela se fait. Dans le système juridique français où le droit des personnes est limité le plus souvent aux règles relatives à l'identification de l'individu (nom, domicile, état civil) et à ses relations familiales (mariage, filiation).

Cette remarque nous permet de voir ce que les Malgaches entendent par le concept de coutume. Pour ce faire, nous allons nous limiter, paradoxalement à la définition de la doctrine française². La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune. La coutume suppose donc la réunion de trois conditions : la répétition des mêmes actes, l'acceptation tacite du groupe social qui se soumet à cette coutume et l'écoulement d'un certain temps. Mais pour définir plus complètement la coutume à Madagascar, il faut ajouter un quatrième élément aux trois déjà cités à savoir le respect de la volonté des ancêtres (*Fanjana Ny Fombandrazana*).

Ici la notion de coutume à Madagascar rejoint celle donnée par les juristes romains qui définissent la coutume comme un ensemble d'usages déjà pratiqués par les ancêtres, tirant leur force obligatoire de ce qu'ils ont été en vigueur pendant longtemps avec le consentement tacite de tous³.

L'originalité de la coutume malgache ne vient pas du fait que la coutume, les *Fomba*, venant des ancêtres (*Razana*) et participant au culte que l'on doit leur rendre, doivent s'imposer à nous tous. Cette

¹ Voir *Recueil des lois civiles*, t. I : "Dispositions générales. Droit de la famille", République malgache, Ministère de la Justice, Tananarive, 1964.

² Définition du projet du code civil de l'an II. La définition suivante est formulée dans l'article 5, titre 1, du projet du code civil de l'an II et qui fut supprimée lors de la rédaction définitive du code en 1804.

³ LECA (A.), *La genèse du Droit*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998.

originalité est aussi renforcée par le fait que l'imprégnation religieuse des coutumes n'implique pas l'immobilisme juridique. Si les règles coutumières sont sacrées en raison de leur origine, elles n'en sont pas moins mouvantes : elles évoluent à Madagascar comme dans tous les pays de droit coutumier, au rythme des exigences modernes.

C'est sur ce fond coutumier que le droit français a dû forger le droit positif malgache.

B – Les traits caractéristiques des réformes juridiques : terreau d'un nouveau droit francophone

Deux remarques.

Sur le plan social et géographique

À l'exception d'une partie du droit de l'*Imérina*, tout le droit de Madagascar est un droit coutumier. Globalement, si l'on néglige les usages vraiment locaux, autochtones que révèlent parfois les enquêtes coutumières¹, il y aurait donc dix-neuf coutumes, autant de coutumes que d'ethnies. À partir de cette constatation, une autre remarque est à souligner : les juristes des années 1960, c'est-à-dire à l'époque du recouvrement de l'indépendance ont avancé l'existence de différentes aires juridiques².

Pour eux, Madagascar est divisée en aires coutumières perceptibles tout au long du XIXe siècle. Madagascar était avant 1896 un territoire, un état où il y avait un pluralisme juridique. Tout ceci donne un chiffre relativement peu élevé par rapport aux quelques soixante coutumes générales de l'Ancienne France, ce qui faisait écrire à Voltaire que l'on changeait de lois toutes les fois que l'on changeait de chevaux de poste. Mais ce serait un chiffre encore trop

¹ Réponses de l'inspecteur du ministère, FOSTANT (29 sept. 2004). Il a fait des enquêtes dans la commune de Manalondo, sous-préfecture d'Arivonimamo en ayant émis des jugements supplétifs presque au rythme de 500 par an, sans parler de ceux qui se sont adressés directement au tribunal ou au Fivondronana. L'exemple n'est pas unique. Voir plus loin.

² Quarante ans plus tard, le pr. Sermet reprend les mêmes observations, "Le Droit de la famille à Madagascar dans la décennie 60", *B.A.M.*, t. 82/1 – 2, 2003 (2004).

élevé si le législateur tenait et tient compte des particularismes coutumiers pour confectionner un droit nouveau.

Devant ces réalités, rechercher les particularismes coutumiers ne conduirait qu'à un travail de pure érudition si l'on ignorait l'aspect pratique du problème, c'est-à-dire la stricte application de ces particularismes, leur observation par les habitants. Le législateur moderne a eu diverses réactions.

