

## LE ROLE DES COUTUMES DANS LE DROIT DES PERSONNES \*

par

Annie ROUHETTE

*Maître de Conférences agrégée d'Histoire du Droit  
à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Madagascar.*

En un temps où s'accomplit l'œuvre de codification du Droit, il est utile d'établir et de préciser le rôle que les coutumes jouent dans le Droit de Madagascar. Les coutumes, en effet, participent dans une très large mesure à la formation de ce Droit traditionnel que le gouvernement de ce pays entend utiliser pour l'édification de règles juridiques uniformes et précises, applicables à l'ensemble des citoyens Malgaches. Le rapport de synthèse sur l'état des personnes présenté par M. le Ministre de la Justice le 30 janvier 1962 indiquait clairement que le Code civil de Madagascar, loin d'emprunter à des législations étrangères, puiserait sa substance dans « les institutions juridiques authentiquement malgaches » (1), trouvant ainsi, grâce à sa conformité avec les coutumes en vigueur, la certitude de l'adhésion populaire et la garantie de son application (2).

(\*) Conférence prononcée par Annie ROUHETTE, au cours du Colloque du Droit Malgache, le 20 octobre 1964.

(1) Exemple ronéoté, p. 2 et 27, 28 ; v. également A. RAMANGASOAVINA, ministre de la Justice de Madagascar : « Du Droit coutumier aux codes modernes malgaches », *Rec. Penant*, n° 692, 1962, p. 327-347. Plus particulièrement p. 345.

(2) A. RAMANGASOAVINA, *op. cit.*, p. 345, où il est précisé que la codification est conçue comme une rénovation, comme une adaptation des lois et coutumes malgaches aux impératifs de la vie moderne. Le Code civil n'opèrera pas une révolution car il n'introduira pas dans le Droit de Madagascar des dispositions empruntées à des législations étrangères et inadaptées à la mentalité juridique des habitants de ce pays. Parmi ces codes « d'importation », citons l'exemple récent du Code civil éthiopien, v. R. DAVID, « Les sources du Code civil éthiopien », *Rev. int. dr. comp.*, n° 3, 1963, p. 497-506, et « La refonte du Code civil dans les Etats africains », *Rec. Penant*, 1962, p. 362-364. Mais ce ne sera pas non plus une simple « consolidation ». Sur la « consolidation » v. C. K. ALLEN, *Law in the making*, 6<sup>e</sup> éd., 1958, p. 461 et s. et G. W. PATON, *A text-book of Jurisprudence*, 3<sup>e</sup> éd. par D. P. DERHAM, 1964.

Les coutumes présentent donc un intérêt primordial en tant qu'elles fournissent le matériau du Droit nouveau. Elles ont déjà contribué à l'édification de plusieurs lois qui trouveront place dans le Livre Premier du Code civil de Madagascar consacré à la famille et aux personnes (3), c'est-à-dire à l'Être Humain envisagé comme sujet de droit et comme membre de la collectivité familiale. Précisons qu'en Droit malgache, les régimes matrimoniaux et les successions se rattachent étroitement à notre matière (4), au point de ne pouvoir en être séparés comme cela se fait dans le système juridique français où le Droit des personnes est restreint le plus souvent aux règles relatives à l'identification de l'individu (nom, domicile, état-civil) et à ses relations familiales (mariage, filiation).

Quelle que soit l'étendue du Droit des personnes, l'Homme en est toujours le centre : c'est pour lui que le Droit a été fait, ainsi que le précisent les juristes romains (5), qui par ailleurs conçoivent la « persona » comme l'être humain capable d'avoir des droits (6). Faut-il rappeler qu'à l'origine le mot « persona » désignait le masque que portaient les acteurs pour amplifier leur voix ? Grâce aux Romains, le mot a donc perdu sa rigidité première pour désigner un être vivant et, en particulier, un être vivant en tant qu'il joue un rôle sur la scène juridique (7). Cependant, pour exprimer plus fidèlement l'esprit de la société

(3) V. *Recueil des lois civiles*, t. I : « Dispositions générales. Droit de la famille », République Malgache, ministère de la Justice, Tananarive, 1964.

(4) Rapp. synthèse, exemp. ronéoté, p. 28. A titre d'exemple : Dans certaines coutumes, lorsque l'union est dissoute à la suite d'un divorce prononcé aux torts de l'épouse (cas d'adultère), celle-ci est privée de sa part des biens communs. V. B. MAGNES, « Essai sur les institutions et la coutume des Tsimihety », p. 56, *Bulletin de Madagascar*, n° 89, octobre 1953 ; enq. cout. Betsimisaraka et Tsimihety, p. 9 : « si la femme est surprise en flagrant délit [d'adultère], elle doit rentrer uniquement avec les biens qu'elle a apportés de ses parents. Elle n'a pas droit aux biens acquis par l'union ». Le rejet prive l'enfant rejeté de ses droits à la succession du rejetant ; exceptionnellement l'enfant rejeté n'est exclu que de l'héritage des biens personnels du rejetant, il conserve son droit aux biens ancestraux, car, dit-on, le rejetant ne peut rejeter que pour lui-même et non pour les Ancêtres. V. coutume Betsimisaraka, enq. cout. province de Tamatave, p. 21. Les effets du rejet sont très étendus et atteignent les descendants du rejeté, ils sont cependant atténués dans quelques coutumes : Les Betsimisaraka autorisent les enfants nés avant le rejet de leur père ou de leur mère à représenter le rejeté à la succession du rejetant (enq. cout. District de Maroantsetra, p. 4) ; les Bara admettent tous les descendants du rejeté, nés avant ou après le rejet de leur père ou mère, à la succession du rejetant, soit de leur propre chef, soit par représentation du rejeté (enq. cout. Poste administratif d'Amborompotsy, p. 9).

(5) « Totum ius hominum causa constitutum est », D. 1.5.2. En effet, « Soli... ratione utentes iure ac lege vivunt », Cic., *De nat. deor.*, II.62.154.

(6) L'esclave est une *persona* : Gaius, II.187 et III.189 ; rapp. SEN. *Ep.* 47.95 ; v. F. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford, 1954) n° 121, p. 71 ; B. BIONDI, *Diritto romano* (Bologna, 1957), n° 85, p. 259 ; M. KASER, *Das Röm. Privatrecht*, I (München, 1955) § 64-1, p. 234.

(7) Sur la notion de « persona » en droit romain, nous nous bornons à renvoyer à DÜLL, V° *Persona*, in *Realenzyklopädie* de PAULY et WISSOWA, XIX 1. col. 1040-1042 et à BERGER, *Ency. Dict.*, V° *Persona*, p. 628.

malgache, il conviendrait peut-être de retenir aux sources de la notion de personne juridique, un autre sens du mot « personne ». On a avancé l'hypothèse (8) que le sens originnaire du latin « *persona* » serait celui de reproduction, ou d'image, du visage du mort, sens dérivé de l'étrusque « *phersu* ». On pense alors au masque des ancêtres que l'on produisait solennellement à Rome au cours des enterrements, pour attester la noblesse de leurs descendants défunts (9). Quoi qu'il faille penser, du point de vue linguistique, de cette étymologie et de cette signification du terme romain (10), il nous paraît qu'en attribuant ce sens au mot « personne » pour exprimer non pas une notion générique valable en tous les temps et sous tous les cieux, mais, spécifiquement, une réalité juridique malgache, on rend parfaitement compte d'un aspect fondamental de la civilisation de la grande Ile. Le terme « personne », en droit malgache, marquerait alors le passage de la mort à la vie, à l'inverse du cours normal de l'existence humaine, comme si l'esprit des ancêtres demeurait toujours vivant dans la personne de leurs descendants, inspirant aux générations successives le respect des traditions et des coutumes ancestrales. Le respect des ancêtres commande aux individus de se conformer aux règles traditionnellement formées pour assurer le maintien de la collectivité, la cohésion du groupe. C'est une constatation qui permet d'établir l'originalité de la coutume malgache qui, par ailleurs, correspond à la définition la plus générale de la coutume.

Sans entrer dans les détails de l'élaboration historique de la notion de coutume, limitons-nous à la définition de la doctrine moderne française (11), établie à partir des résultats d'une lon-

(8) F. MAROI, « Elementi religiosi nel diritto romano antico », *Archivio giuridico*, 1933 p. 89 et s.

(9) V. E. COURBAUD, V<sup>o</sup> *Imago*, « Droit romain », in *Dictionnaire des antiquités de DAREMBERG et SAGLIO*, III, 1, p. 402-415, sp. p. 412-413 ; E. CUQ, V<sup>o</sup> *Funus*, « Rome », *ibid.*, II, 2, p. 1386 et s., à la p. 1399.

(10) ERNOUT et MEILLET, *Dict. etym. de la langue latine*, V<sup>o</sup> *Persona*, ne reconnaissent même pas ce sens à l'étrusque *phersu* ! rapp. v. BLUMENTHAL, V<sup>o</sup> *Persona*, in *Realencyklopädie, loc. cit.*, col. 1036-1040. Du point de vue juridique, F. DE MARTINO, V<sup>o</sup> *Persona*, « Diritto romano », in *Nuovo Digesto italiano*, IX, p. 929, note 1, rapporte simplement l'opinion de MAROI sans se prononcer.

