

L'influence des « coutumes », considérées en tant qu'habitudes, dans le droit positif malgache

Faratiana M. ESOAVELOMANDROSO

Professeur de Droit Privé

Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Université d'Antananarivo

Résumé :

Le droit malgache reste encore fortement imprégné de la coutume qui demeure une source vivante du droit en certains domaines. La place de la coutume dans le droit positif malgache, énoncée depuis 1962, a été rappelée encore en 2004 ; la condition est qu'elle soit certaine, parfaitement établie et ne heurte pas l'ordre public et les bonnes mœurs. Si les règles coutumières peuvent contribuer à la formation des normes et sont sources d'inspiration du juge, elles peuvent aussi rendre difficile l'application des lois, à tel point que même lorsque « droit et coutume sont en conflit », et quand bien même la coutume serait contraire à la loi, il arrive que la loi cède face à la coutume.

Abstract :

Malagasy law is still strongly imbued with custom, which remains a living source of law. The status of custom in the Malagasy positive law enacted in 1962 was evoked again in 2004, provided that the custom is perfectly established and does not interfere with public order and morality. While customary rules can contribute to the establishment of norms and inspire judges, they can also make law enforcement difficult, to the point where « law and custom are in conflict », an even if the custom is contrary to the law, it happens that the law yields to the custom.

Au lendemain de l'indépendance, alors que Madagascar allait élaborer son propre droit national, l'Assemblée nationale législative, dans sa résolution du 2 juin 1959 a « (...) (demandé) au gouvernement de tenir compte, dans la mesure du possible, des règles coutumières à chaque province, en attendant l'extension et l'application à l'ensemble du pays d'une législation unifiée adaptée aux usages des différentes populations de Madagascar et acceptée par elle afin d'aboutir à l'établissement d'une législation moderne, conforme à la volonté d'évolution et de progrès du peuple Malgache »¹. C'est ainsi qu'une grande enquête coutumière portant sur le statut personnel a été menée sur toute l'île et a servi de base pour les lois civiles malgaches. En effet, à Madagascar, les coutumes constituent « la trame de la vie sociale, familiale et religieuse des Malgaches (et) sont intimement liées à leur vie quotidienne (...) précisant ce qui se fait et ce qui ne se fait pas »². Il était donc inconcevable, dans le cadre de la codification et plus particulièrement en ce qui concerne l'état des personnes, de ne pas tenir compte des règles coutumières. Cette place de la coutume dans l'ordre juridique malgache a ainsi été précisée dès l'Ordonnance du 19 septembre 1962³, encore en vigueur aujourd'hui, et dont l'article 11 dispose que « *Aucun juge ne peut refuser de juger un différend qui lui est soumis, sous quelque prétexte que ce soit ; en cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, le juge peut s'inspirer des principes généraux du droit, et le cas échéant, des coutumes et traditions des parties en cause, à condition que ces coutumes et traditions soient certaines, parfaitement établies et ne heurtent en rien l'ordre public et les bonnes mœurs* »⁴. La même Ordonnance, en son article 12, précise que « *Pour rechercher les mobiles et l'esprit qui ont déterminé l'acte qui lui est soumis, en apprécier les suites comme les résultats, le juge, appelé à trancher un différend, peut également s'inspirer de ces coutumes et traditions* ». Mieux encore, et dans un texte plus récent, la loi organique de 2004 sur la Cour Suprême⁵ énonce en son article 40 relatif à la procédure devant être observée devant elle, que « *la requête ou l'exploit doit, à peine d'irrecevabilité contenir l'exposé sommaire des faits et des moyens, l'énoncé des dispositions légales ou des coutumes qui ont été violées ainsi que les coutumes formulées* ». Au regard de ces textes, la coutume est véritablement source de droit à Madagascar et tient une place importante. Bien que diverses et variées, selon les ethnies, selon les régions, les règles coutumières malgaches se caractérisent par un socle commun : la répétition, l'attachement de la population

¹ A. RAMANGASOAVINA, *Rapport de synthèse sur l'état des personnes*, Tananarive 1962, p. 1

² P. CHEVALLIER, « Introduction à l'étude du droit coutumier malgache », *Annales Malgaches* n°1, 1963, p. 92.

³ Ordonnance n°62-041 du 19 septembre 1962 relative aux dispositions générales de droit interne et de droit international privé (J.O 28 septembre 1962, n°244, p. 1989).

⁴ Article 11 de l'Ordonnance n°62-041.

⁵ Loi Organique n°2004-036 du 1^{er} octobre 2004 relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois cours la composant (J.O n°2939 du 8 novembre 2004).

et la transmission de génération en génération⁶. A ce titre, elles ont intégré les « habitudes » de la population.

Cependant, l'utilisation du mot « habitude » dans les textes de lois malgaches⁷ peut dérouter dans la mesure où le terme malgache « *fahazarana* »⁸ désigne invariablement dans les textes de lois « l'habitude » et « l'ordinaire »⁹. C'est ainsi que la définition issue du Dictionnaire de l'Académie Française¹⁰ qui identifie l'habitude comme « *une coutume, disposition acquise par des actes réitérés* », se rapproche plus des coutumes, considérées comme « habitudes », et qui ont des influences sur le droit.

Les coutumes sont clairement à distinguer des usages : le terme « usages » est traduit par « *fomba amam-panao* »¹¹ ; quant au mot « coutumes », il ne prête guère à confusion, il est traduit par « *fomban-drazana* »¹² ou plus simplement les coutumes héritées des ancêtres, perpétuées encore aujourd'hui, ce que Annie ROUHETTE définit comme « *un usage que les Ancêtres et le respect des Ancêtres ont modelé et rendu obligatoire* »¹³. En effet, dans la coutume malgache traditionnelle, comme dans toutes les sociétés où le culte des ancêtres a sa place éminente, l'ensemble des règles sociales est l'héritage des ancêtres. Dans l'histoire du droit malgache, le code des 305 articles¹⁴ fait référence aux lois et coutumes anciennes qui sont des règles orales constituées des *lalànavelona* (lois vivantes) et des *fomban-drazana* (coutume des ancêtres) »¹⁵ – ce qui correspond au *mos majorum*.

La coutume, entendue comme habitude ou comme « *un droit qui s'est constitué par l'habitude* » pour reprendre les termes du Doyen Jean CARBONNIER, est ainsi complètement intégrée dans les lois malgaches, entre

⁶ À ce propos, A. RAMANGASOAVINA, « Du droit coutumier aux codes modernes malgaches », *Recueil Penant* 1962, pp. 327-347, spéc. p. 338.

⁷ Depuis le 17 juin 1972, date de parution du *Journal Officiel* n°841, les textes législatifs et réglementaires sont publiés en version bilingue malgache et française. Avant l'indépendance et au lendemain de l'indépendance, les textes législatifs et réglementaires publiés au *Journal Officiel* l'étaient exclusivement en version française. L'article 4 de la Constitution malgache de 2010 dispose en outre que « *Les langues officielles sont le malagasy et le français* ».