Au plan juridique lui-même

Devant ces particularismes, il se dégage quand même une tendance qui va en s'affirmant vers l'unité du droit malgache, en particulier tout ce qui touche le droit des personnes. Ce phénomène est dû à deux faits essentiels : l'existence d'un fonds commun coutumier d'une part et celle de l'influence du droit *Merina* d'autre part. Ces deux éléments ont agi dans le temps -depuis 1896 dates du début de la colonisation-, et dans l'espace. Le pouvoir colonial a, dans la réalité, unifié l'île d'une manière effective grâce en partie à son droit administratif.

Le fondement du droit commun coutumier est incontestablement le culte des ancêtres qui domine tous les actes de la vie malgache. Et ce culte profondément enraciné dans tout Madagascar donne au droit un aspect uniforme dans l'accomplissement de certaines formalités juridiques. Il explique aussi aujourd'hui l'existence de pratiques uniformes et généralisées qui se manifestent dans le droit commun coutumier (par exemple, la remise de la dot, en malgache Vodiondry). Cet élément va permettre au législateur colonial (1896-1958-1960) et plus tard aux législateurs malgaches d'envisager un droit unique en particulier le droit des personnes.

L'autre facteur ayant aidé d'une manière conséquente au rayonnement du droit français est l'influence du droit *Merina*. Il est d'usage d'opposer le droit coutumier oral au droit écrit *Mérima*. Présentant différents traits pouvant le caractériser¹, notre sujet va

¹ Ce droit écrit se résume en une série de dispositions répressives. Les "codes malgaches" bien que ne répondant pas à la définition du code tel que l'on entend la notion moderne, appuyés par deux autres documents législatifs de très grande importance : les instructions aux Sakaizambohitra (1878) et les règlements des

surtout s'intéresser à l'aspect innovateur de ce droit *Mérina*. Car cet aspect peut être généralisé et va être étendu à l'ensemble de Madagascar, par l'administration coloniale.

Comme le droit français appliqué à Madagascar après 1896, le droit *Mérina* introduit dans le pays des dispositions juridiques nouvelles, parfois foncièrement étrangères à la coutume et probablement d'inspiration européenne, chrétienne¹ tels que l'établissement de l'état civil², l'introduction du divorce judiciaire³. En 1896, la colonisation française et le droit français ont trouvé un terrain relativement prêt à les accueillir mais à quel degré d'intensité ? Ici, il est alors permis de s'interroger sur la valeur de ce droit en sa forme novatrice, sur son application effective et sur sa réception par les usagers du droit.

II – LES DEGRES DE RAYONNEMENT DU DROIT FRANÇAIS A MADAGASCAR : LE DROIT POSITIF MALGACHE ET SES PROBLEMES D'APPLICATION (A PARTIR DE 1896)

En 1960, on n'avait pas pensé à mesurer le degré de résistance des usagers de la coutume à l'unification et à la codification du droit. À l'époque, une telle étude semblait prématurée : on avait avancé l'impossibilité de le faire sans un dépouillement de la nouvelle jurisprudence, des statistiques de l'état civil, de sondages de l'opinion publique.

gouverneurs de l'Imerina (1889) complètent la coutume mais ne la remplacent pas. Ceci souligne le désir du gouvernement malgache d'alors de rassembler Madagascar. Sa politique d'unification, de construction s'est aussi exprimée par l'installation des gouverneurs merina à partir de 1824 dans les provinces, par la réorganisation de la justice coutumière des provinces en adjoignant aux représentants du pouvoir central de grands juges, le *Andriambaventy* (grands notables), généralement composés des nobles vaincus des régions (*Faritany*).

¹ Surtout à partir de 1810, date du début du règne de Radama 1er (1810-1828)

² V. arts 34, 36, 46, 48, et 73-75 ; art 53, 108, 109, 229. code 1881.

³ V. art 56. Code 1881 : Il n'est pas permis de renvoyer sa femme. S'il existe des motifs graves pour que la séparation ait lieu, le mari comme la femme pourrait se plaindre à l'autorité... (traduc. Julien).

Aujourd'hui, le thème de cette conférence sur le "rayonnement du droit français dans le monde" nous permet, dans une certaine mesure, de nous informer de l'attachement des Malgaches à leurs coutumes ou de l'indifférence qu'ils leur portent, ou de l'étude de l'opinion malgache face à la codification à partir d'une part du droit malgache traditionnel et du code civil français d'autre part.