(11) V. les plus récents manuels de Droit civil, MARTY et RAYNAUD, I, n<sup>o</sup> 114, p. 189-191 ; CARBONNIER, I, n<sup>o</sup> 3, p. 12 et n<sup>o</sup> 5, p. 20-21. Sur la notion de coutume, v. notamment, parmi les ouvrages le plus facilement accessibles :

I. D'un point de vue sociologique, A. CUVILLIER, « Manuel de sociologie », I, § 97, p. 231-235.

II. Du point de vue de la sociologie juridique, H. LEVY-BRUHL, « Les sources du droit » in *Aspects sociologiques du droit* (Paris, M. Rivière, 1955) p. 47-83 (reproduit de l'*Année sociologique*, 1953) ; *id.*, *Sociologie du droit* (Paris, P.U.F., 1961), p. 40-55 ; J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit* (cours de doctorat, Paris, 1960-1961) ; *id.*, « La genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume », in *Annales de l'Univer-*

## gue évolution doctrinale dont les débuts remontent au Moyen Age (12).

sité de Poitiers, 1961, p. 45 et s. ; M. ALLIOT, « Coutume et mythe », *Année sociologique*, 1953-1954 ; aj. G. GURVITCH, en particulier dans l'article « Théorie pluraliste des sources du droit positif », in *Le problème des sources du droit positif* (Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, Sirey 1934), p. 114-131 ;

III. D'un point de vue juridique : 1° en général : G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht* (Erlangen, I, 1828 ; II, 1837) ; Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, I (Paris, 1903), p. 111-804 ; M. WALINE, *L'individualisme et le droit* (2<sup>e</sup> éd., Domat-Montchrestien, 1949), nos 135 à 169, p. 249-308 ; N. BOBBIO, V° *Consuetudine* (Teoria generale), in *Enciclopedia del diritto*, IX. 426-443 ; — 2° dans les sociétés primitives : G. W. PATON, *A text-book of Jurisprudence*, 3<sup>e</sup> éd. par D. P. DERHAM (Oxford, 1964), § 40, p. 161-165 ; — 3° dans les droits de l'Antiquité : Droit sumero-akkadien : E. SZLECHTER, « La loi et la coutume, manifestations d'autorité et sources d'enseignement dans l'Antiquité orientale », in *Etudes de droit contemporain* (Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, XXIII), p. 5-13 ; Grèce : J. W. JONES, *The law and legal theory of the Greeks* (Oxford, 1956), p. 64-67 et J. IMBERT, « La loi et la coutume, manifestations d'autorité et sources d'enseignement dans la Grèce antique », in *Etudes de droit contemporain*, p. 13-35 ; Rome : F. SENN, « La leçon de la Rome antique sur le fondement de la force obligatoire de la coutume », in *Recueil Lambert*, I. 218 et s. ; les études de M. J. GAUDEMET, « Coutume et raison en droit romain », *R.H.D.*, 1938, p. 141 et s., et « La coutume au Bas-Empire. Rôle pratique et notion théorique », *Labéo* 1956, p. 147 et s., synthétisées dans le Cours d'histoire des institutions et des faits sociaux (Paris, 1958-1959), p. 279-283, 382-383 et 525-529, reprises et prolongées dans « La loi et la coutume, manifestations d'autorité et sources d'enseignement à Rome », in *Etudes de droit contemporain*, p. 35-59 ; aj. en dernier lieu, B. BRONDI, *Diritto Romano*, n° 35, p. 115-118 ; — 4° dans le droit de l'Occident médiéval : E. CHENON, *Histoire générale du droit français*, I (Sirey, 1926) nos 193 à 196, p. 489-502 ; F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français* (Domat-Montchrestien, 1951), nos 79 à 84, p. 118 et s et nos 315-321, p. 416-426 ; P. TIMBAL, *La coutume, source du droit privé français* (cours de Doctorat, Paris, 1958-1959) ; et, pour une synthèse d'ensemble, F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, I, *Le fonti* (Milano, 1954), p. 181-214 et 409-419 ; — 5° dans le droit canonique : classique, R. WEHRLE, *De la coutume dans le droit canonique*, Paris, 1928 ; moderne, en dernier lieu, A. RAVA, V° *Consuetudine* (« Diritto canonico »), in *Enciclopedia del diritto*, IX. 443-456 ; — 6° dans les droits occidentaux actuels : a) droits continentaux, F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I (2<sup>e</sup> éd., Paris, 1954), nos 109-137, p. 317-446 ; A. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé* (Thèse Caen, 1932) et V° *Coutume*, in *Repertoire de droit civil Dalloz*, t. I ; PACHE, *La coutume et les usages dans le droit positif* (thèse Lausanne, 1938) ; A. PAVONE LA ROSA, V° *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX. 513-531 ; b) « Common Law », C. K. ALLEN, *Law in the making* (6<sup>e</sup> éd., Oxford, 1958), p. 64-156 ; G. W. PATON, *Jurisprudence*, cit., n° 41, p. 165-168 ; R. W. M. DIAS, *Jurisprudence* (London, 1964), p. 140-148 ; — 7° dans les droits dits « traditionnels », O.-T. ELIAS, « La nature du droit coutumier africain » (trad. fr., *Présence africaine*, 1961) ; v. également *The future of customary law in Africa. L'avenir du droit coutumier en Afrique* (Symposium-Colloque d'Amsterdam, 1955, Leiden, 1956), et J. POIRIER, « La rédaction des coutumes juridiques en Afrique d'expression française », in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, sous la direction de J. GILISSEN (Pub. de l'Institut de Sociologie Solvay, Bruxelles, 1962), p. 275 et s.

On s'est borné aux références essentielles. Il est évident en tout cas qu'en avertissant dans sa présentation de l'*Encyclopédie de la Pléiade* (N.R.F., 1956) que « La place que tiendront dans la présente encyclopédie des « sciences » ou des « arts », comme... le droit coutumier, sera évidemment très limitée » (p. 17), M. R. QUENEAU montre qu'il ignore tout du droit coutumier, qui n'a jamais prétendu à être une science ni un art, mais qui est un phénomène bien vivant, même à notre époque, et dans tous les systèmes juridiques.

(12) V. S. BRIE, *Die Lehre von Gewohnheitsrecht-Eine historische, dogmatische Untersuchung*, I (Breslav, 1899) ; aj. E. LAMBERT, *op. cit.*, M. WALINE, *op. cit.*, n° 136 à 141, p. 251-260 ; F. CALASSO, *op. cit.*, p. 197-207.

Cette définition, que l'on trouve formulée dans l'article 5, Titre 1<sup>o</sup>, du projet de Code civil de l'an VIII et qui fut supprimée lors de la rédaction définitive du Code en 1804, s'exprime de la façon suivante : « La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune ». La coutume suppose donc la réunion de trois conditions : la répétition constante des mêmes actes, l'acceptation tacite du groupe social qui se soumet à cette coutume, enfin l'écoulement d'un certain temps. Mais pour définir plus exactement la coutume à Madagascar, il faut ajouter un quatrième élément aux trois premiers : le respect de la volonté des Ancêtres. Aussi pour cerner de plus près la notion de coutume à Madagascar, doit-on s'adresser aux jurisconsultes romains qui définissaient la coutume comme un ensemble d'usages déjà pratiqués par les ancêtres, qui tirent leur force obligatoire de ce qu'ils ont été en vigueur pendant longtemps avec le consentement tacite de tous (13).

Précisons maintenant ce qui fait l'originalité de la coutume malgache : ce n'est pas le fait que les usages aient été pratiqués par les Ancêtres, associé à ce qu'ils aient été en vigueur pendant un certain temps avec le consentement tacite de tous qui domine la notion de coutume à Madagascar, car la notion de consentement, si elle subsiste nécessairement, a moins de force contraignante que l'origine ancestrale de la coutume. C'est parce qu'elles viennent des Ancêtres que les *Fomba*, participant au culte que l'on doit rendre à ces Ancêtres, doivent s'imposer à tous. Mais l'imprégnation religieuse des coutumes n'implique pas l'immobilisme juridique. Si les règles coutumières sont sacrées en raison de leur provenance, elles n'en sont pas moins mouvantes : elles évoluent à Madagascar comme dans tous les pays de droit coutumier, au rythme des exigences modernes. La coutume est en perpétuelle gestation, sans rompre cependant avec la tradition ancestrale car celle-ci façonne et dirige son expression, si bien qu'il n'y a pas rupture mais conformité et filiation étroite entre la règle nouvelle et la disposition ancienne : la coutume demeure toujours inspirée par les Ancêtres.

Aussi la définition de la coutume à Madagascar peut-elle être énoncée de la façon suivante : la coutume est un usage que les Ancêtres et le respect des Ancêtres ont modelé et rendu obligatoire.