⁸ Qui est la traduction littérale du terme « habitude ».

⁹ Ainsi, dans les textes qui font référence à la « résidence habituelle », la traduction adoptée est « *toeram-ponenanamahazatra* », le même mot est utilisé dans le cadre d'une procédure judiciaire pour traduire « la forme ordinaire » en « *amin'nyfombamahazatra* ».

¹⁰ Dictionnaire de l'Académie Française, t.2, Fayard, 9^e éd°, 2005.

¹¹ Trad. libre : les manières de faire.

¹² Trad. libre : les manières de faire des ancêtres.

¹³ A. ROUHETTE, « Le rôle des coutumes dans le droit des personnes », *Annales Malgaches*, n°2, éd° Cujas, 1965, p 35 et s.

¹⁴ Le Code des 305 articles avait été promulgué en 1881.

¹⁵ Cf. H. DESCHAMPS, « Les fondements religieux du droit quotidien malgache », *Études de droit africain*, p. 19-25, spéc. p19.

autres pour ce qui touche le droit civil¹⁶ ; elle contribue à la formation des normes et est source d'inspiration du juge en cas de silence, insuffisance ou obscurité de la loi (I). En même temps, elle peut parfois être contraire à la loi tout en étant vivace et dans ce cas elle ne permet pas une application effective des lois et tend même vers une régression du droit (II).

I.- Quand les coutumes contribuent à la formation des normes et sont sources d'inspiration du juge

En 1960, la Commission de rédaction du Code Civil malgache qui était « chargée (...) de donner à la jeune République un droit conforme à ses réalités sociologiques »¹⁷ avait pour rôle 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 (sans) 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 »¹⁸. Cette intégration des coutumes dans le cadre de l'œuvre législative est palpable. Elle s'est manifestée notamment à travers différents textes et différentes institutions qui touchent le droit de la famille¹⁹, à l'image de l'intégration du mariage coutumier dans le cadre du mariage civil (A) ou encore de la consécration légale de la coutume du « *Misintaka* » (B).

¹⁶ R. RATIARAY, « La codification : l'expérience malgache », Actes du Colloque « la codification dans les pays de l'océan Indien », Faculté de droit et d'économie de la réunion 6 et 7 octobre 2003, *Revue Juridique de l'Océan Indien*, n°4, 2003-2004, p. 95-114 précise « tout ce qui pouvait concerner l'état des personnes et le droit de la famille devait être en accord et en harmonie avec les faits sociaux et politiques malgaches ; et tout ce qui relevait de l'économie pouvait ou même devait s'inspirer, voire se calquer sur les systèmes juridiques extérieurs et internationaux », spéc. p. 99.

¹⁷ R. RATIARAYRATIARAY, *ibid.*, p. 103.

¹⁸ cf de manière générale l'exposé des motifs de la loi sur le mariage et sur les actes d'état civil de 1963.

¹⁹ Il n'est pas inutile de souligner que les coutumes intégrées dans le droit positif malgache ne se limitent pas à celles qui touchent l'état des personnes. Ainsi, en matière de droit de propriété, on peut citer « le délit du heriny », cf Cour suprême de Madagascar, décision n°27 du 26 mars 2013, *Jaomahefa et consorts c/ Héritiers du feu Tsitambanana* ou encore « le contrat de *fehivava* », à ce propos R. RATIARAYRATIARAY, « Du *fehivava* (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles) », Regards sur le droit malgache, *Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA*, éd. L'Harmattan et Jurid'ika, 2010, p. 317-378 et note sous Cour Suprême de Madagascar, *Razanamanantsoa c/Lai fongKoai*, 7 novembre 2008, n°456/OO-CO in *Jugements commentés du Tribunal de commerce*, année 2008, Tome I, éd. Jurid'ika, 2011, p. 9-14.

A.– L'intégration du mariage coutumier dans le cadre du mariage civil ou la volonté de transformer le mariage coutumier en mariage légal

Les différentes ethnies de Madagascar connaissent toutes le mariage coutumier ou mariage célébré suivant les traditions. Même si ce mariage présente diverses formes selon les ethnies, il y a un dénominateur commun : la place importante accordée à la bénédiction donnée par l'aîné du groupe familial au cours des cérémonies traditionnelles. Dans la société malgache, « *l'autorité première est reconnue aux défunts, aux ancêtres morts, dans le monde des vivants elle l'est au plus âgé (...). L'aïeule ou l'aïeul est (...) l'intermédiaire tout désigné pour exprimer avec le maximum d'authenticité la volonté des ancêtres* »²⁰. De ce fait, l'intervention d'une quelconque autorité étatique est considérée comme inutile au cours de ces cérémonies traditionnelles ; seule compte la bénédiction de l'aîné, gardien des traditions. Pierre CHEVALLIER explique d'ailleurs que tous les actes importants, dont le mariage, ne peut être conclu sans l'autorisation directe ou indirecte du patriarche qui est le plus ancien du groupe²¹.

Dans la démarche de codification ayant abouti à l'Ordonnance de 1962 sur le mariage²², le législateur malgache a permis que le mariage coutumier, devenu dans les textes « *le mariage célébré suivant les traditions* », puisse être considéré comme le mariage civil s'il est suivi d'enregistrement à l'état civil²³. Le fait même que le législateur de 1962 ait intégré dans l'Ordonnance relative au mariage « *le mariage suivant les traditions* », en permettant qu'on puisse lui conférer le caractère d'union matrimoniale légale, démontre à quel point le législateur, tout en reconnaissant l'importance du mariage coutumier, souhaite néanmoins le faire entrer dans un cadre légal avec les conséquences juridiques s'il est suivi d'enregistrement.

En 2007, lors de la réforme de la loi sur le mariage²⁴, le législateur est allé plus loin en manifestant une volonté d'avoir la « mainmise » sur le mariage

²⁰ P. CHEVALLIER : « Introduction à l'étude du droit coutumier malgache », *Annales Malgaches* n°1, 1963, p. 100.

²¹ P. CHEVALLIER, *op.cit.*, p. 103.

²² Ordonnance n°62-089 du 1^{er} octobre 1962 relative au mariage (*J.O n°250 du 19 octobre 1962, p. 2366*).

²³ Article 2 alinéa 2 de l'Ordonnance n°62-089 du 1^{er} octobre 1962 relative au mariage : « *Il y a mariage lorsqu'un homme et une femme ayant accompli les cérémonies traditionnelles constitutives d'une union permanente entre eux, cette union a été enregistrée à l'état civil* ».

