

Le droit de la famille à Madagascar dans la décennie 1960

Laurent Sermet

▶ **To cite this version:**

Laurent Sermet. Le droit de la famille à Madagascar dans la décennie 1960. Revue historique des Mascareignes, 2002, Les années soixantes dans le Sud-Ouest de l'océan Indien : La Réunion, Madagascar, Maurice, Mayotte, 04, pp.225-231. hal-03454078

HAL Id: hal-03454078

https://hal.univ-reunion.fr/hal-03454078

Submitted on 29 Nov 2021

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.

Le droit de la famille à Madagascar dans la décennie 1960

Laurent Sermet
Université de La Réunion

1. Le thème du « Droit de la famille à Madagascar dans la décennie 1960 » doit être envisagé sous l'angle de la pluralité des analyses : juridique, historique et sociologique, ce qui en justifie l'importance et la place dans ce colloque d'histoire contemporaine régionale. Précisons pour commencer deux éléments introductifs.

2. Le pluralisme juridique vise l'hypothèse où différents groupes sociaux, pour des raisons ethniques ou religieuses notamment, possèdent, sur un même territoire politique, leur droit propre, ce qui conduit à une coexistence des ordres juridiques, débouchant occasionnellement sur des conflits de droits. Le pluralisme juridique puise son origine dans l'analyse sociologique car il consacre une relation de cause à effet entre diversité communautaire et pluralité des droits[1]. Il en résulte un système complexe où le pouvoir politique doit organiser la diversité des droits. A l'inverse, un territoire politique qui fait sien l'idéologie de l'unité territoriale repousse nécessairement le pluralisme juridique : on évoque alors l'expression de monisme juridique, à laquelle la France se rattache expressément (Déclaration de la Convention nationale, 25 septembre 1792 : *« La République est une et indivisible »*). Durant la période précédant la colonisation française, en 1896, le pluralisme juridique caractérise le droit malgache, bien qu'il y ait un correctif centralisateur que s'attribue le pouvoir royal des hautes terres. Jusqu'en 1960, Madagascar reste une terre de pluralisme juridique, où le correctif centralisateur colonial se substitue au précédent correctif. Depuis l'indépendance, la grande île fait face, dans une mesure encore importante, au pluralisme juridique. Le domaine des normes familiales est particulièrement propice à l'affirmation du pluralisme juridique car les groupes sociaux sont attachés à leur particularisme. La règle de droit entretient avec la société politique d'indissociables liens. Faute de l'existence d'une société politique, la règle de droit n'a pas l'occasion de voir le jour. Il en résulte une dialectique éternellement en tension entre le souhait d'émancipation du droit et la volonté de son annexion par la société politique. Les différents processus d'unification politique à Madagascar montrent à l'envi, y compris à l'égard du droit de la famille, cette indissociabilité.

[1] Cette relation sociologique est possible sans être automatique : le *pluralisme juridique caractérise le droit malgache alors que le pluralisme linguistique, semble-t-il, y est faible suite à l'unification linguistique de la Grande Ile.*

3. La présentation se fondera sur un plan délibérément chronologique. Avant d'aborder le droit civil malgache de la famille dans la décennie 1960 (II), les deux périodes précédentes (I), départagées par l'annexion française de 1896, si tant est que les historiens la considèrent comme véritablement opératoire, ne peuvent être ignorées, tant la situation juridique de la décennie 1960 en était le fruit.

I - LE DROIT DE LA FAMILLE DURANT LA PERIODE PRECEDANT L'INDEPENDANCE MALGACHE

4. Avant 1896, on assiste à l'épanouissement autonome du droit de la famille. Après 1896, même si le propos est peut-être un peu rapide, la mise sous tutelle coloniale du droit local apparaît. Il n'empêche que, quelles que soient les qualifications retenues - épanouissement local avant 1896 contre mise sous tutelle après 1896 - le droit de la famille est, avant comme après 1896, un enjeu d'appropriation politique.