Si l'on ajoute que le peuple malgache se compose de dix-neuf ethnies (14), l'on comprend le pluriel employé dans l'intitulé

(13) D. 1.3.32.1., et 35 ; rapp. *Crc. De inv.*, 2.22.67.

(14) Nous nous en tenons au dénombrement généralement admis. J. POIRIER et J. DEZ ont pu distinguer 48 groupes ethniques en utilisant le critère subjectif (*Les*

du sujet : le rôle *des* coutumes..., mais si l'on suppose que chacune de ces ethnies possède sa propre coutume, le singulier qui suit ne se justifie pas car il y aurait autant de droits des personnes particulières que de coutumes différentes. Pourtant le sujet porte bien : le rôle *des* coutumes dans le Droit des personnes. Il était alors permis de l'envisager sous plusieurs angles.

Prenant pour point de départ les différentes matières appartenant au Droit des personnes : famille, filiation, etc., l'on pouvait indiquer, à propos de chacune, les particularités existant dans chaque coutume. Une telle conception conduisait à l'établissement d'un catalogue monotone de « spécialités » coutumières, rendu d'ailleurs difficile par la déficience, voire l'absence de documentation, insuffisamment comblées par la série des enquêtes coutumières effectuées sur l'ordre du ministère de la Justice à partir de 1961. S'il existe, en effet, de nombreuses et fort intéressantes monographies ethnographiques dont la volumineuse *Monographie des Betsileo* du R.P. Dubois (15) représente l'un des monuments, les études proprement juridiques sont encore trop peu nombreuses (16). Et le juriste ne peut se dispenser de recourir aux travaux des ethnographes (17) pour y déceler les traces de coutumes purement juridiques. Les résultats de sa quête, toujours sur le plan juridique, sont très inégaux, tantôt très satisfaisants, tantôt fort médiocres.

L'on pouvait aussi rechercher l'influence des coutumes sur la rédaction du Code civil. Une telle étude a été déjà faite dans ses grandes lignes ; il suffit de consulter le remarquable rapport de synthèse établi par le ministère de la Justice et les exposés des motifs de chaque loi pour déterminer la part des coutumes dans l'élaboration du Droit nouveau.

L'on pouvait enfin tenter de mesurer le degré de résistance

*groupes ethniques de Madagascar*. Rapport préliminaire sur un inventaire des « tribus », Faculté des Lettres et Sciences humaines, Tananarive, 1963). Sans insister ici sur les dangers de l'emploi d'un tel critère, nous nous contenterons d'indiquer qu'il est pour le moment impossible de savoir si les distinctions qu'il permet de faire ont une signification juridique.

(15) *Trav. et Mém. Inst. Ethnologie*, Paris, 1938.

(16) Encore faut-il ajouter qu'elles s'attachent essentiellement au droit merina. L'ouvrage fondamental, malheureusement inachevé demeure, CAHUZAC, *Essai sur les institutions et le droit malgache*, Paris, 1900. On peut consulter également E. P. THÉBAULT, *Traité de droit civil malgache, Les lois et coutumes hovas*, 3 fasc., Paris-Tananarive 1951-1953. Les ouvrages traitant des droits non merina sont exceptionnels et assez superficiels ; citons A. DANDOUAU, *Coutumes sakalava et tsimihety*, Tananarive 1913 et B. MAGNES, « Essai sur les institutions et les coutumes des Tsimihety », *Bull. de Madagascar*, n° 89, octobre 1953.

(17) Outre DUBOIS, citons R. DECARY, *L'Androy*, 2 vol., Paris, 1930-1933 et « Les Marofotsy », *Bull. Acad. Malg.*, t. XXVII, Tananarive 1946 ; H. DESCHAMPS, *Les Antaisaka*, Tananarive 1936 ; H. DESCHAMPS et S. VIANES, *Les Malgaches du Sud-Est*, Paris, P.U.F., 1959 ; L. MICHEL, « Mœurs et coutumes des Bara », *Bull. Acad. Malg.*, t. XI, Tananarive, 1957.

des usagers de la coutume à l'unification et à la codification du Droit malgache. Une telle étude semble prématurée ; elle ne pourra être entreprise qu'à partir de dépouillement de la nouvelle jurisprudence, des statistiques de l'état civil, de sondages précis de l'opinion publique. Et si les enquêtes coutumières permettent, dans une certaine mesure, de s'informer de l'attachement des Malgaches à leurs coutumes ou de l'indifférence qu'ils lui portent, les renseignements que l'on y puise sont encore trop insuffisants, flous et parfois contradictoires pour que l'on puisse envisager une étude de l'opinion malgache face à la codification à partir de ces documents.

Condamnée dans le domaine des généralités par l'insuffisance ou les lacunes de la documentation, refoulée du présent par la fraîcheur jeunesse du Droit malgache peu faite pour l'historien du Droit qui s'attache de préférence aux choses du passé, il ne nous restait plus qu'à exploiter ce généreux pluriel et ce modeste singulier en nous interrogeant sur le rôle des coutumes dans le Droit des personnes et en nous demandant si les coutumes peuvent être considérées, d'une part, comme des facteurs de particularismes dans le Droit des personnes, et, d'autre part, comme des facteurs d'unité du Droit des personnes.

## I

### LES COUTUMES, FACTEURS DE PARTICULARISMES

A l'exception d'une partie du Droit de l'Imerina, tout le Droit de Madagascar est un Droit coutumier. En gros, si l'on néglige les usages purement locaux que révèlent parfois les enquêtes coutumières, il y aurait donc dix-neuf coutumes, autant de coutumes que d'ethnies. C'est un chiffre relativement peu élevé par rapport aux quelques soixante coutumes générales observées dans l'Ancienne France, ce qui faisait écrire à Voltaire que l'on changeait de lois toutes les fois que l'on changeait de chevaux de poste. Mais ce serait un chiffre encore trop élevé si chacune de ces coutumes donnait naissance à un Droit des personnes particulier. Ce sera le premier point qu'il nous faudra vérifier.

En outre, rechercher les particularismes coutumiers ne conduirait qu'à un travail de pure érudition si l'on négligeait l'aspect pratique du problème, c'est-à-dire la stricte application de ces particularismes, leur observation par les habitants d'un ressort coutumier donné. Ce sera le second point qui retiendra notre attention.

### A. — *Existe-t-il des particularismes coutumiers ?*

La recherche des particularismes coutumiers est une entreprise délicate qui oppose au juriste un certain nombre d'obstacles.

C'est en premier lieu la méconnaissance des sources des coutumes malgaches. La rédaction des coutumes, qui peut être considérée comme la première étape vers l'unification et la codification du Droit n'a jamais été entreprise à Madagascar. Toutes les coutumes y sont orales. Le juriste est ainsi privé de recueils de coutumes maniables et précis, comparables à ceux dont disposaient les rédacteurs du Code civil français.

C'est en second lieu le tri à opérer parmi les coutumes pour dégager ce qui est juridique de ce qui est moral ou religieux. Il n'est pas facile de tracer une ligne de démarcation bien nette entre les deux domaines parce que, très souvent, le respect de règles morales, l'accomplissement de formalités rituelles produisent des effets de Droit.

Cependant grâce aux quelques documents dont nous disposons, grâce aux enquêtes coutumières et au rapport de synthèse, il est possible d'affirmer l'existence de particularismes coutumiers dans le Droit des personnes.

a) L'analyse des réponses à l'une des premières questions contenues dans le questionnaire établi par le ministère de la Justice révèle nettement l'existence de ces particularismes coutumiers. Il est précisé très justement dans le rapport de synthèse que cette question posait « le problème fondamental de l'unicité du Droit » en permettant « un sondage d'opinions sur l'opportunité de maintenir les divers coutumiers propres à chaque groupe ethnique » (18). Signalons, en passant, qu'en France, lors de la préparation du Code civil, un sondage de l'opinion publique a été effectué pour connaître l'attachement des citoyens français à leurs coutumes, mais suivant une procédure différente. Le projet de Code civil a, en effet été soumis pour observations aux tribunaux d'appel, afin que ceux-ci, grâce à leur connaissance des coutumes et à leur expérience pratique, fassent connaître le sentiment de leurs justiciables sur les nouvelles règles juridiques proposées (19).

La question posée par le ministère de la Justice de Madagascar était rédigée de la façon suivante : « Quelle importance

(18) Rapp. Synth., ex. ronéoté, p. 34.

(19) V. A. Roux, *Les observations du Tribunal d'appel de Montpellier sur le projet de Code civil. Leur esprit. Leur influence* (thèse Montpellier, 1919) et notre article (à paraître), *Les observations du Tribunal d'appel de Rennes sur le projet de Code civil de l'An VIII*.

attribuez-vous à l'appartenance à telle tribu ou à telle caste ? Y tenez-vous essentiellement et ne vous paraît-il pas bien de voir ces différences s'estomper dans l'avenir ? ».