²⁴ La réforme de la loi sur le mariage en 2007 avait pour objectif de mettre en conformité la législation malgache avec la Convention sur l'Élimination des Discriminations à l'Égard des Femmes (CEDEF) du 18 décembre 1979 ratifiée par Madagascar le 17 mars 1989, notamment l'article 16 de la CEDEF qui dispose que l'homme et la femme doivent avoir les mêmes droits, les mêmes obligations et les mêmes responsabilités au sein du ménage alors que des dispositions de l'Ordonnance de 1962 relative au mariage étaient clairement discriminatoires. A ce propos notre article sur « Conventions internationales et réalités malagasy dans la loi n°2007-022 relative au

célébré suivant les traditions. La loi 2007-022²⁵ impose désormais, durant les cérémonies traditionnelles, la présence du Chef de Fokontany²⁶, autorité administrative de proximité sous l'égide du maire de la commune, qui a pour rôle non seulement de vérifier le respect des dispositions légales²⁷ mais qui dresse également le procès-verbal²⁸ en vue de l'enregistrement du mariage célébré suivant les traditions auprès de l'Officier d'état civil compétent²⁹. A travers cette disposition, la détermination du législateur de tenter de faire entrer le mariage célébré suivant les traditions dans un cadre légal est patente puisque la présence de l'autorité administrative permet d'avoir l'assurance que les cérémonies traditionnelles ne soient pas contraires à l'ordre public, la présence du Chef de Fokontany permettant de vérifier le respect des dispositions légales même au cours de cérémonies traditionnelles.

Parmi ces dispositions légales figurent l'âge matrimonial mais aussi l'interdiction de la bigamie³⁰. En effet, instituée officiellement et règlementée sous le règne du roi Andrianampoinimerina (1787 à 1810)³¹, la polygamie a été interdite à partir de 1878³². Henri RAHARIJAONA explique que la polygamie a été longtemps pratiquée et a disparu progressivement dans les régions qui ont subi

mariage » in « Regards sur le droit malgache », *Mélanges en l'honneur du Professeur Alisaona Raharinarivonirina*, éd. L'Harmattan et Jurid'ika, 2010, p. 51-71.

²⁵ Loi 2007-022 du 20 août 2007 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux (*J.O n°3163 du 28 janvier 2008, p. 131*).

²⁶ Article 30 de la Loi 2007-020 : « *L'accomplissement des cérémonies traditionnelles est constaté par le Chef du Fokontany qui se déplace sur les lieux, au jour et à l'heure convenu à l'avance avec les familles. A l'issue des cérémonies, le déroulement des cérémonies est constaté par procès-verbal* ».

²⁷ Article 29 alinéa 2 de la Loi n°2007-022 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux : « *Avant de constater l'accomplissement des cérémonies traditionnelles, le Chef de Fokontany doit rappeler aux futurs époux que la bigamie est interdite et est punie par la loi* ».

²⁸ Article 30 alinéa 2 de la Loi n°2007-022 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux : « *A l'issue des cérémonies (traditionnelles), le déroulement des cérémonies est constaté par procès-verbal* ».

²⁹ L'article 31 de la Loi n°2007-022 indique le contenu du Procès-Verbal. L'article 33 de la Loi n°2007-022 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux dispose : « *Le Chef du Fokontany doit dans un délai de 12 jours et sous peine prévues à l'article 473 du Code Pénal, remettre un exemplaire (du procès-verbal) à l'Officier d'état civil compétent. Celui-ci dresse immédiatement l'acte de mariage au vu du procès-verbal et des pièces à lui remises* ».

³⁰ L'interdiction de la bigamie était déjà énoncée à l'article 7 de l'Ordonnance n°62-089 : « *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* » et rappelée à l'article 5 al. 1^{er} de la loi 2007-022 qui dispose que « *La bigamie est interdite* ».

³¹ Cf G. JULIEN, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Paris 1908, p. 1.

³² A travers l'article 38 des Instructions au Sakaizambohitra. Cette interdiction a été réaffirmée à l'article 50 du Code des 305 articles du 29 mars 1881 : « *la polygamie n'est pas tolérée dans le royaume ; ceux qui s'y livreront seront punis d'une amende de deux bœufs et de dix piastres. S'ils ne peuvent pas payer, ils seront mis en prison à raison d'un sikajy (0,60 centimes) par jour, jusqu'au complet paiement* » trad. G JULIEN cité in E.P. THEBAULT, *Code des 305 articles*, Institut des Hautes Etudes de Tananarive, Imprimerie officielle, 1960, 12.

l'influence du christianisme. Cependant des formes résiduelles de la polygamie continuent d'exister³³ (des formes encore pratiquées par certaines ethnies dans certaines régions de Madagascar)³⁴. C'est principalement dans le cadre des mariages célébrés suivant les traditions ou mariages coutumiers que l'on retrouve la survivance de cette pratique³⁵. Lorsque le législateur reconnaît depuis 1962 le mariage célébré suivant les traditions et précise la nécessité de l'enregistrement qui doit suivre ce mariage pour lui donner une valeur légale et que désormais depuis 2007 il « impose » la présence du Chef Fokontany, l'objectif coule de source : permettre le respect des normes légales parmi lesquelles figure l'interdiction de la bigamie énoncée clairement dans les textes³⁶. Finalement, le but n'est pas tant de faciliter la tâche des couples – en ce sens où ces derniers n'auront pas à se déplacer auprès d'une mairie pour enregistrer leur mariage – mais plutôt de se servir de la reconnaissance des coutumes, pousser à l'enregistrement de ce mariage par le biais de la présence du Chef Fokontany et permettre ainsi le contrôle du respect des lois en empêchant la survivance des coutumes *contra legem*. Sans arriver à l'application *stricto sensu* des règles interdisant la polygamie³⁷, le législateur se sert de l'intégration des mariages traditionnels dans les textes en l'encadrant au mieux et en arrive à « imposer » ce qui est de droit positif.

B.– Le *misintaka* : d'une définition jurisprudentielle vers une consécration légale

Selon un proverbe malgache, « *le mariage est un nœud coulant plutôt qu'un nœud définitif* »³⁸. Cela suppose que les époux peuvent envisager une suspension temporaire et provisoire de l'obligation de communauté de vie sous certaines conditions et à travers le « *misintaka* », institution coutumière connue et reconnue dans toutes les Régions de Madagascar et par tous les groupes ethniques malgaches³⁹ au bénéfice de la femme. Dans la coutume malgache, au moment du mariage, c'est la femme qui doit suivre son mari : « *Le mari ne suit pratiquement jamais sa femme, on ne voit pas de mari abandonner son village pour celui de sa*

³³ H. RAHARIJAONA, « La femme, la société et le droit malgache », *Annales de l'Université de Madagascar*, n°4, 1967, éd° Société Nouvelle de l'Imprimerie Centrale, pp. 1-23, spéc. p.8.

³⁴ Bulletin d'information sur la Population de Madagascar : « Femmes, hommes et mariages à Madagascar », numéro 4, avril 2005.

