

LES CAUSES ET TECHNIQUES DE L'ADAPTATION DU CODE CIVIL A MADAGASCAR

RAMAROLANTO-RATIARAY

Professeur de droit privé à l'Université d'Antananarivo

Notre présente rencontre s'inscrit dans le cadre de la *commémoration du bicentenaire du code civil français*, ouvrage et oeuvre dont l'importance et la réputation ne sont plus à démontrer, du moins pour des juristes de la famille romano-germanique et, très précisément, des droits de tradition juridique française. Que Madagascar fasse partie de cette famille de droits, notre présence ici veut l'affirmer ou le réaffirmer, quoiqu'une tendance récente, assez modeste il faut bien le dire, veuille apporter une vision plus réservée. Mais le fait est que le thème de notre contribution - [causes et techniques de l'adaptation du code civil] - traduit une approche historique de la question qui tend à confirmer ce lien ancillaire entre le code Napoléon et le droit de Madagascar. Bien évidemment, la part du droit traditionnel malgache est fondamentale. Mais cela aussi fait partie intégrante de l'histoire du code civil et constitue une des figures possibles de son évolution.

« Causes et techniques de l'adaptation du code civil ». Tel qu'il est libellé, ce titre appelle *deux remarques*.

D'une part, il pose donc comme postulat *la référence au code civil* et l'application du code civil dans le système juridique malgache. En d'autres termes, l'application du code civil français sur le territoire de Madagascar est une réalité, mais cette application appelle des ajustements, des aménagements, des adaptations. La référence au code civil est *a priori* légitime, les deux ordres' juridiques faisant partie vraisemblablement de la même famille de droits. Par contre, les modalités d'application sont particulières, car il s'était agi - et il s'agit encore- de se servir du code Napoléon comme d'un outil d'amélioration du système juridique malgache. Ce qui implique forcément des adaptations.

D'où la 2^e remarque : le titre de la contribution indique *le plan* à suivre et cela, dans l'ordre indiqué. Les causes de l'adaptation d'abord, les techniques de l'adaptation ensuite.

I - Parler des *causes de l'adaptation* du code civil à Madagascar, c'est chercher à comprendre pourquoi ces adaptations ont été rendues nécessaires. Pour y répondre, je reprendrai une distinction chère à la matière du droit des obligations et je distinguerai les *causes lointaines* d'un côté [a] et les *causes directes, proches, ou immédiates* de l'autre[b].

[a] les causes lointaines ne procèdent pas du seul phénomène colonial. Elles remontent, me semble-t-il, beaucoup plus loin. Je dirai que le phénomène colonial n'est que le facteur déclenchant qui a favorisé l'adaptation du code Napoléon.

- le facteur de base, *la première cause* de nature à avoir favorisé l'adaptation du code civil, remontait déjà, à mon sens, à l'époque Monarchique, sous le règne des *souverains Merina* pour lesquels il importait surtout de montrer aux alliés- ou adversaires- de l'époque [américains, anglais ou français] que Madagascar était prêt à entrer dans l'ère de *la modernité*.

Et la dizaine de codes promulgués à cette époque¹ tendait à démontrer cette profession de foi. Non seulement ces codes témoignaient de l'adhésion des souverains à la civilisation de l'écriture, mais ils se voulaient opportunément la preuve de ce que les avancées juridiques observées à l'extérieur pouvaient très bien être reprises et adaptées dans l'île.

« Adaptation » était le mot juste. Car après tout, les *kabary* royaux prononcés sur les places publiques n'avaient nullement besoin d'aucun support écrit. Seulement, il fallait montrer aux alliés étrangers qu'un premier pas vers la modernité était franchi, et démontrer au peuple qu'il avait à sa tête des despotes éclairés- et pour cela, il fallait le verbe et l'écriture. Le verbe, symbole du pouvoir, l'écriture symbole de la culture. Le verbe, c'est le maintien des *kabary* en plus de la promulgation des codes royaux ; l'écriture, c'est la volonté d'appartenance au monde moderne.