Certains n'ont pas répondu à cette question, c'est, par exemple, le cas des Betsimisaraka du Nord, district de Fenerive. Mais leur nombre est trop faible pour que l'on puisse attacher une importance quelconque à cette abstention.

La majorité des Malgaches y a répondu et les réponses obtenues peuvent se classer en deux grandes catégories :

— La première catégorie comprend quarante-cinq réponses se prononçant en faveur d'une législation uniforme. Ces réponses révèlent par conséquent qu'une minorité relativement importante de Malgaches se détache des coutumes ancestrales. Cette minorité admet donc l'existence des coutumes tout en posant le principe de leur désuétude.

— La deuxième catégorie de réponses peut se subdiviser en deux groupes : le premier groupe dénote un attachement profond et réel à la tribu pour des raisons diverses, par exemple, pour maintenir la solidarité entre membres d'une même tribu, ou pour bénéficier des bienfaits de l'entraide. Mais surtout, et cela nous intéresse directement, pour perpétuer le respect des coutumes. C'est notamment l'opinion des peuples du Sud-Est, Antaimoro, districts de Farafangana, Vohipeno et Manakara (20).

Le second groupe, tout en marquant son attachement à la coutume, signale la désagrégation des grands groupes ethniques et, selon les termes du rapport de synthèse : « Conclut à l'atténuation progressive des particularismes tribaux » (21). Une telle attitude face à la coutume paraît nettement dans les réponses des Malgaches appartenant à une ethnie et résidant hors de cette ethnie, par exemple dans les réponses des Antaisaka et des Bara, établis dans la province de Majunga, district de Maintirano (22).

Quelle que soit la nature des réponses données à la question et compte tenu de la valeur douteuse des enseignements que

(20) Enq. cout. District de Vohipeno, p. 1 ; Procès-verbaux relatifs aux coutumes Antaimoro, Antaisaka, Antaifasy, Andrebakara, Zafisoro (Districts de Farafangana, Vohipeno et Manakara) p. 1, 14, 21, 26 ; District de Nosivarika, p. 1.

(21) *Op. cit.*, p. 35.

(22) Enq. cout., Province de Majunga, District de Maintirano, p. 3. Antaisaka. Kobao : « J'y tiens pour la forme. A mes yeux, cela revêt une importance relative en ce sens que j'habite le pays Sakalava ce qui m'a changé en un autre moi-même... » ; Bara : « Les notions tribu et caste existent de nos jours parmi nous autres Bara : j'y tiens pour la forme. Le fait que je me fixe dans le pays Sakalava tue en moi ces notions. Actuellement, je suis Sakalava au sens large du mot ».

l'on retire des sondages (23), ce qu'il faut retenir de cette rapide analyse, c'est la croyance ancrée dans l'esprit de la population que chaque tribu possède une coutume particulière. Mais ce résultat ne permet pas d'établir que chacune des coutumes se différencie des autres coutumes par son contenu.

b) L'examen minutieux des enquêtes coutumières, les comparaisons effectuées, ont conduit le ministère de la Justice à distinguer parmi les dix-neuf coutumes malgaches, six groupes de coutumes présentant des caractéristiques bien précises. Ce sont :

Les coutumes du Sud : Bara, Antandroy, Mahafaly, Antanosy.  
 — — de l'Ouest : Vezo et sakalava.  
 — — Betsimisaraka.  
 — — du Nord : Antakarana, Tsimihety.  
 — — du centre : Betsileo et Tanala d'une part,  
 Sihanaka et Bezanozano d'autre part.

Encore est-il indiqué que ces six grands groupes de coutumes se rapprochent sensiblement par leurs tendances générales et certaines particularités (24). C'est qu'en effet, l'établissement de cette classification ne repose pas sur une opposition radicale et irréductible entre les groupes coutumiers, mais sur quelques différences portant sur certaines institutions juridiques ou même certains points de détail.

Ainsi, en matière de mariage : certains groupes, notamment les Tsimihety, connaissent et pratiquent ce que l'on appelle le mariage à l'essai. La durée de l'épreuve est généralement limitée à un an, et l'union peut être prolongée soit par tacite reconduction, soit par l'accomplissement de la cérémonie coutumière du mariage (25).

En ce qui concerne les obligations naissant du mariage, certains groupes coutumiers sont très stricts sur le devoir de fidélité qui s'impose aux conjoints. L'adultère, surtout celui de l'épouse, est considéré comme une cause de divorce (26). Cependant dans

(23) Sur la méthode des sondages et sa valeur, v. M. DUVERGER, *Méthodes des sciences sociales* (Coll. Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 1964), p. 172-249 ; R. PINTO et M. GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales* (Précis Dalloz), II, n° 490-599, p. 541-637.

(24) Rapp. synth., p. 16 et 17.

(25) Sur le diajoko, v. MAGNES, *op. cit.*, p. 44.

(26) L'adultère du mari est envisagé avec beaucoup d'indulgence. Il est un proverbe qui dit : « L'homme n'est pas le mari d'une seule femme ». Dans certaines coutumes l'obligation de fidélité n'est pas réciproque, l'homme n'y est pas astreint. V. coutume Antakarana, enq. cout. Diégo-Suarez, p. 5 : « Le mari est le chef de famille ; il n'est pas tenu à un devoir de fidélité vis-à-vis de sa femme. Un dicton côtier ne dit-il pas : « Lehilahy tsy vadin'olo araiky ». On avance trois motifs pour justifier la sévérité des coutumes à l'égard de la femme adultère : l'introduction possible d'un enfant de sang étranger dans la raza du mari (v. Betsimisaraka, enq. cout. district de Fenerivo ; p. 7 ; Antemoro,

le groupe des coutumes du Sud et en particulier chez les Mahafaly, l'adultère de l'épouse n'est pas une cause générale de divorce, mais parfois un moyen d'enrichissement du ménage, notamment en cas de flagrant délit. L'époux trompé se borne dans ce cas à inviter le coupable à fournir à la femme infidèle une sorte d'indemnité dont le montant est fixé à un bœuf ou à des lamba (27).

Si l'on envisage maintenant les effets du mariage sur les biens, l'on s'aperçoit que certaines coutumes ne contiennent aucune disposition réglant les rapports pécuniaires entre époux. Ainsi chez les Antaimoro et plus généralement chez les peuples du Sud-Est (28), chez les Mahafaly également (29), l'on constate l'absence de tout régime matrimonial. A la dissolution de l'union, l'épouse ne peut prétendre à une portion des biens acquis en commun pendant la durée du mariage et doit se contenter d'un don plus ou moins élevé suivant les ressources et la générosité de son conjoint (30). Bien plus, en présence d'enfants

enq. cout., district de Vohipeno, p. 5 ; Bara, enq. cout. district d'Ankazoabo, p. 7) ; la supériorité de l'homme et réciproquement l'infériorité de la femme qui se traduit par l'obligation de respecter l'époux et de lui être fidèle (v. Sakalava, enq. cout., poste administratif de Tambohorano, p. 12 ; Antandroy, enq. cout., district d'Ampanihy, canton d'Amborompotsy, p. 9 ; Sihanaka, enq. cout., district d'Ambatondrazaka, p. 19) ; la rupture d'un contrat dans le cas du mariage tsimihety dit fanambadiana miletry où l'homme s'attache les services temporaires d'une épouse moyennant la remise en contrepartie, à cette dernière, d'une somme d'argent ou de bœufs dont le montant ou le nombre est librement débattu entre les deux futurs conjoints (v. enq. cout., district de Port-Bergé, p. 5).

(27) Centre d'études des Coutumes de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Tananarive, doc. n° 141, B. 13, p. 12 : « Chez les Mahafaly, l'adultère de la femme n'est pas une cause générale de divorce. Au contraire, cette honte fait honneur à la femme qui est ainsi fière de ce qu'elle est aimée ; le mari en reste indifférent pourvu que l'amant soit, comme lui, un notable considéré, ou un riche propriétaire de bœufs, ou de qualité et situation supérieurs. La femme adultère doit révéler son acte coupable à son mari. En cas de flagrant délit d'adultère (vamba), le mari invite seulement l'amant de sa femme à acheter pour celle-ci des lamba ou à donner un bœuf. Si l'amant refuse de racheter sa faute de cette façon, l'affaire est portée à l'arbitrage des notables ou « ondati-be » qui, après un kabary, la tranchent définitivement ».

(28) Centre d'étude des Coutumes de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Tananarive, doc. n° 145 (non paginé) : « Lorsqu'une femme est répudiée par son mari, elle rentre toute légère à la maison paternelle ; elle ne porte comme part que le vêtement avec lequel elle s'enveloppe (nattes ou rabanes) ». Antaisaka : Centre d'études des Coutumes, doc. n° 752 (non paginé) : « Malgré ses nombreuses occupations, la femme en divorçant ne gagne rien sur les biens communs acquis pendant le mariage. Seuls ses vêtements et ses nattes qui lui restent propres et qu'elle peut emporter ». V. également H. DESCHAMPS : *Les Antaisaka*, p. 143-144, thèse lettres, Paris, Tananarive, 1936.