³⁵ Ministère de la Population et FNUAP : *Recherche et Étude dans le Sud et le Sud-est sur la violence et les pratiques discriminatoires envers les femmes et les enfants*, Juin 2006, p. 37.

³⁶ Article 7 de l'Ordonnance n°62-089 relative au mariage.

³⁷ En effet, pour que ces règles trouvent à s'appliquer, encore faut-il que le couple se marie légalement.

³⁸ Trad. Libre de « Ny fanambadiana tsy nafehy fa nahandrotra ».

³⁹ Cf H. RAHARIJAONA : « La femme, la société et le droit malgache », *Annales Malgaches* n°4, p 20 et s. qui rappelle d'ailleurs que ce droit était auparavant réservé à la femme de statut traditionnel mais a ensuite été étendu à l'ensemble des femmes malgaches.

femme »⁴⁰. Cette coutume trouve écho dans l'Ordonnance sur le nom, le domicile et l'absence⁴¹ qui dispose en son article 8 que « *la femme mariée n'a d'autre domicile que celui de son mari, sauf si elle est légalement et judiciairement autorisée à résider séparément* ». Dans une telle configuration, en cas de mésentente au sein du couple et plus particulièrement en cas de faute commise par le mari, l'épouse a le droit d'exercer le *misintaka* et donc de suspendre provisoirement la communauté de vie en attendant les démarches du mari, pendant un certain délai, pour la faire revenir au domicile conjugal. Le *misintaka* est à distinguer du divorce, « (...) *La femme reste celle du mari et doit observer une conduite irréprochable jusqu'au moment où le mari la rappelle (...). Les biens ne sont pas partagés, parce qu'il n'y a pas encore de rupture définitive, même si les époux vivent séparés* »⁴². L'idée même du *misintaka* s'éloigne de la rupture définitive du lien conjugal.

Si le *misintaka* est connu dans toutes les régions de Madagascar, ce sont les juges, dans leur œuvre jurisprudentielle en 1960, qui ont donné pour la première fois une définition du « *misintaka* » comme « *une faculté donnée à l'épouse, malheureuse en ménage, et qui sans avoir à se reprocher la moindre faute peut au contraire invoquer des griefs à l'encontre de son mari, de se retirer chez ses parents pour mettre fin momentanément à une existence douloureuse, dans l'attente du retour à de meilleurs sentiments d'un mari repentant* »⁴³. En 1964, un arrêt de la cour de cassation définit le « *misintaka* » comme « *le droit reconnu par la coutume malgache à l'épouse, (...) (de) quitter le domicile conjugal pour se retirer dans sa famille, en attendant les démarches du fampodiana, (du) mari repentant, (qui) (va) la chercher pour la ramener au foyer* »⁴⁴. Sur plusieurs années, c'est cette définition jurisprudentielle qui a eu cours dans toutes les

⁴⁰ M. THEBAULT., *Traité de droit civil malgache*, Paris 1951, fasc.I, p. 93 ; G. RABENORO, « La position de la femme dans le droit coutumier malgache », Université de Madagascar. Faculté de Droit et des Sciences Economiques, Cahiers du Centre d'Etudes des Coutumes, IV, 1967, éd. Société Nouvelle de l'Imprimerie Centrale pp. 45 – 84, spéc. p. 60.

⁴¹ Ordonnance n°62-003 du 24 juillet 1962 sur le nom, le domicile et l'absence (*J.O n°235 du 4 août 1962, p. 1527*), modifiée par la Loi n°90-012 du 18 juillet 1990 (*J.O n°2008 du 23 juillet 1990, p. 1294*).

⁴² « L'union conjugale en Imerina », *Cahiers du centre d'études des coutumes*, vol. IX, 1972, p.7-32, spéc. p. 21.

⁴³ Arrêt de la Cour d'Appel de Tananarive n°171 du 28 avril 1960, Arrêt également cité par H. RAHARIJAONA et N. RATSIRAHONANA : « Le droit malagasy de la famille. Bilan-Perspectives », *Penant* n°722, p. 447.

⁴⁴ Définition issue de la jurisprudence cf Cass. Malg., 14 avril 1964, aff.*Rafanoharana c/ Dame Razafindrafara*, arrêt n°30.

affaires relatives au « *misintaka* »⁴⁵ et au « *fampodiana* »⁴⁶ sans aucune consécration légale. En effet, ni l'Ordonnance de 1962 qui en son article 55 énonce que « *Néanmoins, pour des motifs graves, la femme peut quitter temporairement le domicile conjugal, dans les formes et conditions prévues par la coutume* », ni la loi de 1990⁴⁷ qui reprend le même article, n'ont utilisé le terme « *misintaka* ». Ce n'est que lors de la réforme du texte sur le mariage en 2007 que le législateur a intégré expressément dans la loi le terme de « *misintaka* » en le réglementant clairement. L'article 51 de la loi 2007-022 rappelle ainsi la possibilité pour la femme de quitter temporairement le domicile conjugal. Des précisions légales (et plus seulement coutumières) sont apportées quant à son exercice⁴⁸. Le législateur de 2007 spécifie que la jouissance du droit de *misintaka* est accordée à la femme lorsque le mari a gravement manqué aux obligations et devoirs résultant du mariage⁴⁹. Il précise également pour la première fois où la femme doit résider durant le « *misintaka* » ainsi que la durée légale de celui-ci⁵⁰, ce qui n'était pas le cas avant la réforme de 2007 et qui a pu donner lieu à des litiges portant sur l'exercice abusif du droit de *misintaka*⁵¹. La démarche du *fampodiana* est également consacrée dans la loi de 2007 qui dispose en son article 52 alinéa 3 que « *Avant l'expiration de ce délai (de deux mois), le mari a l'obligation de procéder au Fampodiana accompagné de ses parents ou de proches parents ou à défaut de notables* », ce qui n'empêche pas que la femme puisse réintégrer le domicile conjugal de son plein gré⁵². C'est donc la jurisprudence qui a tenu compte d'une coutume parfaitement bien établie, en la définissant, laquelle définition a été reprise par le législateur qui a intégré sans équivoque la coutume du *misintaka* en la réglementant dans la loi 2007-022

⁴⁵ A titre d'exemple : Cour Suprême Madagascar 14 mai 2013, décision n°37, *Razafindrabe c/Rasoarimalala* ; Cour de cassation Madagascar, 15 septembre 2003, décision n° 237, *Radida c/ Ranaivo*.

⁴⁶ Le *fampodiana* étant la démarche coutumière à travers laquelle le mari, accompagné de sa famille, fait la démarche de faire revenir son épouse sous le toit conjugal.

⁴⁷ La loi n°90-013 du 20 juillet 1990 modifiant certaines dispositions de l'Ordonnance n°62-089 du 1^{er} octobre 1962 relative au mariage (*J.O. n° 2008 édition spéciale du 23 juillet 1990, p.1295*).