5. Les sources formelles du droit malgache de la famille se répartissent en deux catégories : le droit *merina*, au champ d'application territorial précis (les Hauts Plateaux et le Nord du pays *Betsileo*), qui s'inscrit dans une volonté politique centralisatrice, s'oppose aux droits coutumiers. Le droit merina trouve son origine dans les discours du Roi Andrianampoinimerina (règne de 1789 à 1810[2]). Il présente les trois caractéristiques suivantes : droit écrit ; droit codifié au cours du XIX^e^ siècle (de 1828, avec le Code de la Reine Ranavalona I, jusqu'aux règlements des Gouverneurs de l'Imerina édictés en 1889, sept codifications juridiques d'envergure prennent corps, dont le fameux code des 305 articles du 29 mars 1881, édicté par la Reine Ranavalona III[3]) applicable dans le domaine familial notamment ; droit dont l'objectif est de servir l'ambition politique du pouvoir royal de centralisation. Les caractéristiques du droit coutumier s'opposent à celles du droit merina : oral, le droit coutumier est composé de pratiques sociales répétées dans le temps, qui tendent à en fixer le contenu sans empêcher toute évolution ; il ne présente pas, au moins en apparence, d'ambition politique car il cherche, en premier lieu, à assurer l'homogénéité sociale des communautés ; il n'y a pas d'unification des droits coutumiers : les ordres juridiques coutumiers n'ont pas vocation à converger entre eux. Aucune codification des coutumes n'est réalisée.

6. Une étude de 1962, réalisée le Ministère malgache de la Justice[4], précise que l'aire juridique du droit *merina* cohabite avec six aires coutumières[5]. Autrement dit, le pluralisme juridique à Madagascar présente sept aires d'application du droit. Le degré de convergence substantielle des ces ordres juridiques au droit *merina* fait apparaître trois ensembles juridiques : le territoire des Hauts plateaux où le droit

---

[2] Sur l'histoire royale : R. P. Callet, *Histoire des rois*, Antananarivo, Editions de la librairie de Madagascar, 1974-1978, traduction de G.-S. Chapus et E. Ratsimba ; F. Raison-Jourde, *Les souverains de Madagascar. L'histoire royale et ses résurgences contemporaines*, Paris, Karthala, 1983, 480 p.

[3] Ce texte majeur du droit *merina* rationalise l'état des personnes par recours à la procédure de l'enregistrement. Parmi ses innovations : la liberté du mariage est complétée par son enregistrement, dont le défaut est sanctionné. L'avortement et la répudiation sont interdits. La naissance doit être enregistrée.

4] Ministère de la justice, *Rapport général de synthèse sur les coutumes malgaches*, approuvé en Conseil des Ministres le 28 mars 1962, 103 p., mentionné in « Exposé des motifs de l'ordonnance du 1^er^ octobre 1962 relative au mariage », *Recueil textes fondamentaux et droit civil*, tome I, Antananarivo, Imprimerie d'ouvrages éducatifs, 2001.

[5] Au Sud : aires *Bara et Antandroy*. A l'Ouest : *Vezo et Sakalava*. A l'Est : *Betsimsaraka*. Au Nord : *Antakarana*. Au centre, hors les hautes terres, le Sud du pays *Betsileo*. Au Sud-Est : *Antaimoro et Farafangana*.

merina s'applique exclusivement ; le territoire contigu – *Betsimsaraka*/côte Est et *Sakalava*/côte Nord Ouest - qui conduit à une application partielle du droit merina en concurrence avec le droit coutumier et le droit applicable sur le pourtour de la Grande Ile, où le droit coutumier a une vocation exclusive : pays *Vezo, Bara* et *Antandroy*. Cette présentation sociologique des rapports droit *merina* et droits coutumiers doit être complétée par une présentation plus formaliste inscrite à l'article 263 du code des 305 articles : *« Les anciennes coutumes sont applicables à l'égal des lois écrites du code »*. Ce mécanisme est original car il autorise une résolution des conflits de normes sans primauté du code sur les coutumes.