(29) V. enq. cout. : district d'Ampanihy, poste administratif d'Ejeda, p. 15 ; canton et district de Betioky, p. 5 ; sous-préfecture et commune rurale de Betioky Sud, p. 5.

(30) Enq. cout., district d'Ampanihy, poste adm. d'Ejeda, p. 16 : « Lorsque le mariage est dissous par le divorce ou le décès, le partage des biens ne se pratique pas, on donne seulement à la femme sans enfant les objets achetés pour elle : machine à coudre, bijoux, ustensiles de cuisine, etc. Il s'agit ici de don et non de partage ». Dans le groupe coutumier du Sud auquel appartiennent les Mahafaly, l'absence de partage des biens semble être la règle. Ainsi pour les Bara, v. Louis MICHEL, « Mœurs et coutumes des Bara », p. 95, *Mém. Ac. Malg.*, fascicule XI, 1957 ; pour les Antandroy, v. enq. cout.,

issus de l'union, il lui est interdit de reprendre ses biens propres (31). En pays Sakalava, et ceci est confirmé par une jurisprudence constante, les biens sont partagés par moitié lors de la dissolution de l'union et chaque époux reçoit une part égale (32), tandis que dans la plupart des autres ressorts coutumiers, le régime adopté, quel que soit le nom qu'il porte (33), est celui du partage par tiers avec inégalité dans la répartition des parts, l'époux recevant les 2/3 et l'épouse le 1/3 restant.

En matière de filiation, une constatation s'impose : les enfants nés du mariage sont considérés pourrait-on dire comme la propriété du père ; aussi après la dissolution de l'union sont-ils laissés sous l'autorité du père, à l'exception des enfants en bas âge confiés à la garde de la mère, garde très provisoire qui cesse lorsque ces enfants atteignent un âge déterminé. Les enfants retournent alors dans leur famille paternelle. Encore doit-on noter une particularité de la coutume Bara dans laquelle, pour que l'enfant devienne la propriété du père, celui-ci, dans les cinq ou six mois de la grossesse de son épouse, doit solliciter la bénédiction du sacrificateur de son clan ou de sa famille. Une cérémonie rituelle se déroule alors et l'enfant à naître appartiendra à la famille paternelle. Si le père néglige cette formalité, son beau-père peut demander l'intervention de son propre sacrificateur qui procède à la cérémonie, mais dans ce cas l'enfant sera la propriété de la mère et de sa famille (34).

L'on pourrait encore relever de nombreux exemples de particularismes coutumiers, notamment en matière d'adoption, mais ceux qui ont été donnés suffisent amplement pour démontrer

canton d'Amborompotsy, p. 24 : « Selon notre coutume, les biens communs ne sont pas soumis au partage. Ils restent la propriété du mari... » En ce qui concerne les Bara, l'examen des enquêtes coutumières révèle une évolution tendant à l'instauration d'un partage des biens communs, soit par tiers, conformément au régime du kitay telo an-dalana (v. enq. cout., district d'Ankazoabo, p. 13) ; soit selon des modalités qui ne sont pas précisées (v. enq. cout., province de Tuléar, Bara, Marerana, p. 6 : « Chacun a sa part »). V. cependant enq. cout. poste administratif d'Amborompotsy, p. 7 où il est dit que le partage s'opère par moitié. Parfois le partage est restreint aux biens communs mobiliers (v. enq. cout. groupe Bara d'Andriandampy, district de Betroka, p. 6 : « La communauté mobilière est partagée en deux »).

(31) Enq. cout. poste adm. d'Ejeda, p. 9, à propos du droit de disposition des propres de la femme, il est écrit ceci : « La femme a hérité un troupeau de bœufs de son père. Le mari a le droit d'en vendre, quant à la femme, elle n'en a pas le droit, surtout quand elle a des enfants avec son mari. Car même séparée, elle ne pourra plus réclamer ses biens personnels. Seule, la femme sans enfant qui a droit d'en réclamer au moment du divorce ».

(32) V. à ce propos, Rapp. synth., ex. ronéoté, p. 96. Les enquêtes coutumières revèlent pourtant une évolution récente du régime matrimonial coutumier Sakalava vers le Kitay telo an-dalana. V. enq. cout., province de Majunga, p. 14 : « Il (le Kitay) se pratique depuis quelque temps chez les Sakalava ».

(33) Kitay telo an-dalana en pays merina, rasa sandry ou ampahatelontanana en pays tsimihety notamment.

(34) V. enq. cout., arrondissement administratif de Sakaraha, p. 7.

l'existence de divergences, parfois très minces, entre les différents groupes de coutumes. Encore faut-il rechercher si ces particularismes sont observés.

### B. — *Observations des particularismes*

Le respect de ces particularismes coutumiers dépend d'un certain nombre de facteurs trop connus pour être énumérés sans tomber dans les répétitions banales. Cependant le fait qu'une personne appartienne à un groupe coutumier donné devrait en principe entraîner l'application et le respect de ses particularismes. Pourtant les enquêtes coutumières révèlent qu'en pratique s'opère une métamorphose de l'individu qui le conduit et parfois le contraint à l'abandon de ses propres règles juridiques.

a) En théorie, toute personne d'une ethnie déterminée doit respecter la coutume de cette ethnie. L'individu qui ne s'y conformerait pas marquerait par le mépris de la coutume sa volonté de se séparer du groupe et par lui-même porterait une grave atteinte à la cohésion de ce groupe, qu'il soit tribal ou familial. Cette attitude d'hostilité devrait entraîner une réaction de défense du groupe qui, pour préserver sa stabilité devrait écarter l'élément perturbateur en prononçant le rejet du délinquant. Le rejet de la caste ou de la famille est une institution trop bien connue en Droit malgache pour qu'il soit nécessaire de lui consacrer une étude spéciale. Contentons-nous de reprendre les termes du rapport de synthèse qui définissent l'institution comme un acte particulièrement grave et exorbitant à bien des égards (35).

C'est donc une mesure rigoureuse qui exclut, qui bannit un individu du groupe social ou familial et dont la sévérité s'étend souvent aux descendants du délinquant, privant ceux-ci de leurs droits successoraux et surtout, ce qui est beaucoup plus grave, du droit d'être enterrés dans le tombeau de leurs ancêtres (36).

Cependant l'examen des enquêtes coutumières permet d'affirmer que de nos jours, le rejet de la caste ou de la tribu perd une partie de sa vigueur tandis que celui de la famille garde toute sa force. Cette évolution de l'institution du rejet s'explique facilement si l'on quitte le domaine de la théorie pour celui de la pratique.

(35) V. ex. ronéoté, p. 37 où le rejet du groupe social est assimilé à « une véritable mort civile ».

(36) Sur le rejet de la famille, v. P. BAPTISTE, *Le rejet d'enfant à Madagascar*, thèse Droit (ronéotée), Paris, 1955.

b) En pratique, et les résultats des enquêtes coutumières l'attestent, le rejet de la caste ou de la tribu tend à s'estomper et sans doute deviendra-t-il bientôt une survivance historique coupée de la réalité des faits. Il faut signaler toutefois que dans certains groupes, notamment chez les Antaimoro et les peuples du Sud-Est, la pratique du rejet est encore bien observée (37). Mais la tendance générale à la non application du rejet n'en est pas moins réelle. Cet effacement du rejet n'est pas la conséquence d'une évolution juridique mais trouve son explication dans un certain nombre d'éléments extérieurs au Droit.

De nombreux auteurs ont parfaitement dégagé ces éléments : l'extension du réseau routier qui facilite les relations humaines et rapproche les individus les uns des autres ; les contacts rendus obligatoires par des impératifs d'ordre économique ; le système des échanges contraignant les hommes à sortir de leur isolement pour l'écoulement de leur production ou plus simplement pour aller chercher du travail dans d'autres régions afin d'assurer leur subsistance et celle de leur famille (38).

On a souvent souligné l'influence du brassage produit par les migrations, phénomène constant à Madagascar (39). Les migrations fréquentes peuvent provoquer en effet une certaine action réciproque tendant à l'effacement progressif des particularismes (40).

(37) Le rejet y est prononcé contre tout individu ayant violé une coutume ou un fady de sa tribu et accessoirement, il sert de moyen d'intimidation. Antaimoro : enq. cout., district de Vohipeno, p. 1 : « La coutume admet le rejet hors de la caste ou de la tribu. Pour avoir commis des infractions aux us et coutumes de la tribu, une personne peut être rejetée hors d'une tribu ou caste. Cela a pour but d'empêcher la masse populaire de refaire les mêmes infractions » ; Procès-verbaux relatifs aux coutumes Antaimoro, Antaisaka, Antaifasy, Andrebakara, Zafisoro (districts de Farafangana), p. 2 : « Nous sommes scrupuleux dans la pratique des prohibitions et toute personne qui passe outre ces dernières sera rejetée hors de la tribu. Ce rejet a pour but d'intimider les délinquants éventuels en les incitant à faire attention » ; Antaifasy, enq. cout. district de Farafangana, p. 3 : « Par le rejet hors du clan, on cherche à obtenir de la part des membres le respect des mœurs et coutumes » ; Antaisaka, enq. cout. district de Vangaindrano, p. 7 : « Non, nous n'admettons le rejet hors de la tribu que pour fautes graves (meurtre, vol, violation de sépulture, pratique de la sorcellerie, etc.) ou pour infractions aux règlements de la tribu ».