⁴⁸ Article 51 de la Loi 2007-022 : « *Néanmoins, pour des motifs graves, la femme peut quitter temporairement le domicile conjugal dans les formes et conditions prévues par les articles 52 et suivants* ».

⁴⁹ Article 52 alinéa 1er de la Loi 2007-022.

⁵⁰ Article 52 alinéa 2 de la Loi 2007-022 : « *A cet effet, elle doit résider chez ses parents ou ses proches parents, à défaut, dans un centre d'accueil pour victimes de violences ou toute autre personne de bonne moralité pour une durée qui ne peut excéder deux (2) mois* ».

⁵¹ Dans son *Traité de droit civil malgache moderne, tome 1, fascicule 2, Mariage et divorce*, Librairie de Madagascar, 1964, dans la partie sur les conditions du *misintaka*, E.P. THEBAULT explique que « *la femme peut quitter temporairement le domicile conjugal mais elle ne peut résider n'importe où. Elle doit aller habiter dans sa famille, et ne pas vivre seule chez n'importe qui, ou mener une vie errante ; elle doit s'y conduire de façon irréprochable, se souvenir qu'elle n'est pas libre et qu'elle est toujours tenue au devoir de fidélité* ».

⁵² Article 52 alinéa 4 de la loi 2007-022.

relative au mariage et aux régimes matrimoniaux et en soulignant que le *misintaka* ne signifie pas divorce et que « *les obligations des époux sont maintenues pendant la période de misintaka* »⁵³.

II.- Quand les coutumes rendent difficile l'application des lois et empêchent l'évolution des droits

Si le principe énoncé dans l'Ordonnance de 1962⁵⁴ est que « *les coutumes et traditions des parties en cause (peuvent être prises en compte), à condition que ces coutumes et traditions soient certaines, parfaitement établies et ne heurtent en rien l'ordre public et les bonnes mœurs* »⁵⁵, force est de constater qu'il est des habitudes ou coutumes qui sont contraires à la loi mais tellement ancrées qu'elles semblent pouvoir faire plier la loi. La question des tombeaux ancestraux (A) et celle du « tabou » frappant les enfants jumeaux de Mananjary (B) constituent des exemples particulièrement frappants.

A.- La question des tombeaux ancestraux ou quand la loi cède face à la coutume

Même si les coutumes peuvent différer d'une ethnie à une autre et d'une région à une autre, il est un point auquel tous les malgaches accordent une attention considérable : le « *tanindrazana* »⁵⁶, là où se trouve le tombeau familial⁵⁷, lien de rattachement fondamental de la grande famille⁵⁸. Pierre CHEVALLIER met en exergue dans son *Introduction au droit coutumier*

⁵³ Article 53 de la loi 2007-022.

⁵⁴ Ordonnance 62-041 du 19 décembre 1962.

⁵⁵ Article 11 de l'ordonnance 62-041 du 19 décembre 1962.

⁵⁶ Trad. Libre « la terre des ancêtres ». Selon C. FOURNET-GUERIN, « *le terme tanindrazana désigne tout d'abord le tombeau familial en lui-même, il désigne aussi la patrie qui peut être le village familial, il désigne enfin le pays tout entier à la fois dans le sens de patrie et dans une acception sacrée* », in « Tombeaux et cimetières à Tananarive, Madagascar : Enjeux de la patrimonialisation et clivages citadins ». *Patrimoine, politiques et ethnicité dans l'aire indianocéanique*, Neuvièmes Rencontres Patrimoniales de Périgueux, Presses Universitaires de Bordeaux, p. 75-93, 2014.

⁵⁷ Un poète malgache et professeur, E. RAJAONARISON (1951-2010) avait dit « *Quand vous demandez à un Malgache d'où il vient, il ne vous répond jamais où il est né ni où il vit, mais où il sera enterré, c'est-à-dire où il va* », cité par C. FOURNET-GUERIN, *op.cit.* Le terme « tombeau familial » renvoie en réalité ici à un lieu, un endroit où se trouve un seul tombeau ou plusieurs tombes des personnes de la même famille selon les coutumes de chaque ethnie.

⁵⁸ A. RAMANGASOAVINA, « Du droit coutumier aux codes modernes malgaches », *Recueil Penant*, 1962, p. 342.

*malgache*⁵⁹ non seulement la place des aïeux mais aussi et surtout l'importance du culte des ancêtres pour les malgaches, culte qui n'a de cesse de « *surprendre l'étranger* » aussi bien quant à l'attachement à la construction des tombeaux qu'aux règles qui président à l'ensevelissement⁶⁰. Le tombeau familial n'est pas que la demeure des morts ; il est le lieu où se retrouvent les morts issus d'une même famille et qui ont vécu ensemble⁶¹. C'est ainsi que dans certains endroits et particulièrement sur les hauts plateaux à Madagascar, les tombeaux étaient situés à proximité des habitations et parfois même dans une même enceinte⁶².

L'administration coloniale a pris un arrêté en 1927⁶³ portant règlement des mesures de police sanitaires à Madagascar qui, pour des motifs hygiéniques, prévoit qu'aucune inhumation ne peut être autorisée en dehors des cimetières⁶⁴ et qu'à cet effet des cimetières devaient être prévus dans toutes les villes, communes et villages⁶⁵ et que dans une partie de ces terrains réservés, des tombeaux de famille pourraient être construits⁶⁶, ce qui correspond aux cimetières français dans lesquels tombes et caveaux familiaux se côtoient.

Logiquement, à partir de cette époque, les tombeaux ne devaient plus être édifiés que dans les cimetières. Toutefois, cet arrêté « *venait à l'encontre d'une coutume bien établie selon laquelle toute famille avait le droit d'ériger un tombeau sur un terrain lui appartenant* »⁶⁷. C'est ainsi que « *Chacun a continué de construire le tombeau de sa famille quand et là où il pouvait. Le texte est resté inappliqué. La coutume a été plus forte que le texte écrit* »⁶⁸. L'obligation d'ériger des cimetières dans les villes, communes et villages n'a pas été suivie d'effet ; tout au plus on trouve des cimetières dans les grandes villes et dans certaines communes. Le fait que le mot cimetière soit traduit en malgache par deux expressions « *fasam-bazaha* » (qui) désigne littéralement « le tombeau des Blancs » ou « *fasam-bahiny* » (qui) signifie « le tombeau de l'étranger » c'est-à-dire celui qui n'a pas de tombeau (dans la ville ou la commune) » est suffisamment

⁵⁹ P. CHEVALLIER, « Introduction à l'étude du droit coutumier malgache », *Annales Malgaches* n°1, 1963, p. 81-109.

⁶⁰ P. CHEVALLIER, *op.cit.*, p. 96.

