

*Sources et tendances du droit moderne à Madagascar**

LOUIS MOLET

Madagascar est quelque peu extérieure à l'Afrique mais est puissance constituante des principales organisations internationales africaines (O.C.A.M. et autres) depuis la création de celles-ci. En effet, depuis son indépendance qui a été amorcée par la loi française de juin 1956, (Loi Defferre) et le mouvement irrésistible qui a suivi dans toute l'Union française, l'île a vu en octobre 1958 l'abrogation de la loi d'annexion de 1897, et aussitôt la proclamation de la République, enfin la reconnaissance de la souveraineté internationale de celle-ci en 1960.

Depuis les débuts de la République et même avant, une équipe de juristes, français et malgaches, s'était attelée à la tâche de donner au pays les codes nouveaux dont il avait besoin. Nous ne prendrons, faute de place, que l'exemple du Code civil pour montrer comment ces codes sont en cours d'élaboration, à quelles sources ils ont puisé, quels sont leurs traits dominants et quelles tendances ils manifestent. Voyons tout d'abord les sources.

LES SOURCES

Les législateurs malgaches ne se sont pas mis au travail dans le vide ni dans le désert mais, pour construire leur édifice, ils disposaient de quatre sources de matériaux. Il existait dès longtemps un droit malgache qui était constitué de droit mérina, nom d'une population du centre de l'île où se trouve la capitale et dont le poids démographique est d'environ le quart de la population totale. Ce droit, tiré des codes promulgués avant l'annexion, était appliqué, conjointement avec le droit de la nation coloniale par les tribunaux français avec l'esprit des magistrats venus de France. D'autre part, pour juger les litiges, pour régler la vie quotidienne, il était tenu compte non seulement d'usages et de coutumes mais aussi de beaucoup d'autres éléments qui étaient déjà en fusion, en combinaison, et qui, à l'examen, permettent de reconnaître les quatre sources principales.

* Exposé présenté à l'African Studies Center de l'Université de Los Angeles, California, le 21 avril 1967, dans le cadre d'un colloque sur "Legal and Administrative aspects of Nation-building in Africa" sous le titre "Sources and trends of modern law in Madagascar". (UCLA, Occasional papers, Fall 1967).

Ce n'est que pour faciliter l'exposé que nous allons les distinguer les unes des autres. Il faut souligner d'emblée que ces éléments sont — ou étaient — intimement mêlés et que ces sources ne peuvent être ramenées sans arbitraire aux seuls traits que nous en relèverons.

Certaines proviennent de ce qu'on appelle les coutumes, les *fomba*, qui, même si elles ne sont pas rédigées ou fixées par écrit et indépendamment des "coutumiers", sont l'ensemble des usages sociaux acceptés dans un groupe, enseignés dès la plus petite enfance et que le groupe considère comme sa loi naturelle. Ces coutumes régissent la vie de tous les jours et de tous les instants, les comportements entre les individus et les groupes comme par exemple l'autorité des père et mère (*ray aman-dreny*), la solidarité de la famille, etc.

Mais pour tenir compte et avoir une claire vision de ces *fomba* dont on connaît confusément l'existence, on ne pouvait s'en tenir aux ouvrages juridiques existants et, comme l'écrit Alfred Ramangasoavina, garde des sceaux et ministre de la Justice de la République Malgache, dans son Rapport de synthèse sur l'état des personnes, que j'ai largement utilisé: "L'étude des lois et coutumes est inséparable des études ethno-sociologiques ou même psychologiques sur la société traditionnelle malgache".¹ Cette nécessité a provoqué la création, au sein de la Faculté de Droit de l'Université de Tananarive, d'un centre d'étude des coutumes.

En étudiant ces coutumes, on y voit apparaître une distinction ancienne que faisait déjà le droit romain entre le *jus* et le *fas*. Le *jus* est le droit proprement dit, les normes sociales reconnues fondées en raison, la légalité, et le *fas*, qui est propice, ce qui est bénéfique, et cette notion sous-entend en arrière-plan toutes les croyances, tous les mythes, toute la métaphysique. On voit également que la société malgache traditionnelle est beaucoup plus régie par le *fas* que par le *jus*, car les *fomba* constituent un ensemble de règles précises sur ce qui se fait (*fanao*), ce qui est convenable (*mety*) et ce qui ne se fait pas (*tsy fanao*), sans que la raison contraignante invoquée soit autre que l'usage institué par les ancêtres.