L'application de la peine est parfois très sévère à l'égard de certaines catégories de rejetés, v. notamment Antaifasy, *op. cit.*, p. 3 : « Le rejet se fait de cette manière : on met à mort les meurtriers ; quant aux voleurs de bœufs, ils n'ont pas droit au tombeau familial si leurs parents ne versent pas une amende de 30 bœufs ; et quant aux sorciers, on les tue à coups de pierre ».

(38) Sur l'ensemble de ces éléments v. notamment Rapp. synth., ex. ronéoté, p. 25.

(39) V. H. DESCHAMPS, *Les migrations intérieures passées et présentes à Madagascar*, éd. Berger-Levrault, Paris, 1959. La permanence du phénomène a contraint certaines ethnies à établir une véritable réglementation de l'absence. En ce qui concerne la dissolution du mariage de l'absent (délai, formes) v. en particulier : Antaisaka, doc. n° 752 (non paginé), C.E.C. Fac. droit et sc. écon., Tananarive : « Le délai normal pendant lequel la femme de mpitamby devait rester dans la maison conjugale variait de 4 à 5 ans. Passé ce délai, l'épouse pouvait quitter la case de son mari pour contracter un second mariage. La coutume obligeait le beau-père à répudier sa bru et à la laisser libre ».

(40) Cet effacement n'est que très progressif. Dans sa monographie sur les Antaisaka, *op. cit.*, p. 130, H. DESCHAMPS cite le cas d'Antaisaka émigrés en pays Betsimisaraka et

Tantôt l'inobservation de ces particularismes sera provisoire. Ainsi les Antaisaka et les Bara de la province de Majunga, district de Maintirano, qui se trouvent donc en pays Sakalava déclarent qu'ils sont *actuellement* Sakalava au sens large du mot (41). Ce qui sous-entend un abandon *actuel* de leur coutume personnelle, abandon limité à la durée de leur séjour parmi les Sakalava. De retour au pays Antaisaka ou au pays Bara, ces émigrés reprendront les traditions ancestrales et s'y conformeront strictement.

Tantôt l'abandon des particularismes coutumiers paraît définitif. La réponse des Bara implantés en pays Betsileo lors de l'enquête effectuée dans le poste administratif d'Amborompotsy est à cet égard particulièrement significative. Voici ce qu'écrit le rédacteur de l'enquête : « Pour eux, l'appartenance à une tribu ou à une caste n'a plus aujourd'hui d'utilité que pour le respect des coutumes, qu'eux, émigrés dans d'autres pays et mélangés avec d'autres races voudraient voir que ces différences s'estompent dans l'avenir, qu'ils sont maintenant déjà nombreux mariés avec des Betsileo ou avec d'autres races et castes. et, que chez eux il n'y a pas de difficulté pour le mariage » (42).

Ce que l'on doit retenir de cette réponse, c'est que pour les Bara installés en pays Betsileo, ayant fondé une famille au Betsileo, le respect des coutumes ancestrales lié à l'appartenance à une tribu ou à une caste n'est qu'une contrainte périmée dont ils portent encore l'empreinte. Car s'ils se sont affranchis en fait de leurs règles coutumières, ils n'en ressentent pas moins l'irrégularité de leur situation présente et l'appel qu'ils lancent au législateur doit être entendu comme un souhait pressant de voir transformer une situation de fait en une situation de droit. Si les émigrés ont rompu avec leur tradition ancestrale pour être acceptés par le groupe d'accueil ou, plus justement pour y être simplement tolérés, ils ne vivent pas moins en marge de la coutume de ce groupe parce qu'ils n'ont pas les mêmes ancêtres. Ce sont des déracinés qui ne sauraient prétendre à la protection ni de leur coutume personnelle ni de celle du groupe récepteur. La situation ainsi révélée par ce genre de réponses conduit à s'interroger sur les caractères de la coutume à Madagascar.

La double formation (ou déformation) de l'histoire du droit français et du droit international privé, inciterait tout natu-

qui revinrent dans leur pays accompagnés par des épouses betsimisaraka. Ils furent contraints de répudier ces dernières sous menace d'exclusion du kibory. Les Antaisaka, comme la plupart des ethnies de Madagascar, sont endogames.

(41) V. *supra*, note 22.

(42) P. 2.

rellement à appliquer des catégories familières et l'on serait porté à se demander si les coutumes malgaches sont territoriales ou personnelles. A cet égard on sait (43) qu'une théorie longtemps classique a considéré que dans le droit de l'Occident médiéval, les coutumes étaient territoriales en principe, mais que la territorialité était atténuée dans certaines matières, celle du statut personnel en particulier, qui était régi par la loi de l'origine des individus en cause. Une analyse historique plus profonde a contesté que la territorialité fût la caractéristique du système coutumier médiéval ; et, sur le point précis du statut personnel, elle a établi qu'il restait soumis à la loi personnelle, celle-ci pouvant être entendue différemment : loi de la nationalité d'origine ou loi du domicile (44). Quoiqu'il en soit donc, le statut personnel, le droit des personnes (45) était soumis à la *consuetudo patriae*, à la loi personnelle : celle-ci suivait la personne au cours de ses déplacements. De même dans le droit international privé moderne, le statut personnel est soumis à la loi personnelle, qui est la loi nationale (46). On pourrait s'étonner alors que, dans le droit traditionnel malgache, la territorialité s'applique dans plusieurs cas au statut personnel. Mais en réalité, il serait inexact de parler de territorialité. D'abord parce que le terme de « territorialité » est lié à une conception politique de la coutume, et que celle-ci, à Madagascar, à l'heure actuelle en tout cas, n'a de valeur que sociale, psychologique et morale. Il serait tout à fait impropre de parler de « détroit coutumier » au sens de territoire sur lequel s'exerce l'autorité de la coutume (47) : la coutume, tirant son prestige des Ancêtres s'impose à des individus issus des Ancêtres. Dans ces conditions, il conviendrait de savoir quelle est l'opinion du groupe qui reçoit un individu qui lui est étranger, et quelle coutume il estime lui être applicable : le nouveau venu peut-il se libérer de la coutume de ses ancêtres propres, et la coutume du groupe lui est-elle applicable, dans quelles conditions et pourquoi ? A ces questions nous n'obtenons de réponses qu'indirectes et imparfaites, à travers les déclarations non pas de membres du groupe récepteur, mais des individus transplantés. Le fondement de l'application de la coutume du

(43) V. la parfaite mise au point de P. TIMBAL, cours cit., p. 154-188.

(44) V. MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age », in *Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1934.III, 547 et s.

(45) Etant entendu qu'il ne pouvait alors s'agir que des questions qui échappaient au droit canonique, c'est-à-dire en fait l'état et la capacité.

(46) V. BATIFFOL, *Traité élémentaire de Droit international privé*, 1949, n° 385, p. 403-405 ; v. l'article 28 de l'ordonnance n° 62.041 du 19 septembre 1962, portant « Dispositions générales de Droit privé » ; titre II : Dispositions générales de D.I.P.

(47) V. pour l'ancien droit, TIMBAL, cours cit., p. 150-153.

groupe d'accueil paraît être alors non pas le séjour sur un sol, c'est-à-dire un élément territorial et politique, mais l'assimilation au groupe, ou du moins l'accord avec le groupe, voire la soumission à la coutume du groupe, c'est-à-dire un élément ethnique et social, humain. C'est en tout cas de cette façon que raisonnent, pour leur propre compte, les individus transplantés : ils se sentent, ou se veulent (ou non) plus ou moins intégrés — définitivement ou provisoirement — à un groupe différent de leur groupe d'origine. Le rapprochement le moins artificiel alors, ne s'opérerait ni avec le système coutumier occidental, ni avec le droit international privé moderne, mais avec le système de la personnalité des lois de l'époque barbare : les coutumes sont personnelles en principe ; l'élément de détermination du droit applicable à chacun est non pas le territoire, mais le peuple, le groupe ethnique dont il est issu ; la différence est que l'on peut renoncer à sa coutume personnelle, en se séparant de son groupe (48). Quoiqu'il en soit, il semble qu'une chose soit sûre : c'est que l'on doit exclure l'idée d'un conflit intercoutumier ; il n'apparaît pas qu'à leur retour dans leur groupe d'origine, les migrants se voient reprocher l'abandon provisoire des coutumes ancestrales (49). Il n'y aurait à Madagascar que des problèmes, des adaptations ou des drames d'ordre individuel — ce qui, en soi, est de nature à atténuer les diversités coutumières qui seraient plus tranchées si chaque coutume prétendait suivre en permanence ses sujets. En définitive, ce que l'on peut retenir, en dehors de toute qualification plus ou moins déformante, comme aspect juridique du phénomène des migrations intérieures, c'est seulement la mutabilité de statut personnel (le changement pouvant être temporaire ou définitif), le fait que la coutume des Ancêtres n'est pas sentie — ou n'est plus sentie — comme devant s'attacher inexorablement à l'individu où qu'il se trouve.