⁶¹ Le proverbe malgache « *Velonairaytrano, matyirayfasana* » (trad. libre « Vivant, on vit dans la même maison ; quand on meurt on est enterré dans le même tombeau ») illustre cette place du tombeau familial, si bien que rien n'est pire pour un malgache que de ne pas pouvoir être enterré au tombeau familial. Ce qui explique également le phénomène courant de faire rapatrier le corps jusqu'au tombeau familial en cas de décès à l'étranger.

⁶² C. FOURNET-GUERIN, *op.cit.*, p. 2.

⁶³ Arrêté du 15 novembre 1927 modifié par l'arrêté du 14 octobre 1933.

⁶⁴ Article 50 de l'arrêté.

⁶⁵ Article 51 de l'arrêté.

⁶⁶ Article 52 de l'arrêté.

⁶⁷ Cf conclusions Mr A. Rousseau dans l'arrêt *Ranaivo Paul c/ Etat malgache* n°29/64 du 16 janvier 1965.

⁶⁸ Conclusions de M. Rousseau.

significatif⁶⁹. Le tombeau reste « *le fasan-drazana* »⁷⁰ érigé sur le « *tanindrazana* »⁷¹, si bien que même dans les villes où il y a des cimetières, les inhumations continuent d'être pratiquées sur des terrains privés.

Dans l'arrêt *Ranaivo Paul c/ Etat malgache*⁷², un arrêt qui fait date, la Chambre administrative avait eu à trancher une question sensible de coexistence de coutume contraire à la loi et du droit écrit. Le commissaire de la loi de l'époque avait déclaré dans ses conclusions que « *droit écrit et coutume (se trouvent) en conflit* »⁷³ et que dans l'affaire en question « *(il faut) en tirer les conséquences juridiques, la coutume a force de loi, c'est elle qui dit le droit* »⁷⁴. La Chambre administrative, dans un considérant qui peut dérouter, a déclaré que « (...) ces dispositions (celles de l'arrêté de 1927) n'ont reçu aucune application tant durant la période coloniale postérieure à 1927 que depuis l'indépendance nationale, qu'elles doivent être considérées comme étant restées lettres morte sur l'ensemble du territoire malgache, à l'exception toutefois des grands centres urbains (...) (que la décision prise) était conforme à une coutume générale ayant force de loi à Madagascar (...) ». La coutume, bien que contraire à la loi s'est substituée à cette dernière, « *la coutume a acquis force de loi* »⁷⁵.

Même lorsque la coutume heurte l'ordre public, et même si logiquement le souci de l'ordre public doit prendre le dessus par rapport à la coutume, il arrive qu'il cède face à des habitudes, tellement bien ancrées, que la loi peine à être appliquée. Ainsi, au dernier trimestre de l'année 2017, quand Madagascar a fait face à une épidémie de peste, l'attachement que les malgaches vouent aux ancêtres et le souci d'enterrer les morts dans le tombeau familial ont été plus forts que la question de santé publique. Le ministre de la santé de l'époque avait expliqué que « *ce qui a fait mal à la population c'était le fait que pour cause de peste les familles ne pouvaient pas respecter les us et coutumes relatifs à l'enterrement et ne pouvaient pas enterrer leur défunt au tombeau familial, ce qui est inconcevable dans la culture malgache* »⁷⁶. La tension était telle que finalement, le Ministère

⁶⁹ C. FOURNET-GUERIN, *op.cit.*, p. 5.

⁷⁰ Littéralement « Tombeau des ancêtres », ce qui correspond aux caveaux familiaux.

⁷¹ Trad. Litt. de la terre des ancêtres.

⁷² *Ranaivo Paul c/ Sous-préfet de Tananarive Banlieue*, Chambre administrative de la Cour Suprême de Madagascar, n°29/64 du 16 janvier 1965, in *Annales de l'Université de Madagascar*, n°2, éd. Cujas, 1965.

⁷³ Conclusions de M. Rousseau.

⁷⁴ Conclusions de M. Rousseau.

⁷⁵ J-C. MAESTRE, à propos de cet arrêt de la Chambre Administrative avance que « les deux conditions traditionnellement requises pour qu'il y ait coutume étaient réunies : la permanence et la généralité (*diurturnus usus*), d'une part, le sentiment du caractère obligatoire des usages suivis (*opinionecessitatis*), d'autre part », cf J-C MAESTRE, « Le tombeau malgache et le droit public », *Annales de l'Université de Madagascar*, n°2, éd. Cujas, 1965, p. 149-166, spéc. p. 157.

⁷⁶ Cf. Actu Réunion – 25 mars 2018, « A Madagascar, un nouveau protocole pour l'enterrement des pestiférés ».

de la Santé malgache et l'Organisation Mondiale de la Santé ont mis en place une procédure spécifique pour l'enterrement des victimes de la peste permettant aux familles d'enterrer leurs morts de la peste dans le tombeau familial avec le souci d'assurer « *une sécurité sanitaire et le respect des traditions funéraires* »⁷⁷. C'est dire l'importance de préserver la coutume même quand elle n'est plus conforme aux normes sanitaires et donc à des questions d'ordre public : non seulement la loi n'a jamais pu être effectivement appliquée, mais tout a été fait par la suite pour que la coutume soit respectée tout en assurant une sécurité sanitaire. C'est un exemple de la force des habitudes, des coutumes : même si le danger est réel, il est revenu à l'État, qui n'a pas réussi à faire appliquer une loi⁷⁸, de s'adapter et chercher des solutions par rapport à des coutumes qui continuent d'être suivies et qui finalement ont supplanté la loi.

B.– La question du « tabou » qui frappe les enfants jumeaux de Mananjary⁷⁹ ou quand la coutume bloque l'évolution du droit

À la fin du XIX^e siècle, « *Chez les Antambahoaka⁸⁰ du Sud-Est de l'île, lorsqu'une femme met au monde des jumeaux, la mère et les assistants s'éloignent immédiatement, pour laisser la place à un sorcier qui les étrangle ; la famille rentre ensuite après le départ du sorcier et pleure la mort des enfants (...); les Antambahoaka prétendent que ces enfants ne vivraient pas, deviendraient fous ou attenteraient plus tard à la vie de leurs parents* »⁸¹. Si au début du XX^e siècle, la pratique était encore l'infanticide des bébés jumeaux de Mananjary⁸², elle a depuis changé de forme. « *La quasi-totalité des mères Antambahoaka accouchent à l'hôpital ou dans le Poste de santé (les Communes rurales) de telle sorte qu'en cas d'accouchement d'enfants jumeaux, elles les laissent aux bons soins de la sage-femme accoucheur (...). A Mananjary, des centres accueillent ces enfants jumeaux (...)* »⁸³. Cela constitue toujours un abandon d'enfants et une violation

⁷⁷ Cf. Actu Réunion – 25 mars 2018, « A Madagascar, un nouveau protocole pour l'enterrement des pestiférés ».