7. La distinction du droit *merina* et des droits coutumiers, en termes de sécurité juridique comparée, fait apparaître une sécurité juridique moindre des coutumes dans certains domaines : condition de la femme, condition de la fille par rapport au garçon, pérennisation de la polygamie, liberté du mariage limitée, nombre élevé des causes de rejet de d'enfant. A l'inverse, dans d'autres domaines, une sécurité juridique accentuée est fournie par la coutume : protection accentuée de la famille, reconnaissance de l'enfant naturel, protection de la diversité des formes d'union entre l'homme et la femme : mariage, concubinage, association temporaire.

8. Après 1896, la colonisation va provoquer d'importantes conséquences sur le droit local, même si la position de principe arrêtée par la République, explicitement énoncée dans la loi d'annexion (6 août 1896), est respectueuse des : *« usages locaux, des lois locales, des institutions locales »*. Pour accompagner ce principe, une Cour d'appel mixte est établie chargée de faire respecter le droit local. Cette position affiche certes une préoccupation humaniste, mais elle est aussi certainement inspirée par des considérations d'efficacité et de réalisme politique. Cet engagement législatif de principe ne va pas empêcher que la pratique coloniale ne respecte pas le droit local (notamment le droit de la famille) que sous conditions. En d'autres termes, le respect du droit local n'est maintenu que pour autant qu'il n'entrave pas le dessein de l'entreprise coloniale et des idéaux républicains. L'expression de **colonisation juridique** est adéquate pour évoquer ce phénomène.

9. Ce respect conditionnel se traduit par la subordination du droit local au droit colonial, cette hiérarchisation normative traduisant, à nos yeux, une mise sous tutelle. L'instrument de cette mise sous tutelle se fait par l'intermédiaire du mécanisme principal de **l'ordre public colonial**. On peut retenir une définition très large de ce dernier et considérer qu'il déploie deux catégories d'effets vis-à-vis du droit traditionnel : **substitutif et additionnel**.

10. L'effet *substitutif* a pour vocation d'abroger le droit traditionnel dans ce qu'il a de trop éloigné par rapport aux idéaux de la République Française. En cette fin de XIXè siècle, la France métropolitaine connaît une période d'épanouissement législatif des libertés publiques, qui succède à la période de lutte, durant la décennie 1870, entre les forces républicaines et monarchistes : Loi sur la liberté de réunion du 30 juin 1881, Loi sur la liberté de presse du 29 juillet 1881... Cinq années après la colonisation de Madagascar, la loi du 1er juillet 1901 établit la Liberté d'Association. De ce fait, la République des libertés ne peut accepter un décalage trop grand entre le droit français métropolitain et le droit français colonial, sous peine d'incohérence. L'effet substitutif de l'ordre public colonial conduit, à Madagascar, à une double abroga-

tion juridique : abolition de l'esclavage et abolition de la féodalité. La loi du 20 juin 1896 arrête l'abolition de l'esclavage malgache, mis en place par les forces politiques locales, et répond ainsi au décret du 27 avril 1848 opposable à l'esclavage des colonies françaises. La transcription locale de la loi se fait par un arrêté du 26 septembre 1896. L'abolition de l'esclavage entraîne aussi son contraire : le système de castes et donc de la féodalité. Un arrêté du 17 avril 1897 supprime l'institution du Vodivona et des privilèges seigneuriaux, qui rappellent la féodalité européenne. L'effet *additionnel* entraîne, à l'inverse, l'imposition d'un droit nouveau. A ce titre, le Code de l'Indigénat, établi par un arrêté du 3 mai 1901, arrête un ensemble de dispositions disciplinaires propres aux sujets indigènes soumis à un régime de répression non pénal : la procédure de répression est maîtrisée par l'administration coloniale et ne ressort pas d'une compétence et d'une procédure juridictionnelles, ce qui atteste, entre autres, la disparité juridique entre le citoyen français et le sujet français.