(48) V. droit colonial français : renonciation au statut personnel. E.P. THÉBAULT, *op. cit.*, I, p. 11 et s.

(49) Mais le migrant revient « imprégné » d'usages étrangers à ceux de son groupe d'origine. Il présente donc un danger pour le groupe parce qu'il risque d'éveiller la colère des Ancêtres dont les traditions ont été dédaignées pour un temps. Aussi était-il interdit au migrant de pénétrer à l'intérieur des cases avant que l'on ait écarté d'eux toute influence étrangère. V. Antaisaka. doc. n° 752, C.E.C. Fac. Droit et Sc. écon., Tananarive : « A leur retour dans la famille, les mpitamby (migrateurs) rentraient chez leur père ou chez leur frère aîné. Avant de les recevoir chez lui, le père les assoyait au-dessous de son grenier et allumer (sic) au milieu d'eux un grand feu de « tsatsangotry » (épis vides de riz) pour éloigner, dit-on, les mauvais esprits et la maladie qui pourraient les accompagner du pays d'où ils avaient été en voyage. Après cette conjuration, le père les faisait entrer dans sa maison. En signe de sa grande réjouissance il organisait une petite fête de famille à laquelle prenaient part les mpitamby et les membres de la famille. Il fit tuer une oie ou un dindon ou un coq pour le laoka des nouveaux venus. C'était après cette fête que les mpitamby retournaient chacun à leur case ».

Il serait cependant imprudent d'exagérer la valeur de ces réponses et de croire que tous les Malgaches agissent comme les Bara en pays Betsileo. La majeure partie des habitants de la Grande Ile demeure profondément attachée au respect des particularismes coutumiers qui s'impose lorsque l'on continue à vivre sur la terre des ancêtres. L'enquête menée en pays Sihanaka, dans le district d'Ambatondrazaka par exemple, révèle la force considérable de la coutume et la sévérité de la sanction encourue au cas de violation de la règle ancestrale. C'est au rapport rédigé par la commission d'enquête du district d'Ambatondrazaka que nous empruntons ces quelques phrases : « Selon les préjugés et les coutumes encore régnant, l'importance de l'appartenance d'une personne à telle tribu ou à telle caste est indéniable. La commission s'explique : par exemple, le mariage est interdit et le demeure entre deux personnes de castes différentes ; y enfreindre c'est risquer de se faire refuser l'inhumation au tombeau familial » (50). Par conséquent, tout Sihanaka portant atteinte à sa coutume s'expose au rejet.

\* \* \*

Si l'on peut affirmer qu'une interpénétration des coutumes s'opère parfois notamment dans la zone du Nord où l'on note une influence réciproque des coutumes Sakalava, Betsimisaraka et Tsimihety, l'exemple des Sihanaka auquel on pourrait ajouter celui des Antaimoro émigrés et de tant d'autres Malgaches permet de constater qu'en règle générale des particularismes coutumiers existent, quoi que peu nombreux, et qu'ils sont encore bien respectés, parce que le Malgache ne peut se soustraire à la règle émanant de ses Ancêtres.

Nous allons nous demander maintenant si les coutumes peuvent être considérées comme des facteurs d'unité du droit des personnes.

## II

### LES COUTUMES, FACTEURS D'UNITE DU DROIT DES PERSONNES ?

Avant d'aborder l'examen de cet aspect du rôle des coutumes dans le droit des personnes, il est indispensable de prendre les précautions qui s'imposent. La forme interrogative utilisée in-

(50) P. 2.

dique bien qu'il ne s'agit que d'une *tendance* qui s'affirmera sans doute progressivement, mais qui à l'époque présente ne peut être abordée sans hésitations ni beaucoup de prudence. Il est possible cependant d'esquisser ici une ébauche des éléments permettant d'appuyer cette tendance. Ces éléments ont agi dans le temps et dans l'espace sur les particularismes coutumiers pour les estomper, ramenant ainsi les droits des personnes à un nombre voisin de l'unité. Il s'agit en premier lieu de l'existence d'un fonds commun coutumier, et en second lieu de l'influence du Droit merina.

#### A. — *L'existence d'un fonds commun coutumier*

L'existence d'un fonds commun coutumier atteste qu'il n'existe pas de particularismes irréductibles entre les diverses coutumes. M. Chevallier qui enseigna il y a quelques années à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Madagascar a publié dans les *Annales* de cette même Faculté un article dans lequel il expose les grandes lignes de ce droit commun coutumier (51). Il ne paraît donc pas utile d'insister sur ce point et nous nous bornerons à rechercher ici quel est le fondement de ce droit et quelles sont ses manifestations.

a) Le fondement du droit commun coutumier, c'est incontestablement le culte des Ancêtres qui domine tous les actes de la vie du Malgache. Dans son « Essai sur les institutions et le Droit malgache », Albert Cahuzac insiste à juste titre sur le caractère sacré des morts et ce qu'il écrit concernant l'Imerina peut être généralisé et étendu à l'ensemble de Madagascar : « Pour le Hova », dit-il, « les morts sont des êtres sacrés ; il a pour eux l'adoration que l'on rend à la divinité ; il les aime et les redoute en même temps. Dans toutes les circonstances de la vie, il les consulte comme s'ils étaient toujours vivants, comme s'ils continuaient à faire partie de la famille ; il demande leur secours et leur appui ; il leur expose ses peines. Le Hova a la ferme croyance que les ancêtres sont des divinités qui surveillent et protègent la famille » (52). La vénération des Malgaches pour les Ancêtres, le sentiment que les morts surveillent et protègent la famille expliquent qu'à l'occasion des grands événements juridiques, par exemple du mariage, les cérémonies coutumières comprennent toutes une invocation aux Ancêtres. On appelle la bénédiction des Ancêtres sur les jeunes

(51) « Introduction à l'étude du Droit coutumier Malgache », *Annales Malgaches* (Fac. droit et sc. écon.) n° 1, p. 81 et s.

(52) *Essai sur les institutions et le droit Malgache*, Paris, 1900, p. 32. V. également R. ANDRIA-MANJATO, *Le tsny et le tody dans la pensée malgache*, 1957, p. 33 et s.

époux comme si l'on essayait d'obtenir leur consentement au mariage. On sacrifie un bœuf dont une part revient aux morts comme s'ils étaient encore en vie et participaient à la cérémonie, voulant ainsi éviter leur malveillance et s'attirer leur bienveillance (53). Les morts ne sont jamais oubliés et leur qualité d'Ancêtres leur donne une importance encore plus grande, que nul Malgache ne contesterait sous peine d'encourir la malédiction du défunt.

Ainsi le culte des Ancêtres profondément enraciné dans tout Madagascar donne au Droit de ce pays un aspect uniforme dans l'accomplissement de certaines formalités juridiques. Il explique aussi l'existence de pratiques uniformes et généralisées qui se manifestent dans le droit commun coutumier.

b) Il est bien connu que la perpétuation du culte des Ancêtres dicte aux Malgaches la nécessité d'une nombreuse descendance et l'on ajoute qu'à Madagascar l'enfant est toujours le bienvenu quelle que soit son origine. Ceci explique, ainsi que l'expose le rapport de synthèse, que la « société traditionnelle malgache n'accorde pas aux problèmes juridiques de la filiation l'importance que les juristes modernes leur donnent. Quelle que soit son origine, l'enfant représente une force nouvelle dans la grande famille ; sa venue est toujours une occasion de joie » (54). La présence d'enfants rassure le Malgache qui est ainsi certain qu'après sa mort, il y aura toujours l'un de ses descendants pour accomplir les rites funéraires et veiller sur le tombeau.

Ceci explique aussi, pour nous limiter maintenant au mariage (55), la conception coutumière de l'épouse. La femme est

(53) A titre d'exemple : Mahafaly : doc. n° 141, B 13, C.E.C. Fac. Droit et Sc. écon., Tananarive, p. 10.

• Ecoutez Dieu !

• Ecoutez Terre !

• Ecoutez Ancêtres !

• Ecoutez, vous tous qui êtes nos parents disparus !

• En vous offrant ce bœuf en sacrifice, nous vous invoquons pour que ces deux époux aient des enfants nombreux pendant le mariage... ».

(54) Ex. ronéoté, p. 104.