En effet, ce sujet peut être appréhendé de deux façons et selon la chronologie. De 1896 à 1960, nous pouvons avancer que le droit français continue l'entreprise d'unification du royaume malgache, se traduisant par un essai de monisme juridique. Le droit malgache, devenu cette fois-ci, traditionnel et dénommé par cet adjectif est mis sous tutelle. La France ne touche pas aux usages, aux coutumes en principe. En revanche, l'ambition coloniale ne doit pas être contrariée.

L'ordre public colonial est prioritaire. Le droit ancien doit s'y conformer. En fait, le droit colonial a eu trois effets essentiels : d'abord un effet substitutif : l'exemple le plus important est l'abolition de l'esclavage, deuxième loi prise par l'administration coloniale (26 septembre 1896), étant entendu que la première fut la loi d'annexion de Madagascar (août 1896)¹ ; ensuite un effet additif : le code de l'indigénat (3 mai 1901) établit un régime disciplinaire propre aux Malgaches de l'époque² ; le pouvoir colonial a donné la prééminence au droit *Merina* sur le droit coutumier (1er décembre 1900) mais la seule source de droit applicable est le droit *Merina* au détriment des coutumes.

Durant cette période, le droit français se fait par intégration politique : sur le terrain, si le royaume malgache, en l'occurrence *Merina*, n'avait eu que les deux tiers de l'île sous son occupation, la France coloniale a fait mieux, elle a pu unifier toute l'île dès 1896 grâce aux fameux "cercles militaires"³. À partir de 1960 jusqu'en

¹ A elles deux, ces deux lois peuvent servir suffisamment à des recherches relatives au rayonnement du droit français à Madagascar.

² Le code de l'indigénat n'a jamais fait l'objet d'études...

³ En 1896, avec le corps expéditionnaire pour Madagascar, il y a eu deux futurs maréchaux de France, mis à part le général Gallieni qui lui aussi le deviendra, les

1975¹, la 1^{ère} République, par le droit, se veut être humaniste en conciliant des forces opposant deux traits essentiels tiraillant la société malgache nouvellement indépendante : la notion de l'épanouissement individuel (*Fandrosoana* ; *Maha-Olonal*) face aux diverses forces collectives. (*Fianakaviana* : famille ; *Fokonolona* : communauté villageoise ; *Vondrona Samihafa* : associations diverses...). En 1960, les choses commencent à changer, le législateur veut écrire un droit qui doit ménager à la fois le droit merina et les coutumes. C'est un projet généreux mais vaste, comme l'est le sujet qui nous intéresse aujourd'hui. Ce dernier méritait un développement plus global, révélant dans sa totalité l'évolution de la personnalité des malgaches.

Ni le temps, ni l'objet des travaux faits jusqu'à ce jour ne le permettent et pour notre part, nous ne pouvons aborder ce problème que sous l'angle du droit privé. Car dans un pays en voie de développement, la loi civile n'est pas seulement l'exacte image des mœurs et coutumes sociales, elle est aussi le reflet d'une politique législative désirant le progrès par tous les moyens, et sans aucun rapport avec la réalité ! Pour ce faire, le gouvernement malgache aidé par une forte présence d'assistants techniques français crée par décret du 27 août 1960 une commission de rédaction du code civil et confie la mission de codifier l'ensemble des règles juridiques de droit privé au ministre de la Justice, garde des Sceaux, Alfred Ramangasoavina.

Les effets ne se font pas attendre. Il y a une grosse production juridique : la loi sur les actes de l'état civil paraît le 9 octobre 1961 ; l'ordonnance du 19 septembre 1962 sur les dispositions générales de droit privé ; l'ordonnance du 24 juillet 1962 sur le nom, le domicile et l'absence ; l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 sur le mariage ; la loi du 20 novembre 1963 sur la filiation, l'adoption, le rejet et la tutelle.

Les réformes juridiques des années 1960 présentent un double héritage juridique : le droit malgache ancien se référant en grande

colonels Lyautey et Joffre qui ont été mis à la tête de deux cercles militaires le premier à Tuléar et le second à Diego Suarez.

¹ 1960 : année de l'indépendance de Madagascar ; 1975 : début de la II^e République et arrivée de Didier Ratsiraka au pouvoir (1975-1991 ; 1996-2001).

partie au droit *Merina*, surtout dans le droit de la famille¹ ; le droit colonial, en 1896, a provoqué des bouleversements dans le droit de la famille. En supprimant par exemple l'esclavage, la France a vraiment perturbé le système social malgache. Globalement, la relation de subordination juridique en 1960 devient problématique.