11. La colonisation juridique entraîne, le cas échéant, une restructuration du droit local. On doit citer, à cet égard, l'arrêté du 1er décembre 1900 qui dispose que, dorénavant, le seul droit traditionnel applicable devient le code *merina* des 305 articles, au mépris de la pluralité du droit local (droit codifié et écrit, d'un côté, et droits coutumiers non codifiés, de l'autre) et de sa complexité. Ce faisant, l'administration coloniale opère une véritable nullification (abrogation est le terme juridique) des droits coutumiers et, consécutivement, des structures sociales qui sont fondées sur eux, en toute violation du principe de respect des coutumes locales posé par la loi du 6 août 1896. A nos yeux, autant les effets substitutif et additif de l'ordre public colonial peuvent être justifiés au regard de la loi de 1896, car il s'agit d'établir une cohérence entre le droit local et le droit métropolitain, autant l'abrogation pure et simple des droits coutumiers ne peut pas se justifier. Cette décision, au risque d'être sans effet réel, s'explique par des considérations pratiques : le droit *merina* est immédiatement connaissable, grâce à sa forme écrite, alors que l'accès aux coutumes ne l'est pas. Cette décision favorise l'unification politique du droit. La France a opéré de la même façon aux Comores en sélectionnant parmi les sources de droit local celle bénéficiant du brevet de juridicité[6].

13. Cela étant, l'ordre public colonial, qui est principalement mis en œuvre par l'administration, n'est pas le seul instrument de colonisation juridique. Une technique juridique plus subtile est aussi utilisée par le juge. Par un arrêt de 1898, la Cour d'appel mixte de Tananarive, fait application du droit français, à titre de raison écrite[7]. Ainsi le juge comble des lacunes du droit local par référence au droit métropolitain. Voilà comment, présentée schématiquement, opère la colonisation juridique à Madagascar. Envisageons maintenant le processus de réforme du droit de la famille mis en œuvre, au cours de la décennie 1960, par la première République malgache.

---

[6] *Le Minhadj at Twalibin* devient la source de référence du droit local musulman applicable aux Comores : articles 6 des décrets du 29 mars 1934 et du 1er juin 1939.

[7] *Cahiers du centre d'études des coutumes*, Université de Madagascar, Faculté de droit et des sciences économiques, 1966, p. 124 : CA, mixte, 25 août 1898, *Rasoandrazana contre Rabetaka* : pour admettre un tiers à intervenir dans une contestation juridictionnelle, le juge fait appel au droit français, à titre de raison écrite, qui permet l'intervention expressément contrairement au droit local.

II – LE PROCESSUS DE REFORME DU DROIT DE LA FAMILLE SOUS LA PREMIERE REPUBLIQUE MALGACHE

14. Si l'on s'en tient à une analyse strictement quantitative, de 1961 à 1968, le législateur de la famille, nouvellement indépendant, adopte ou fait adopter, par voie d'ordonnance, six textes principaux qui attestent d'un activisme législatif, qui prend trois directions principales : l'identification des personnes, ce qui vise bien évidemment la reformulation de l'Etat civil ; le mariage et la filiation ; le patrimoine familial, visant les successions, les régimes matrimoniaux et les libéralités[8]. En osant un parallèle, on peut dire que le XIX^e^ siècle malgache, durant une période de 70 ans, caractérise une volonté *merina* très forte d'asseoir le droit des personnes, qui se retrouve durant les huit années de la Première République. Sous cette première République, le volontarisme du législateur s'inscrit dans une perspective idéologique de la loi, consistant à en faire un instrument de progrès social, de progrès politique, de justice et de rationalité. Même si la comparaison est rapide, il apparaît que la première République (1960-1972) se fonde sur la loi, comme instrument de progrès, alors que la seconde République (1975-1992) entretient une attitude beaucoup plus réservée, beaucoup plus politique, à l'égard de la loi, car elle est beaucoup moins favorable à l'instrument législatif, jugé trop libéral. Son instrument privilégié est l'égalité politique des citoyens, quitte à l'affirmer par la force et justifiée par l'idéologie marxiste.