Et ce sont ces coutumes, ces usages, ces préceptes, souvent condensés en proverbes, qu'il est indispensable de connaître pour comprendre les traditions, les *lovan-tsofina*, qui sont contraires à l'idée même de prescription générale car toujours chaque cas est la convergence de circonstances particulières. Normalement ces *fomba* devraient suffire pour éviter les conflits ou les régler. Ce n'est que très exceptionnellement que des litiges ne peuvent être réglés en conciliation et sont portés devant les tribunaux.

Ceci montre la place essentielle que ces coutumes ont encore et explique que, comme nous le verrons dans la suite de cet exposé, une procédure spéciale

¹ Alfred Ramangasoavina. "Rapport de synthèse" dans *Recueil des Lois civiles*, t. 1, Ministère de la Justice, (Tananarive, 1964), P. 10.

d'enquête sur les coutumes ait été mise en oeuvre. Le garde des sceaux affirme en effet, que: "On n'étudiera jamais assez le rôle, la place et le contenu des *fomba* en analysant le droit traditionnel malgache".

LE DROIT ANCIEN ECRIT

Après cette introduction, un peu longue, mais indispensable, venons-en à l'une des quatre sources que j'ai annoncées. Le droit ancien écrit est l'une des principales.

L'écriture fut introduite à Madagascar avant le XVI^e siècle sous la forme des caractères arabes mais resta cantonnée dans deux populations du sud-est, les Temoro et les Tambahoaka qui l'ont d'ailleurs conservée et la nomment *sora-be*. Elle ne diffusa pas et le roi Radama 1^{er}, au début du XIX^e siècle, l'ayant essayée dans sa jeunesse, l'ayant trouvée trop compliquée et mal adaptée à sa langue maternelle, y renonça au profit des caractères latins utilisés phonétiquement. C'est d'ailleurs à ce propos que l'on a l'un des premiers textes, réglementaire sinon législatif, disons un décret, sous la forme d'une lettre du roi écrite aux missionnaires protestants, qui n'étaient pas d'accord sur la valeur à donner aux lettres, et par laquelle il prescrivait le système d'écriture de la langue de l'île² : les consonnes comme en anglais, les voyelles comme en français.

C'est le moment de faire remarquer que, malgré de notables différences dialectales³ tous les Malgaches parlent la même langue, ce qui leur est un avantage très considérable à bien des points de vue et a joué puissamment pour l'éveil du sentiment national, pour le patriotisme malgache qui est très fort et ne connaît pas les écartements et les difficultés de bien d'autres pays de même taille ou plus petits que l'île.

Dès 1827, donc, les règles de la transcription de la langue et de l'orthographe malgaches étaient posées et dès 1835 toute la Bible était traduite et imprimée. Mais il avait fallu attendre 1828 pour que soit rédigé le premier code juridique dont il existe plusieurs versions différentes.

Jusqu'alors, les lois et les ordonnances étaient publiées sous la forme de proclamations royales (*kabary*) faites au cours de grands rassemblements de peuple et à l'occasion desquels celui-ci était interrogé, pour la forme, sur l'opportunité des mesures édictées et qu'il approuvait par des "Zay! c'est bien cela!" retentissants. Cela resta d'ailleurs la façon normale de promulguer et de publier les lois pendant toute la période royale en Imerina. Le recueil de ces

2 Otto Chr. Dahl. *Les débuts de l'orthographe malgache*. (Norske Videnskaps-Akademi i Oslo, II. Hist. — Filos. Klasse, Ny Série no 9, Universitetsforlaget, Oslo, 1966).

3 *Rapport de synthèse*, p. 94 "Dans le district d'Amboasary, les autorités ont été obligées d'avoir recours à un interprète car elles ne parvenaient pas à faire comprendre aux membres de la commission (d'enquête sur les coutumes) le texte du questionnaire qui n'était pas rédigé dans la langue du pays".

proclamations royales, de ces *Kabary*⁴ forme le premier noyau du corpus juridique écrit et constitue un des jalons de départ pour l'histoire du droit et des institutions de Madagascar.