De ces faits, le législateur doit faire face à deux attitudes : une première attitude consiste à rejeter le droit colonial si bien qu'en 1972, il y a un essai de mise à l'écart du droit antérieur ; une deuxième attitude, est moins révolutionnaire, plus réformatrice. Cette deuxième solution a été choisie mais elle est problématique. Devant la volonté ferme de vouloir progresser, quel droit faut-il adopter ?

Durant toute cette première période d'indépendance et comme dans tous les pays francophones, la rénovation du droit fut entreprise, en particulier le droit de la famille. Deux préoccupations essentielles ont guidé les réformateurs : d'une part la volonté d'unifier les règles juridiques ; d'autre part le souci de moderniser les structures familiales "coincées" par les contingences surtout économiques et les mettre à jour.

L'urgence d'une rénovation était aiguë juste après l'indépendance, car le droit colonial avait pratiqué une justice à deux niveaux : les citoyens malgaches étaient soumis les uns au statut moderne et les autres au statut traditionnel. Cette discrimination ne pouvait plus être de mise ; la constitution et la volonté affirmée d'unité nationale ne pouvaient l'accepter. Une législation uniforme et rapide devait voir le jour, applicable à tous, sans distinction de race, d'ethnie, de caste.

À y regarder de plus près cependant, la réalité est plus complexe que ne pourrait le laisser croire une analyse purement statique. Depuis 1896, la société malgache est confrontée à la civilisation occidentale qui propose à ses élites, à sa jeunesse surtout des villes, des modèles culturels et des valeurs différents de ceux qu'elle pratiquait jusqu'alors. Ainsi depuis 1896 et jusqu'à l'indépendance, le recours

¹ La parenté et l'alliance, la situation juridique du mineur, la protection des incapables, les successions et les régimes matrimoniaux relèvent encore du domaine des coutumes.

au droit français est devenu plus courant, bouleversant les institutions coutumières et provoquant la naissance de nouvelles institutions.

Pour illustrer ce que l'on vient de lire prenons l'exemple de la famille. En 1960, à la veille de la codification, deux conceptions de la famille coexistaient dans le droit positif et coexistent toujours dans la société malgache : d'une part, la conception française d'une famille nucléaire (*Ankoonana*) limitée aux parents et aux enfants, d'autre part, la conception traditionnelle d'une famille élargie (*Fianakaviambe*) rassemblant tous les descendants d'un ancêtre commun (*Razana Iombonana*), ayant un même tombeau (*Fasan-Drazana*) et suivant une hiérarchisation bien définie.

Cette conception traditionnelle donne l'autorité au plus âgé, sensé être le plus sage et le plus expérimenté. La parenté est classificatoire, ainsi chaque génération l'emporte sur la suivante. Tous ces traits assurent la cohésion de la famille et provoquent cet esprit de solidarité qui caractérise ce système social malgache. Ils permettent de comprendre pourquoi à la différence de la société occidentale, le droit traditionnel malgache accorde peu d'importance au divorce. Ce dernier n'a aucun effet essentiel sur la structure familiale. En revanche, le désir de faire perpétuer le groupe donne une place privilégiée à la femme, "matrice universelle"¹ et à l'enfant, élément vital de la survie du groupe.

La famille malgache est quand même confrontée à différents assauts de déstructuration. Les mouvements des populations, les contingences de l'économie monétaire, le passage de la propriété collective à la propriété individuelle, l'action de l'État dans tous les domaines encouragent et favorisent un esprit individualiste. Devant toutes ces influences, aujourd'hui on assiste à une transformation sensiblement rapide de la famille étendue et à son morcellement. L'évolution qui s'opère à Madagascar confirme cette loi de l'histoire de la famille élargie cède petit à petit, la place à la famille restreinte. Et le législateur actuel est en présence d'une situation qu'il veut maîtriser.

¹ RAVELOMANANA (J.), *Histoire de l'éducation des jeunes filles malgaches. Du XVIe siècle au XXe siècle (exemple merina)*, Ed. Salohy, Antananarivo, 1995.

En 1960, il voulait légiférer avec ordre et méthode. Le pouvoir d'alors voulait procéder par étapes, afin de soustraire l'individu aux déterminismes divers qui l'oppriment jusqu'à ce jour, à le libérer des multiples obligations sociales, familiales, locales entravant son existence et empêchant son accomplissement. Cet objectif généreux est repris par la IIe république (1992...). La IIe république (1975-1991) utilise l'institution juridique comme instrument politique, normalement porteur de justice. Ici elle est remplacée par l'idéologie. L'influence du droit français est mise en veilleuse. Le centralisme démocratique efface toute réflexion, tout épanouissement.