- *La 2ème cause lointaine* de l'adaptation du code civil est bien évidemment *la colonisation*. Plus précisément, la colonisation a amplifié le phénomène d'adaptation. Il faut bien avouer qu'il n'y aurait peut être pas eu de code civil sans le phénomène colonial, mais c'est là un autre débat. Disons tout simplement que la colonisation a entraîné et introduit avec elle les instruments juridiques de la puissance coloniale. Mais avant cela, ainsi qu'il a été dit à l'instant, le sentiment existait déjà de la nécessité de s'ouvrir sur l'extérieur. L'ouverture par le biais du phénomène colonial n'a évidemment pas été du choix des souverains ni des peuples de l'époque, mais ce fait historique a induit des conséquences dans la formation d'un système de droit.

- *Cette formation d'un système juridique* est analysée comme la *3ème cause lointaine* de l'adaptation du code civil. Car le phénomène colonial a généré la division du monde en 4 ou 5 grandes familles de droit ou de systèmes juridiques. L'ouvrage bien connu de René DAVID sur les grands systèmes de droit contemporains en a recensé 4, qui sont : le système juridique ou la famille romano-germanique, le système de la common law, le système des pays socialistes et les systèmes religieux ou traditionnels².

Ce qui *caractérise* la formation des familles de droits c'est d'abord le *sentiment d'appartenance* à certaines institutions de base : le système anglo-saxon a la common law ; le système romanogermanique a les codes : le code Napoléon pour la France et la Belgique, le BGB pour l'Allemagne, le code civil pour la Suisse ou le Canada, par exemple. Et chaque Etat qui s'est formé au lendemain de l'époque des colonisations s'est trouvé, par la grâce de l'Histoire, rattaché à l'un ou à l'autre des 2 systèmes en cause.

Ce qui introduit un autre élément capital dans la formation d'un système juridique: la part prise et le *rôle* joué par le « *leader* » de la famille de droits, par celui dont le système est le miroir dans lequel vont se refléter les autres ordres juridiques en train de se faire. Ce leader a compris qu'il ne pouvait pas laisser ces institutions embryonnaires évoluer de manière aventureuse ; qu'il leur fallait, au moins dans un premier temps, être *accompagné* pour, à terme, maîtriser les rouages du mécanisme juridique. Car il est avéré que la saine évolution de toute institution dépend d'abord de la maîtrise technique de ses différents rouages. C'est ce

¹ Sous la monarchie [1600(?)-1895], le phénomène de codification a débuté en 1828 par le code de Ranavalona Ière suivi des différents codes promulgués par les souverains successifs. On en a dénombré une dizaine. On n'en citera que les plus célèbres d'entre eux, le code de 1828 mis à part : le code de Radama II (1862), les deux codes de Ranavalona II (février 1863 et septembre 1963), le code des 101 articles (1868) et le fameux code des 305 articles (1881).

² R. David, C. Jauffret-Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporain, Dalloz.

qu'un éminent professeur de droit commercial disait : « la technique se moque de ceux qui la méprisent. » Or, l'adaptation du code civil aux diverses réalités sociologiques et économiques qu'il avait à appréhender est une partie essentielle de cette technique.

Ce qui nous conduit à parler des causes immédiates, directes, de l'adaptation du code civil.

[b] Car ces causes immédiates sont directement fonction de l'introduction du code civil sur le territoire de Madagascar. Une fois qu'il a été introduit, il fallait bien qu'il s'adapte aux réalités sociologiques qu'il prétendait vouloir régir. L'opinion inverse avait pu être émise : Demander aux destinataires du code de se conformer aux prescriptions de celui-ci. Ce pourrait être vrai, mais dans des circonstances, dans des lieux et dans des contextes différents. En tout cas pas à Madagascar.

- La *première cause directe* d'adaptation du code est indubitablement et historiquement *d'ordre personnel*. Le code civil n'avait pas vocation à régir l'intégralité de la population des terres colonisées. Il était destiné à s'appliquer uniquement aux citoyens français, à l'exclusion de l'immense majorité des autochtones (étant entendu que certains autochtones ont eu la citoyenneté pour moult raisons). L'adaptation s'analyse ici en une limitation du champ d'application du code civil. Il s'appliquait effectivement sur le territoire de Madagascar, mais seulement pour certaines catégories de personnes.