Les premiers codes, de 1828, celui de 1863 dont on ne sait pas encore s'il faut l'attribuer au roi Radama II ou à la reine Rasoherina étaient à peu de chose près des codes principalement répressifs. Ils servirent de base et d'assises à ceux qui vinrent par la suite: code des 101 articles de 1868, celui du 14 juillet 1878 que vint amplifier encore le code du 19 mars 1881 que l'on appela le Code des 305 articles⁵, ouvrage considérable dont certaines dispositions sont encore en vigueur actuellement. Et il est important de se souvenir en étudiant ces monuments juridiques que "le droit *merina* est fait d'assises superposées, de traditions, de coutumes, de *Kabary*, et de quelques lois ou codes qui n'en sont que l'expression partielle et non la figuration complète"⁶ et l'on peut faire, *mutatis mutandis*, de fructueuses études en tenant compte de ce qu'ont écrit autrefois des auteurs bien connus comme Henry Maine et après lui Paul Vinogradoff, Frederick Pollock, Frederick W. Maitland, Rudolf Huebner⁷, Emile Durkheim, ou plus près de nous, C.K. Allen⁸, le regretté D.R. Radcliffe-Brown⁹, ou les travaux récents de Max Gluckman,¹⁰ pour ne citer que des anthropologistes.

A l'arrivée des Français dans l'île en 1895, donc, Madagascar, possédait déjà des codes, des ordonnances, un droit écrit très élaboré, mais la question se pose de savoir quelle était l'aire d'extension de ce droit dans les provinces périphériques, quelle force il y avait, puisqu'il prévoyait sagement des modalités d'application différentes selon l'état d'assimilation des peuples soumis. Or, pour y répondre, il faudrait faire une série de recherches dans les archives, recherches qui n'ont pas encore été entreprises. En première approximation, on peut cependant dire que les tribunaux fonctionnaient régulièrement et veillaient à l'application de cette législation en Imerina et au Betsileo. Il était plus ou moins appliqué en pays tanala, bezanozano, sihanaka, betsimisaraka, temoro, tesaka, tsimihety et dans quelques villes du pays sakalava (Majunga) et tanosy (Fort-Dauphin); mais à ce droit écrit méridional échappaient complètement, au nord, les pays sakalava et tankarana (le chef de ce dernier royaume s'était voué à l'islam en 1841), au sud, à partir d'Ihosy et au delà, les Bara, les Tanosy, les Mahafaly et les Tandroy.

4 Rev. W.E. Cousins. *Kabary malagasy*, 4e éd. (Tananarive, 1908), Nouvelle édition augmentée (Tananarive, 1962).

5 E. Thériault, *Code des 305 articles*. (Institut des hautes études de Tananarive, Tananarive, 1960).

6 Ibid., *Introduction, De la méthode à suivre pour l'interprétation des codes merina*, p. 14.

7 Lawrence Krader édité., *Anthropology and early law* (New York, 1966).

8 C.K. Allen, *Law in the making*, 6e éd. (Oxford, 1958).

9 D.R. Radcliffe-Brown, *Structure and function in primitive society* (London, 1951).

10 Max Gluckmann, *Law, Politics and Ritual in Tribal Society* (Chicago, 1965).

Mais, paradoxalement, il a été imposé à ces peuples, par le gouvernement colonial qui, par respect pour la personnalité malgache, hésitait à appliquer le droit français mal adapté aux faits et aux gens de l'île, méconnaissait les disparités régionales et obéissait obscurément à cette tendance assimilatrice et centralisatrice qui voudrait que toujours la capitale donne le ton. Pourtant, ce code mérima, conçu à Tananarive et bien que déjà assez détaillé, ne correspondait pas réellement aux coutumes locales qu'il se trouva ainsi influencer.

LES COUTUMES LOCALES ORALES

Mais dans l'application même de ce droit écrit, après l'annexion, les coutumes locales¹¹ orales gardaient leur place grâce à l'article 263 du Code des 305 Articles: "Ces lois et coutumes qui sont d'un usage ancien et constamment suivi sont des lois et coutumes vivantes qu'il convient de suivre et qui ont la même valeur juridique que celle incluses dans ce livre, même si elles ne sont pas écrites". Et des assesseurs, choisis dans les populations locales siégeaient avec les magistrats professionnels pour que ces coutumes suivies par les provinciaux soient connues des juges, mises en application et ne soient pas lettre morte.