Actuellement, il y a un retour au droit, à la primauté de la constitution, à la protection des droits de l'homme¹, de l'environnement². La tendance générale est semblable à celle des années 1960. L'ambition juridique est pluraliste : se conformer à la coutume ; respecter le droit positif ; introduire des notions nouvelles. L'exigence des bailleurs de fonds habituels (France, Union européenne) et des institutions spécialisées des Nations unies (Banque mondiale et Fonds monétaire international) met l'accent sur la bonne gouvernance et l'État de droit. Le législateur malgache témoigne de sa volonté de bien faire et de contribuer au développement rapide et durable en luttant surtout contre la corruption. La lutte contre cette dernière représente, pense-t-on, une des armes les plus efficaces pour éradiquer la pauvreté qui sévit dans ce pays. On a fait appel ici à des experts de formation francophone. On a institué "le Conseil supérieur de la lutte contre la CSLCC", on lui a donné un instrument le "Bureau indépendant d'action contre la corruption" (BIANCO).

Les exigences nées de la pauvreté nous conduisent à parler brièvement des autres difficultés rencontrées par le droit positif dans son application. Les problèmes d'ordre économique, géographique et/ou sociologique : 80 % des Malgaches sont analphabètes. Le

¹ Constitution malgache.

² On a tendance à oublier ou on ignore vraiment que le code des 305 articles (1881) est très actuel à ce propos. Cf. art. 81 (pour la protection des forêts) ; art 84 relatif aux cantonniers ; art. 85 à propos des chemins publics ; art. 67 à propos des lépreux ; art. 272 sur la scolarité obligatoire ; art. 190 et suiv. / sur la déontologie.

problème de la connaissance et de la réception de la loi demeure un véritable handicap. Le *Journal Officiel* est publié en 15 000 exemplaires pour 15 000 000 Malgaches. Ce fait ne traduit que le problème matériel. Le véritable handicap est la connaissance de la loi, la prise de conscience de sa valeur et d'autre part la crainte de l'autorité (*Manam-Pahefana*) : celui qui détient le pouvoir).

Allant de pair avec ces difficultés, la nouvelle loi entre en conflit avec la coutume. Cette dernière a longue vie car l'étendue du pays et son cloisonnement géographique rendent la juridiction à saisir éloignée des justiciables. En grande majorité rurale, la population tient à ses traditions, à son patrimoine. Une des conditionnalités de la Banque mondiale est la vente de la terre aux étrangers. Aujourd'hui le droit foncier est à l'ordre du jour. Les populations rurales sont partiellement intéressées par les litiges fonciers, mettant en cause leur droit de propriété, de possession ou d'occupation coutumière. Ces derniers temps (depuis septembre 2004), le syndicat des inspecteurs des domaines, dans leur mouvement de grève à ce propos a interpellé les autorités en rappelant l'ancienneté du droit foncier remontant au début de la colonisation en 1896.

Le sujet que nous abordons est très vaste. Je crois que j'ai soulevé des questions qui peuvent servir de pistes de recherche. Confrontée à toutes ces difficultés, le législateur doit créer, imaginer des solutions nouvelles, adaptées, conformes au génie de ce peuple et à sa culture.

BIBLIOGRAPHIE

LECA (A.), "La genèse du droit" (essai d'*Introduction historique au droit*) Librairie de l'Université d'Aix en Provence, 1998, 415 p.

RAHARIJAONA (H.), "Ny 305 (1881), Lalana mbola velona", communication faite à l'Académie malgache, juillet 2000.

RAMANGASOAVINA (A.), "Du droit coutumiers au codes malgaches", *Rec. Penant* n° 692, 1962, p. 327-347.

RAVELOMANANA (J.), *Histoire de l'Education des jeune filles malgaches, du XVIe au milieu du XXe siècle – exemple merina*, Ed.Salohy. 1995, 451 p.

SERMET (L.), "Le droit de la famille à Madagascar dans la décennie 1960", *B.A.M.* tome 82/1-2 2003 (2004).

Rapport de synthèse du ministère de la Justice (1962).

Code civil.

Code des 305 articles (1881).

Constitution malgache.