- Dépassant ce stade, une *2ème cause immédiate* de l'adaptation du code civil est *d'ordre purement technique*. Le code civil s'est trouvé face à un espace territorial déjà pourvu d'un arsenal juridique. La question était dès lors de savoir comment régler cette situation. Elle l'a été, de triple manière, qui sont autant de causes directes de l'adaptation du code aux réalités locales :

- ou bien le code tente de supplanter les règles préexistantes ; Et c'est le fameux conflit entre le droit traditionnel malgache et le droit moderne, dont le code civil est le Symbole. L'exemple typique est en matière foncière où les règles de preuve du code civil ont dû céder face aux règles spécifiques du droit coutumier.
- ou bien le code civil, face à un système juridique malgache en pleine évolution, pallie les lacunes existantes. Il aura alors pour mission de combler le vide juridique à Madagascar. C'était l'objet de l'ancien article 4 des accords de coopération franco-malgaches³ qui indiquait en substance qu'en cas de lacunes dans le système juridique malgache, le code civil s'appliquait. Et dans cette phase également, l'adaptation s'impose.
- ou bien enfin, même là où le droit malgache gère la situation, le code civil anime et sous-tend l'interprétation des nouvelles règles. Et là également, l'adaptation est de rigueur. On assiste, au pire à une confrontation, au mieux à une interaction entre les règles de droit malgache modernes et les principes du code civil. Et ce dernier devient ainsi par conviction ou par opportunisme, l'outil de référence pour l'amélioration des nouvelles règles⁴.

- Enfin, dans une réalité encore très proche, et dans la ligne directe de tout ce qui a été exposé, une *3ème cause immédiate*, et non des moindres, de l'adaptation du code civil a été le problème de *l'insécurité juridique*, dans sa double dimension : la difficulté de trouver les textes de droit applicables d'un côté, l'impossibilité de se fier à une ligne jurisprudentielle stable de l'autre.

³ référence art 4.

⁴ Par exemple : la LTGO, dont le texte est une version « toilettée » de la partie du code civil sur la théorie générale du contrat ; ou encore le régime du divorce.

La référence au code civil a permis de surmonter bien de situations difficiles. Mais là encore, sans complaisance ni servilité.

C'est là tout l'art et la manière des techniques d'adaptation.

2 - Evoquer les *techniques d'adaptation* du code civil, c'est répondre à la question de savoir comment cette adaptation a été concrétisée dans l'expérience malgache.

Pour y répondre, on partira du constat que le code civil n'a pas pu être transposé tel quel. Quant à ses destinataires, il ne concernait qu'une certaine catégorie de la population ; et quant à son objet, si certaines parties se retrouvent dans leur rédaction initiale au sein de l'arsenal juridique malgache⁵, d'autres en ont été purement et simplement écartées⁶. On a vu les raisons de ces divers avatars ; restent à voir les méthodes : techniquement, comment y a-t-on procédé ?

Par la définition de deux éléments capitaux dans toute élaboration d'une oeuvre législative : les paramètres [a] et le périmètre [b] de l'adaptation du code civil.

[a] Définir les *paramètres de l'adaptation* du code civil, c'est faire un *choix* d'abord au niveau des *hommes* chargés de cette adaptation ; Ensuite au niveau de la *langue* de rédaction.

Au niveau des hommes il fallait s'assurer de la volonté et de la compétence de tous pour que l'oeuvre entreprise ne reste pas vaine. A cet égard, plutôt que de s'en remettre à une seule personne comme cela s'est rencontré dans d'autres expériences législatives, Madagascar a procédé par le biais de commissions qui travaillaient sous l'autorité d'un ministère, ou carrément, encore récemment, sous l'autorité du Premier Ministre. Une première commission avait vu le jour au lendemain de l'indépendance de 1960 qui portait le nom de Commission de Rédaction du Code Civil malgache [CRCCM]. Une seconde commission encore à pied d'oeuvre a été baptisée la Commission de Réforme de Droit des Affaires [CRDA]. Entre les deux, une quarantaine d'années de construction d'un système juridique, avec ses hauts et ses bas, avec ses espoirs et ses doutes. Mais toujours la volonté de chercher à bâtir un mieux-être juridique.

3 traits sont communs à ces deux commissions : c'est d'abord leur large référence au code civil français dans la recherche d'une solution propre à Madagascar, si ce n'est dans la lettre, du moins dans l'esprit ou inversement. C'est ensuite leur composition qui donnait une large part aux experts locaux et aux représentants des diverses institutions nationales. C'est enfin, la présence en leur sein d'experts internationaux appelés pour les besoins de la cause en l'absence de spécialistes malgaches avérés.

Un *mot* doit être dit *sur ces experts* puisqu'ils participent du processus intrinsèque de l'adaptation du code civil dans notre système de droit.