Il convenait donc de connaître avec une précision suffisante ces coutumes et une enquête spéciale fut entreprise que je décrirai un peu plus loin. Pour en résumer très brièvement les résultats, on voit qu'il y a dans l'île des coutumes qui forment de grands ensembles correspondant, *grosso modo*, à ses divisions géographiques principales:

le Sud-Est: Tambahoaka, Temoro, Tesaka, Tefasy et les peuples de Farafangana, les Tanosy.

le Sud: Bara, Tandroy, Karimbola et Mahafaly.

l'Ouest: Vezo, Masikoro et Sakalava.

le Nord: Tankarana et Tsimihety.

l'Est: Betsimisaraka, avec de légères variantes entre ceux de la forêt (Moramanga), ceux du Nord, du Centre, les Betanimena, et ceux du Sud.

le Centre: Merina, Betsileo, Sihanaka, Bezanozano, Tanala.

Les différences essentielles portent sur les points suivants:

- plus ou moins grande force des liens dans la famille étendue;
- formes résiduelles de polygamie;
- différences à propos du mariage, des régimes matrimoniaux, du divorce;
- la filiation naturelle et la question des successions.

Pour connaître ces coutumes orales et pouvoir en tenir compte effectivement, le ministre de la justice a ordonné une vaste enquête du 1er décembre 1960 au 30 avril 1961 et a diffusé un questionnaire assez détaillé. Les 178

¹¹ Annie Rouchette "Le rôle des coutumes dans le droit des personnes" *Annales Malgaches Droit* 2, 1965 (Tananarive 1965), p. 31-57.

réponses, qui fournirent une somme considérable de renseignements de valeur¹², montrèrent le grand intérêt que la population avait pris à répondre aux questions qui lui avaient été posées, et son désir de préciser ce qui fait l'originalité des tribus ou des castes. En résumant, on peut dire que l'organisation socio-politique des peuples de l'île est la suivante:

Chaque population de Madagascar se caractérise par un nom, un territoire d'origine, un dialecte, des habitudes et des coutumes portant sur l'organisation sociale, politique ou familiale, ce qui permet de les répartir en trois grandes catégories.

— les groupes ou tribus de type "clan", généralement patrilinéaires et patri-locaux, sans hiérarchie réelle ni même de fédérations, qui peuvent être pasteurs, ou agriculteurs, ou pêcheurs, ou forestiers, ou ressortir de deux ou trois de ces qualifications. Tels sont les Tsimihety, les Tanosy, les Bara, les Tandroy, les Betsimisaraka, les Sihanaka, les Tanala.

— les groupes ayant une structure pyramidale, avec des castes hiérarchisées, et, autrefois, des rois, des reines, des princes ou des princesses: ce sont par exemple les Merina, les Betsileo, les Temoro, également patrilinéaires, patri-et viri-locaux.

— les groupes qui ont des traits empruntés aux deux types précédents, mais ayant des formes beaucoup plus lâches. Ce sont de petites principautés d'agriculteurs ou de pasteurs, généralement patrilinéaires, comme les Sakalava, les Tankarana, les Mahafaly, les Tambahoaka.

Malgré cette diversité des formes d'organisation sociale, le patriarcat semble une règle presque générale ainsi que la croyance en l'action possible des ancêtres sur leurs descendants, ancêtres qui ont donné la coutume et exigent qu'on la suive et auxquels on rend un culte qui prend des formes très diverses selon les populations et dont la plus connue et sans doute la plus spectaculaire est le *famadihana* (retournement des morts) mérina et betsileo.

Il convient de signaler que l'action séculaire des missions chrétiennes, puis celle moins longue mais plus vigoureuse de la colonisation française ont provoqué des modifications qui vont encore en s'accroissant.

Mais le dépouillement des réponses au questionnaire, s'il a montré un réel désir d'unité nationale a manifesté également combien grand était encore l'attachement de ces populations aux us et coutumes locaux. Il a contraint les rédacteurs des codes à une grande prudence pour ne pas heurter de front certaines habitudes et les oblige à n'agir que par paliers.

La tâche cependant est facilitée du fait que beaucoup des singularités régionales ne sont pas à proprement parler du domaine de la loi: tout ce qui ressortit aux catégorisations sociales, tribus, clans, castes, professions, croyances,

¹² *Rapport de synthèse*; Pierre Chevalier, *Introduction à l'étude du droit coutumier malgache* (Tananarive 1964); *Annales Malgaches*, Droit 1, 81-109.