⁷⁸ J-C. MAESTRE de pointer du doigt « *la vanité des beaux textes, qui sont conçus in abstracto dans un bureau, mais qui ne plongent pas assez loin leurs racines dans le milieu social auquel ils sont destinés* », J-C MAESTRE *op.cit.*, p. 158.

⁷⁹ V. notamment, <http://genderlinks.org.za/classification/themes/la-tradition-des-jumeaux-de-mananjary-madagascar-une-coutume-qui-bafoue-le-genre-2014-10-23>. V. également <http://www.nocomment.mg/fady-kambana-le-tabou-des-jumeaux-> 5 septembre 2018.

⁸⁰ Une ethnie du Sud-Est de Madagascar.

⁸¹ G. FERRAND, « Notes sur la région comprise entre les rives Mananjara et Iavibola », Extr. *Bull.Société Géogr.*, Paris, p. 14.

⁸² A. VAN GENNEP, *Tabou et totémisme à Madagascar*, Paris, 1904, repris par G. FERNANDES, I. RAKOTO et N. RANAIVO RABETOKOTANY, « Les jumeaux de Mananjary, entre abandon et protection », Unicef 2010, p 49.

⁸³ O. N. PHAN VAN HIEN, *La protection de l'enfant à Madagascar. Accompagner la lutte contre la maltraitance*, éd. Karthala, 2017, p 82-83.

flagrante des droits fondamentaux des enfants. Cet abandon d'enfants chez les *Antambahoaka* tire son origine d'une coutume qui considère la naissance d'enfants jumeaux comme un événement qui sort de l'ordinaire, un événement maléfique porteur de mauvais sorts⁸⁴. G. FERNANDES *et al.* relatent dans leur ouvrage cette forme d'abandon : « *Dès la naissance, les bébés jumeaux sont abandonnés. La mère s'en désintéresse en leur tournant le dos au propre comme au figuré, refusant de les allaiter et de les couvrir de vêtements. Puis, ils sont remis à un centre d'accueil d'enfants abandonnés en cas de naissance en ville. En brousse, ils sont déposés au pied d'un arbre ou aux bords de la route (...). Ils sont donc cédés à quelqu'un d'autre, étant considérés comme morts socialement par leurs parents biologiques. Les jumeaux ne sont pas admis comme membres de la communauté, exclus des cérémonies rituelles du clan* »⁸⁵. Il s'agit d'une coutume *contra legem*, en violation flagrante de plusieurs droits fondamentaux. L'existence de centres d'accueil de ces enfants jumeaux abandonnés⁸⁶ ne justifie en rien l'abandon d'enfants qui est en contradiction avec l'interdiction de négligence et de discrimination⁸⁷, le droit à la vie, à la survie et au développement de l'enfant⁸⁸. Elles constituent des infractions d'abandon et de délaissement d'enfant⁸⁹ réprimées par le Code pénal.

⁸⁴ Toutes choses égales par ailleurs, cette croyance rejoint, mais dans un autre sens celle dont sont victimes les enfants albinos dans certains pays d'Afrique. A propos des enfants jumeaux de Mananjary, V. G. FERNANDES, I. RAKOTO et N. RANAIVO RABETOKOTANY, « Les jumeaux de Mananjary, entre abandon et protection », Unicef 2010 ; UNICEF-CAPDAM, « Étude sur les jumeaux de Mananjary avec approche droit », décembre 2008, Antananarivo ; MINISTERE DE LA JUSTICE – CAPDAM, « Stratégie de communication contre l'exclusion des enfants jumeaux de Mananjary », décembre 2007, Antananarivo.

⁸⁵ G. FERNANDES *et al.*, « Les jumeaux de Mananjary, entre abandon et protection », Unicef 2010, *op.cit.*, p. 49.

⁸⁶ Pour ne citer que le CATJA (Centre d'Accueil et de Transit des Jumeaux Abandonnés créé le 27 juillet 1987) et le Centre Médical et Social « Marie-Christelle » de Fanatenane (Fanatenane est une association à vocation humanitaire fondée en France en 1996. Le Centre « Marie Christelle » est un centre d'accueil fondé à Mananjary par B. Bouffet et ouvert en décembre 2000).

⁸⁷ Article 2.1 de la Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989, ratifiée par Madagascar le 19 mars 1991.

⁸⁸ Article 6 de la Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989, ratifiée par Madagascar le 19 mars 1991.

⁸⁹ Article 349 du Code pénal : « *Ceux qui auront exposé ou fait exposer, délaissé ou fait délaissé, en un lieu solitaire, un enfant ou un incapable, hors d'état de se protéger eux-mêmes, à raison de leur état physique ou mental, seront, pour ce seul fait, condamnés à un emprisonnement de un an à trois ans, et à une amende de 100 000 Ariary à 1 350 000 Ariary* ». L'article 350 du Code pénal : « (...) *la peine sera de deux à cinq ans et l'amende de 100 000 Ariary à 2 700 000 Ariary contre les ascendants ou toutes autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou l'incapable, ou en ayant la garde* » et Article 352 du Code pénal : « *Ceux qui auront exposé ou fait exposer, délaissé ou fait délaissé en un lieu non solitaire un enfant ou un incapable hors d'état de se protéger eux-mêmes à raison de leur état physique ou mental, seront, pour ce seul fait, condamnés à un emprisonnement de trois mois à un an, et à une amende de 100.000 Ariary à 1.350.000 Ariary. Si les coupables sont*

Devant se rendre à l'évidence face à la frilosité même des autorités judiciaires à appliquer purement et simplement la loi et spécialement le Code pénal face à une coutume encore tenace et suite aux recommandations et interpellations du Comité des nations Unies sur les Droits Humains⁹⁰, la loi 2007-023 portant droits et protection des enfants⁹¹ a été promulguée. Cette loi inclut parmi les formes de maltraitance envers les enfants l'abandon ou la négligence⁹² et prévoit une obligation de signalement⁹³. La coutume d'abandon d'enfants jumeaux de Mananjary est donc légalement considérée comme une forme de maltraitance envers les enfants depuis 2007. Malgré la promulgation de cette nouvelle loi, la question continue de diviser : certains se prononcent pour une application immédiate de la loi nouvelle, alors que les chefs coutumiers traditionnels de Mananjary avaient déclaré par voie radiotélévisée, juste après la publication de la loi 2007 qu'ils n'abandonneraient pas leur coutume ancestrale. Quand on sait la place importante des chefs traditionnels coutumiers dans la société Antambahoaka de Mananjary, on peut comprendre – sans forcément approuver – l'attitude prudente adoptée par l'institution judiciaire qui « (...) *ne poursuit pas pénalement les parents biologiques qui abandonnent leurs enfants jumeaux ou ceux qui provoquent cet abandon (...) et qui accorde (...) avant tout une importance à la communication, à l'information et à l'éducation des communautés, refusant toute application aveugle de la loi nouvelle*»⁹⁴.

les personnes mentionnées à l'article 350, la peine sera de six mois à deux ans d'emprisonnement, et de 100.000 Ariary à 1.800.000 Ariary d'amende ».