Il faut se garder de 2 travers dans une réflexion sur leur rôle.

1) D'un côté, ne *pas* croire 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. Pareille attitude a effectivement été relevée mais dans fort peu de cas heureusement. La plupart du temps, ces

⁵ Par exemple celle concernant les contrats spéciaux ou la définition des biens et des servitudes.

⁶ Par exemple celle relative aux régimes matrimoniaux et sur les successions.

experts sont véritablement malmenés par les autres experts, les techniciens ou les hommes politiques locaux, ce qui les amène à revoir systématiquement leur position initiale.

2) D'un autre côté, ne pas croire non plus que ces experts ne sont que la plume des hommes politiques en place. Cela aussi a été observé mais également dans des cas fort peu nombreux: 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.

Seulement, ce qui est indubitable, c'est que l'expert étranger est le produit de son propre système de droit et cette donnée se reflète forcément dans l'oeuvre accomplie.

Ce qui appelle une dernière réflexion. Le *choix de l'expert* n'est généralement *pas neutre*. Il est le signe et le symbole de l'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 se prêtera opportunément ou par calcul à ce jeu d'influence en l'accommodant à ses propres réalités sociologiques. C'est ainsi par exemple, que le code malgache de la nationalité avoue sans fausse honte sa filiation étroite avec l'ordonnance française du 19 octobre 1945, mais - précise l'exposé des motifs - " les règles d'attribution ou d'acquisition de la nationalité malgache ont été déterminées de façon tout à fait originale pour tenir compte de données démographiques, sociologiques et politiques propres à Madagascar."

Au-delà du choix des hommes, Madagascar devait aussi se prononcer sur le *choix de la langue de la loi*, et décider dans quelle langue la loi et les adaptations du code civil devaient être rédigées. Car l'oeuvre législative ne peut pas et ne doit pas relever du pouvoir de ses seuls rédacteurs. Sa rédaction est asservie à une finalité autrement plus noble qui est qu'il faut qu'elle soit comprise par ses destinataires.

La *langue de la loi* et plus spécialement la langue de l'adaptation du code civil posait en fait deux écueils juridiques bien connus : la question de la traduction des textes du code et, plus généralement, la question du choix de la langue de travail et de rédaction des textes de loi. Le Législateur malgache a pris conscience très tôt de l'importance de cet enjeu. C'est ainsi que dès les premières armées de la première République, une commission chargée d'élaborer un vocabulaire juridique malgache a vu le jour. Mais l'emploi et l'usage de la langue malgache en tant que réflexe identitaire dans la confection des lois sont entrés véritablement dans les moeurs juridiques sous la IIe République [1975-1989]. C'est depuis cette époque que les textes de loi doivent être obligatoirement rédigés en français et en malgache [7].

[b] s'agissant maintenant du périmètre de l'adaptation du code civil, il s'agit de déterminer quelle a pu être l'ampleur des *emprunts faits au code civil* par le droit malgache. Il y a là une évolution très nette à retracer. Le principe d'origine était que cet emprunt devait être d'ordre général. Depuis, la prise en compte des réalités socio-économiques propres à Madagascar a conduit à faire du code civil non pas le droit de Madagascar, mais seulement la référence principale du droit malgache.

Le fait que l'emprunt fait au code civil devait être d'ordre général n'est que le constat induit des phénomènes historiques. Juridiquement, cela s'était traduit en son temps par la *transplantation pure et simple* du code civil sur le territoire de Madagascar. C'est ainsi que sous l'ère coloniale, ainsi qu'on l'a énoncé plus haut, le code civil était de plein droit et dans

⁷ Déc.84 022 du 6 juin 1984 JORDM du 26 juillet 1984 p.1577. Les jugements, eux, peuvent être rédigés intégralement dans l'une ou l'autre des deux langues [référence constitution].

son intégralité applicable aux citoyens français. C'était une transposition partielle quant à ses destinataires, mais c'était une transposition intégrale quant à son objet. C'est ainsi également, mais dans une moindre mesure, que peut être lu l'ancien article 4 des accords de coopération franco-malgache de 1961 : en cas de vide dans l'armature juridique malgache, c'est le code civil français qui devait combler le vide. Je rappelle que ce double constat était limité dans le temps : sous la colonisation pour l'un, sous la première République pour l'autre, quoique des réserves peuvent être exprimées à propos de cet article 4, qui pèse encore d'un poids certain sur le contenu de l'ordre juridique malgache actuel⁸.