15. Le législateur familial de la décennie 1960 hérite d'une double construction juridique de la société : une construction traditionnelle fédérée, en grande partie mais non exclusivement, autour du droit *merina* et une construction coloniale, qui n'est pas sans vertu, bien qu'évidemment elle symbolise une forme de dépendance et de subordination vis-à-vis de l'ancienne puissance coloniale. Le législateur nouvellement indépendant a deux options possibles : soit il remet complètement en cause ce double héritage juridique et se situe alors dans une attitude révolutionnaire, de la même façon que le législateur de la Révolution Française l'avait fait vis-à-vis des coutumes de l'Ancien Régime, en balayant entièrement l'héritage précédent : la démarche est fondée philosophiquement et elle est politique. Soit, et c'est cette attitude là qui va être choisie par le législateur familial, il reprend sous forme d'inventaire le double héritage juridique, tout en créant un droit nouveau. Cette démarche est fondée sociologiquement et elle a, pour elle, un certain réalisme. Cette option poursuit une triple ambition :

- unifier le droit de la famille sur l'ensemble du territoire pour répondre à une préoccupation d'unité politique par le droit ;
- respecter autant que possible la diversité coutumière. Il s'agit d'une préoccupation humaniste, doublée de la recherche de l'adhésion populaire à la règle, qui mérite d'être soulignée pour sa clairvoyance anthropologique. Il s'agit aussi pour le législateur indépendant, contrairement au législateur colonial, de se fonder sur le droit *merina* mais aussi, dans la proportion qu'il choisira, sur les droits coutumiers. Cette ambition, on le verra, n'est pas aisée à mettre en œuvre ;
- ancrer le droit familial dans une perspective de développement et de progrès.

---

[8] L'ensemble de ces textes est publié dans le *Recueil textes fondamentaux et droit civil*, tome I, Antananarivo, Imprimerie d'ouvrages éducatifs, 2001, pp. 295-527.

16. Le choix arrêté est donc celui du pluralisme juridique, centré autour de trois mentalités juridiques : la mentalité traditionnelle, la mentalité coloniale et la mentalité moderne. Pour illustrer le choix du pluralisme, l'ordonnance du 1er octobre 1962, relative au mariage[9], peut servir de base à la démonstration. Il s'agit, à l'aide de quelques exemples, de montrer la nature des rapports qu'entretiennent les mentalités juridiques, en particulier la mentalité traditionnelle et la mentalité moderne. Les rapports entre la mentalité coloniale et la mentalité moderne sont plus ambigus : ils présentent, à nos yeux, une double face. Si la législation coloniale est progressiste, elle est reprise à son compte par le législateur indépendant[10]. Sinon, elle est rejetée. Quatre types de rapports juridiques, de l'ordre de l'enchevêtrement des normes, peuvent être établis, l'hypothèse de la négation de la coutume par la loi n'étant pas retenue ici[11].

17. Présentons, tout d'abord, certaines des dispositions de l'ordonnance, qui repose sur 9 chapitres. Le mariage est défini comme une *« union permanente entre un homme et une femme »* (art. 2), ce qui a pour vocation de le différencier de l'union traditionnelle et temporaire, en stabilisant l'union matrimoniale. La polygamie est interdite (art. 7), reprenant ainsi la logique du droit *merina*. Le législateur admet la validité de deux formes de mariage : le mariage civil de droit commun, sanctionné par un officier d'état civil et le mariage coutumier, dès lors qu'il répond à la triple condition de l'union permanente, de l'enregistrement et du respect des cérémonies traditionnelles (art. 2 et 31 et s.). L'autorisation préalable de la famille n'est requise que si le marié est mineur, la majorité matrimoniale étant fixée à 18 ans (art. 5). Le mari est chef de famille (art. 53).

18. Le premier rapport juridique est le **renvoi législatif à la coutume**. Dans cette hypothèse, la loi se contente de désigner la coutume sans intervenir au fond. La norme consacrée a en conséquence une substance coutumière tout en acquérant une valeur législative. Dans cette hypothèse, il est admis que le contenu de la norme coutumière puisse se modifier car elle est, par renvoi législatif, compétente pour arrêter le contenu de la norme. La disposition législative qui admet que les cérémonies du mariage soient définies selon la tradition est un exemple de renvoi législatif (article 31). Ce renvoi législatif peut être interprété comme un pluralisme « assumé », par l'addition des diverses sources de droit. Ainsi la mentalité moderne est-elle confortée par la référence à la légalité et à la durée de l'union (art. 1). La mentalité traditionnelle *merina* est aussi concernée par la condition de l'enregistrement (art. 2 § 2) ainsi que la mentalité coutumière, par l'admission que l'accomplissement des cérémonies traditionnelles soit l'une des conditions du mariage (art. 2 § 2).