⁹⁰ CCPR/C/SR.2425 et CCPR/C/SR.2427, le Comité dans ses observations a exprimé son inquiétude par rapport au sort des enfants jumeaux « *Tout en prenant note des explications fournies par l'Etat partie à cet égard, le Comité lui demande de prendre des mesures énergiques, adéquates, et contraignantes, pour éradiquer ces pratiques et assurer la préservation des jumeaux dans leur famille, de manière à ce que tout enfant bénéficie de mesures de protection effectives* ».

⁹¹ Loi n°2007-023 du 20 août 2007 sur les droits et la protection des enfants (*J.O. n°3.163 du 28 janvier 2008, p. 158*).

⁹² Art. 67 al.1 de la loi 2007-023 définit la maltraitance comme « *toutes formes de violences, d'atteinte ou de brutalités physiques ou morales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation y compris la violence sexuelle perpétrées sur un enfant par ses parents, ses représentants légaux ou toute autre personne* ».

⁹³ Article 69 de la loi 2007-023 : « *Toute personne, notamment les parents, les membres de la famille, les voisins, les amis, les autorités locales, les enseignants, les dignitaires religieux, les travailleurs sociaux, le personnel médical, la police judiciaire ayant connaissance d'une maltraitance tentée ou consommée, doit signaler les autorités administratives ou judiciaires compétentes sous peine des sanctions prévues par l'article 62 al.1 du Code Pénal. L'enfant lui-même peut également signaler la maltraitance dont il est victime.*

En cas de découverte de signe de maltraitance chez un enfant, le personnel médical est tenu de dresser un rapport médico-légal. A cet effet, il n'est pas lié par le secret professionnel ».

⁹⁴ G. FERNANDES, I. RAKOTO, N. RANAIVO RABETOKOTANY, « Les jumeaux de Mananjary. Entre abandon et protection », Unicef, 2010, p. 55.

Conclusion

La coutume demeure une source vivante du droit, et quand bien même la coutume est contraire à la loi, la loi ne prend pas forcément le dessus. Cette situation ne rend pas simple l'application des lois et un Procureur de la République l'avait bien démontré lors d'un colloque organisé par la Faculté de Droit d'Antananarivo⁹⁵. Ce Procureur avait mis en exergue les incompatibilités des lois pénales, qui sont pourtant d'interprétation stricte, avec les modes de preuve traditionnels qui ont cours dans certaines régions de Madagascar. Il en est ainsi par exemple du « *Fanarahana-dia* », action d'une communauté villageoise – en cas de vol de bovidés - de suivre les traces des zébus volés ainsi que des voleurs. Les personnes qui ne participent pas aux *fanarahana-dia* sont présumées complices des criminels au sein de leur communauté alors que le parquet apprécie les éléments constitutifs de la complicité conformément aux articles 59 et 60 du Code pénal⁹⁶. Même si la coutume est en contradiction avec les dispositions légales, elle « *(répond) aux attentes des (justiciables) (en ce sens où) les parties civiles et les témoins se tournent vers les autorités coutumières qui administrent une justice de proximité. (Parmi les) raisons qui poussent les administrés à recourir à la coutume plutôt qu'aux juridictions judiciaires (figurent) l'incompréhension des règles et termes juridiques modernes rédigés en langue étrangère (et) la méfiance envers un système judiciaire corrompu* »⁹⁷. A cette importance de la coutume vient s'ajouter la place considérable accordée aux autorités coutumières, ces aïeux qui sont les gardiens de la coutume et qui dans le monde des vivants sont les plus à même de représenter la volonté des ancêtres. Dans différentes régions de Madagascar, les litiges se règlent en présence de ces autorités coutumières, constituées des aînés du clan, et considérées comme autorités assurant une juste et rapide réparation des préjudices⁹⁸, contrairement à la justice dont la lenteur est maintes fois dénoncée. Le législateur a pris conscience de cette place de la coutume tout en tenant compte de l'importance de lutter contre les coutumes *contra legem*. On ne peut que saluer les efforts du législateur de faire entrer dans un cadre légal les coutumes même si cela n'aboutit pas forcément au but recherché⁹⁹. Si aujourd'hui, la tendance est d'une part à l'harmonisation des textes malgaches avec les conventions ratifiées et d'autre part à des réformes menées qui

⁹⁵ S. RAKOTONDRAVELO, « La coutume et l'exercice de l'action publique », *Actes du Colloque « La cohérence en Droit »* (24 et 25 novembre 2015), *Annales Droit-nouvelle série*, n°6, éd Jurid'ika, 2016, pp 41-47.

⁹⁶ Cf S. RAKOTONDRAVELO, *op.cit.*, p. 43.

⁹⁷ Cf S. RAKOTONDRAVELO, *op.cit.*, p. 44.

⁹⁸ *Idem*

⁹⁹ Lorsqu'on songe aux mariages célébrés suivant les traditions en présence du Chef Fokontany qui par la suite va dresser le procès-verbal et faciliter l'enregistrement du mariage, l'intégration de cette possibilité dans la loi n'a pas pour autant permis une augmentation du nombre des mariages célébrés suivant les traditions et suivis d'enregistrement.

constituent des conditionnalités des partenaires techniques et financiers¹⁰⁰, force est d'admettre qu'à Madagascar comme ailleurs, les lois peinent à être appliquées lorsqu'elles ne reçoivent pas l'adhésion de la population et cette adhésion est plus aisée lorsque les lois ne heurtent pas de plein fouet les habitudes : « *Le droit, dit-on alors, est entré dans les mœurs, la loi s'est transformée en coutume et c'est sa réussite* »¹⁰¹.

Cela ne signifie pas que les règles coutumières se doivent toujours d'être maintenues. Bien au contraire, les impératifs de l'évolution du droit s'opposent souvent au maintien de certaines règles coutumières tandis que d'autres tombent elles-mêmes en désuétude¹⁰². Le rôle du législateur est alors de trouver un juste équilibre entre les deux pour que les lois puissent continuer d'exprimer la volonté générale et pour que l'on puisse toujours dire « *qu'on a fait une bonne loi* » et non pas qu'aux yeux des regards extérieurs « *on a fait ce que l'on attendait que l'on fasse...* »¹⁰³.

¹⁰⁰ À titre d'exemple les récents textes de la Banque Centrale de Madagascar dont le Projet de Loi sur la pension livrée.

¹⁰¹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, éd. Flammarion, coll. Champs essais, 2008, p. 104.

¹⁰² P. CHEVALLIER, « Introduction à l'étude du droit coutumier », p. 109

¹⁰³ RAMAROLANTO-RATIARAY, « Les mutations du droit privé à Madagascar », *APOI*, vol XV, p. 83.