Quoiqu'il en soit, l'évolution de notre droit a permis de constater que des *brèches entières* avaient été ouvertes au niveau du phénomène de transplantation.

En effet, très vite, la conscience a été prise que Madagascar doit secréter ses propres lois et sa propre réglementation. Les résultats font que l'on assiste non plus à un transfert, mais à une adaptation du code civil qui se trouve alors introduit *par tranches* et non plus dans son entier. 2 étapes sont importantes dans ce processus.

- *La première* a commencé par l'érection de la Commission de Rédaction du Code Civil malgache en 1960. Très exactement, il avait été confié à la commission, le soin - je cite : « 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 traditions » [⁹].

C'est dans cette vision que de larges enquêtes coutumières ont été faites en 1961 sur tout le territoire de Madagascar et que 7 grandes lois ont été adoptées à l'issue de ces enquêtes qui forment encore aujourd'hui *le socle* du droit privé malgache.

La première loi, oeuvre de la Commission, à avoir été votée fut la loi sur les actes d'état civil en 1961^[10], la dernière vraisemblablement pour raisons politiques, celle relative aux successions, testaments et donations en 1968^[11]. Entre les deux, cinq autres « grandes » lois ont été adoptées qui dotent Madagascar encore aujourd'hui 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'absence¹², de l'ordonnance sur les dispositions générales de droit interne et de droit international privé¹³, et de l'ordonnance relative au mariage déjà citée ; en 1963, de la loi sur la filiation, l'adoption, le rejet et la tutelle¹⁴; et enfin en 1967, de la loi relative aux régimes matrimoniaux et à la forme des testaments¹⁵.

⁸ La discussion continue de savoir si cet article 4- qui n'a pas été reconduit lors des négociations des accords de coopération successifs- continue à avoir droit de cité ou non dans l'ordre juridique de Madagascar.

⁹ Cf de manière générale l'exposé des motifs de la loi sur le mariage et sur les actes d'état civil.

¹⁰ Loi 61-025 du 9 octobre 1961 [JORM du 14 octobre 1961, 1789 et s]. 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'oeuvre...

¹¹ Loi 68-12 du 4 juillet 1968 [JORM du 17 juillet 1968, 1438 et s]

¹² Ord. 62-003 du 24 juillet 1962 [JORM du 4 Août 1962, 1527 et s]

¹³ Ord. 62-041 du 19 septembre 1962 [JORM du 28 septembre 1962, 1982 et s.]

¹⁴ Loi 63-022 du 20 novembre 1963 [JORM du 30 novembre 1963, 2479 et s.]

¹⁵ Loi 67-030 du 18 Décembre 1967 [JORM du 23 décembre 1967, 2080 et s]

Il faut souligner un point fondamental pour nos propos : Les œuvres de la CRCCM, ont été axées principalement sur la rédaction des coutumes, sur le statut des personnes et de la famille et, en tant que tels, sont marquées véritablement du sceau de l'originalité malgache. En cela, elles s'éloignent du modèle du code civil. A l'inverse, pour tout ce qui est droit économique (les obligations, les contrats, la propriété, les sûretés), la référence au code civil était un passage obligé.

- D'où la *seconde étape*, qui consiste dans la mise en place de la CRDA, en 1998. Cette mise en place devrait conduire, à terme, à l'abandon de la référence obligée au code civil. La CRDA est en effet chargée de doter Madagascar cette fois-ci de règles de droit économique modernes, en phase avec l'extrême vitalité de l'économie internationale. Une telle mission fait la part belle aux expériences et aux experts internationaux. Et elle s'inspire assez largement des expériences législatives étrangères, dont celle du code civil [Principalement en matière de droit des sociétés, droit des biens et droit des sûretés].

En conclusion, les adaptations du code civil à Madagascar ne sont que les aspects d'un système juridique en pleine mutation. Elles ne sont toutes choses égales par ailleurs, que le reflet, dans le monde du droit, du phénomène d'imitation dans le monde de l'enfance. Autant l'enfant doit intégrer des faits et gestes d'autrui et le maniement des notions de nombreuses fois, pour plus tard se les réapproprier, autant un système juridique en train de se faire a besoin de se référer à d'autres expériences s'il veut évoluer. Ce n'est là en fin de compte que le cycle de la vie, et en l'occurrence, de la vie du droit à Madagascar.