19. Le deuxième rapport juridique est **l'absorption législative de la coutume.** Dans cette hypothèse, la loi codifie la coutume, elle s'approprie son contenu, à l'inverse de l'hypothèse précédente où le renvoi se contente d'établir un passage normatif, en donnant à la coutume valeur de loi. Dans l'absorption, la coutume disparaît

---

[9] JORM, 19 octobre 1962, p. 2366.

[10] En ce sens, l'article 4 de l'accord de coopération du 27 juin 1960, en matière de justice entre la République française et la République malgache : *« A défaut de 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 »*.

[11] Le législateur écarte la coutume au motif qu'elle est rétrograde et qu'elle contrevient évidemment au progrès social : le consentement des parents n'est plus donné au mariage de l'enfant majeur (art. 5).

en tant que source de droit du fait de la cristallisation législative de son contenu. Se pose alors la question de savoir si l'abrogation de loi entraîne la résurgence de la coutume. La théorie du droit voudrait qu'il en soit ainsi – par retour à la loi ancienne, ici la coutume - excepté le cas où une loi nouvelle remplace la loi abrogée. Comme exemple d'absorption, citons le décret du 16 janvier 1963 qui prévoit que l'autorité chargée de constater l'accomplissement des cérémonies traditionnelles est le chef de village et le chef de quartier.

20. Le troisième rapport juridique est la **tempérance législative de la coutume**. Cette hypothèse se rapproche des deux cas précédents mais elle les complète. La coutume est considérée comme source de droits et d'obligations, sous réserve des ajustements arrêtés par la loi. L'article 55 en fournit un exemple. Les époux sont tenus de vivre ensemble, mais, pour des motifs graves, la femme peut quitter temporairement le domicile conjugal, dans les formes et conditions prévues par la coutume. Cet exemple est hybride. Le départ du foyer repose sur des considérations coutumières : il s'agit d'un renvoi législatif. Pour autant, cette prérogative accordée à la femme ne peut être justifiée que pour des raisons graves, signifiant que les raisons non graves, que la coutume présenterait, ne pourraient pas être retenues. Un autre bel exemple de tempérance se retrouve à l'article 76 de l'ordonnance : en cas de séparation des parents, la garde des enfants est dévolue selon la coutume (renvoi législatif). Mais la prise en compte de l'intérêt des enfants est arrêtée par le juge afin de limiter les conditions de cette dévolution coutumière.

21. Le quatrième rapport juridique est le **développement législatif de la coutume**. Dans cette dernière hypothèse, la loi a pour effet d'intensifier et d'approfondir la coutume. Il ne s'agit plus de la faire vivre par un renvoi, une absorption ou une tempérance, qui sont des formes de réception législative de la coutume ayant, somme toute, un effet limitatif, il s'agit de l'aider à se développer. Le cas de la juridiction traditionnelle du divorce, compétente en cas de mariage célébré selon les traditions, établie par les articles 95 et s., en est un exemple topique. Cette « juridiction », composée d'un fonctionnaire et de deux membres du *Fokonolona*, a pour mission principale de concilier les époux.

22. Pour conclure, l'entreprise que s'était fixée le législateur civil de la décennie 1960 mérite, à l'issue d'un terme de 40 ans, une réflexion critique. L'effectivité de la réforme législative laisse à désirer. Des causes objectives expliquent la difficulté d'accéder à la connaissance de la loi (insuffisance de la diffusion du JORM, isolement des régions, manque de capacité d'une partie non lettrée de la population à accéder à la connaissance de la loi). Mais il existe aussi des phénomènes de résistance à la loi (indifférence et mépris de la loi). Les illustrations sont nombreuses : maintien de la femme dans une condition d'infériorité, maintien de l'inégalité entre les garçons et les filles, pratique du rejet d'enfant formellement interdite, nombre peu élevé de mariages coutumiers enregistrés… On peut parler d'échec de l'entreprise anthropologique du législateur, même si, en théorie juridique, la loi moderne devrait primer les cas de résistance à la loi.