(55) Nous centrerons toutes les explications à venir sur les relations familiales de l'individu. Mais il ne faut pas oublier que le respect des Ancêtres domine également les règles relatives à l'identification de l'individu. Ainsi le domicile : un fort pourcentage de Malgaches place celui-ci au lieu où est édifié le tombeau ancestral. V. Antaisaka : enq. cout. cit., p. 10 : « Suivant notre coutume, c'est le lieu où se trouve notre kibory ancestral que doit se trouver notre domicile, parce que si on va à Diégo, à Tamatave et si on y meurt, son corps sera transporté au lieu où se trouve son tombeau pour y être enterré, par conséquent c'est là qu'est le domicile » ; Antaifasy : enq. cout. cit., p. 3 ; Antemoro : enq. cout. cit., p. 3, etc. D'autres Malgaches ont une opinion nuancée. Pour eux le domicile demeure le lieu du tombeau ancestral parce que c'est là qu'ils reposeront définitivement mais ils distinguent à côté du tombeau, le lieu de leur résidence habituelle, simple habitation transitoire à laquelle ils ne prêtent pas grande

considérée suivant une expression imagée comme un porte-graine (56), et les Kabary prononcés lors de la demande en mariage comprennent certaines phrases qui indiquent bien que l'union est envisagée principalement en raison de la fécondité de la femme (57). Cette conception coutumière de l'épouse permet aussi de comprendre la très grande instabilité de l'union matrimoniale à Madagascar. Les femmes étant considérées principalement en raison de leur fonction reproductrice (58) sont interchangeables et, puisque seul l'enfant compte, une fois cet enfant obtenu, il n'y a plus aucune raison de garder à son foyer une épouse lorsque celle-ci aura cessé de plaire.

Le désir d'avoir une nombreuse descendance explique enfin la pratique de la polygamie (59) dont les enquêtes coutumières révèlent encore les traces, car en multipliant le nombre de ses épouses, on augmente ses chances d'avoir une descendance plus nombreuse (60). Mais la polygamie est une institution cou-

signification. V. Tsimihety : enq. cout., Port-Bergé, p. 3 : « Le Malgache par le « Tanindrazana » entend le lieu d'origine de ses Ancêtres et le lieu où se trouve le tombeau familial. C'est ainsi que, bien qu'il soit installé dans une localité depuis plusieurs années, il en parle toujours et pense un jour y entrer définitivement, ce qui ne veut pas dire que c'est son lieu de résidence, celui-ci est en effet là où il réside habituellement et d'une manière continue ».

(56) On la compare aussi au nid d'où sort la couvée. V. doc. n° 145 (en provenance de Lokomby. Antaimoro), C.E.C. Fac. Droit et Sc. écon., Tananarive.

(57) Ce que l'on attend d'une épouse, c'est une postérité. V. RASAMUEL, p. 16. « Or donc, voici spécialement ce qui nous amène. Notre ami Ralaitafika accourt vers vous avec une ardeur impatiente, frappe à votre porte, désire entrer afin d'obtenir de vous, le plus excellent des biens, la postérité ; des bœufs, la richesse des maisons, ce sont choses qui passent ; les enfants, les descendants, voilà ce qui demeure et ce qu'il veut... »

(58) Mais il faut noter que la stérilité n'est pas une cause « légale » de répudiation ou de divorce à Madagascar. La femme stérile (fotsinanty) est cependant méprisée et elle ne tient dans son ménage qu'une place très effacée, elle y est simplement tolérée. V. notamment, enq. cout., groupe Mahafaly (canton et district de Betioky), p. 4 : « Lorsque l'épouse stérile se tient et travaille bien, on la garde comme épouse ; mais si elle a des défauts, nous n'hésitons pas à nous en séparer ». Sur les privilèges de la remianak (c'est-à-dire de la veuve qui a eu des enfants avec son mari), v., en ce qui concerne l'Imerina, G. JULIEN, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Paris, s.d., t. II, p. 213-219.

(59) A mon avis, la polygamie aurait été introduite à Madagascar par les peuplades islamisées se réclamant d'une origine arabe qui s'installèrent à des siècles d'intervalle, d'une part sur la Côte Nord-Ouest, d'autre part sur la Côte Sud-Est de Madagascar. Elle aurait été adoptée tout d'abord par les chefs politiques afin d'étendre leur autorité grâce à des alliances matrimoniales bien comprises et se serait ensuite répandue dans le peuple. V. notamment doc. n° 632 C.E.C. (en provenance d'Amorontsangana) et décrivant les mœurs et les coutumes Sakalava : « Plus tard, la mode s'étendait ; les princes puissants, les chefs des tribus, les personnages influents, riches et fiers de leurs richesses ou de leur faveur, se sentant capables d'élever la famille nombreuse la copièrent et la polygamie devint tolérée dans le Royaume ». En ce qui concerne la réglementation (tours de nuit, habitations séparées des diverses épouses, etc.), la polygamie à Madagascar ne se distinguait en rien de celle qui est pratiquée en pays musulmans.

(60) La polygamie offre au mari un second avantage : celui de lui procurer une main-d'œuvre supplémentaire et gratuite. V. notamment : Antankarana, enq. cout., rapp. synth. province Diégo-Suarez, p. 7 : « La pratique de la polygamie répond : 1° dans le cas d'une première épouse sans enfant, à un besoin de postérité sans rupture

teuse, il faut en effet subvenir à l'entretien de plusieurs femmes sans compter les cadeaux à offrir à la *vadibe* pour obtenir son consentement (61) aux autres mariages de son époux, aussi a-t-elle tendance à n'être pratiquée que par les chefs et les hommes fortunés. Et si l'on peut la considérer comme une manifestation du Droit commun coutumier, il faut bien reconnaître que les conditions économiques ont considérablement restreint son application.

Le culte des Ancêtres qui domine le Droit coutumier malgache introduit dans les différentes coutumes un certain nombre de principes identiques dont la réunion forme le fonds commun coutumier de Madagascar. A cet élément permettant d'envisager un droit unique des personnes s'ajoute un autre élément : l'influence du droit merina.

### B. — *L'influence du droit merina*

Au droit coutumier oral il est d'usage d'opposer le droit écrit de l'Imerina. Mieux connu que la coutume parce que de consultation aisée, consigné dans un ensemble de documents d'une authenticité vérifiée (62), le droit écrit de l'Imerina ne présente pas cependant l'importance que l'on veut bien lui reconnaître. Il se résume en une série de dispositions répressives (63) s'attachant à un certain nombre de « cas » (64) dont la sanction avait

avec cette dernière ; 2° à des nécessités économiques et sociales et à un sentiment de dignité personnelle de la part des riches paysans, des chefs de famille de clan ou de tribu. Les femmes constituent un appoint de bras dans les travaux agricoles et les soins du ménage qui revêtent chez les dites personnalités une importance particulière hors de proportion avec la puissance de travail d'une seule femme » ; Bara, enq. cout. poste administratif de Sakaraha, p. 9 : « ... elle est pratiquée pour double but : 1° dans le but de progresser sa situation de fortune (les femmes aident leur mari au travail : culture, élevage) ; 2° et aussi dans le but d'avoir des enfants qui hériteront les biens paternels (successoraux). Toutefois, la polygamie n'est pratiquée en général que par les hommes qui ont une bonne situation et une fortune importante, c'est-à-dire ceux qui ont la possibilité de nourrir et vêtir deux femmes ou plus ».

(61) Toute nouvelle union doit être généralement consentie par les épouses du polygame. Dans quelques ethnies (Antaimoro, Bara), le mari doit simplement informer ses épouses de son intention de prendre une nouvelle femme et leur préciser le montant de la compensation qu'elles recevront à cette occasion. Dans la plupart des ethnies, le mari doit solliciter l'accord de ses épouses et des discussions parfois orageuses et fort longues s'engagent alors entre les antagonistes pour débattre du montant de la compensation à donner et recevoir. Sur le taha, v. AUJAS, « Etudes sur les dommages-intérêts en droit malgache, Taha et onitra », in *Bull. Acad. Malg.*, t. VII, 1909, p. 65-73.

(62) Seule l'identité du législateur est parfois contestée. V. à ce propos, Rapp. synth. (ex. ronéoté), p. 10. Les différents codes ont été traduits, réunis et édités par G. JULIEN dans ses *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, t. I, p. 434 et s. Le Code de 1881 dit Code des 305 articles a été l'objet d'une édition bilingue annotée. V. E. THÉBAULT, *Code des 305 articles*, Tananarive, 1960.

(63) Si l'on débarrassait « les textes de toute cette gangue pénale, fiscale, administrative... » comme le suggère M. THÉBAULT, *op. cit.*, p. 1-2, il ne resterait plus rien des dispositions codifiées.

(64) L'attention du législateur est centré sur le *casus*. On ne peut suivre M. THÉBAULT (*op. cit.*, p. 2) dans une extrapolation qui paraît abusive. Ce n'est pas parce que la

jusqu'alors échappé à la coutume. En ce sens, ce que l'on appelle les « Codes malgaches » — bien que ne répondant pas à la définition du code tel que l'entend la doctrine moderne — (65) flanqués de deux documents législatifs de très grande importance : les Instructions aux Sakaizambohitra (1878) et les Règlement des Gouverneurs de l'Imerina (1889) complètent la coutume ; ils ne la remplacent pas. La coutume conserve la place principale, le droit écrit n'est, dans son ensemble, qu'un droit subsidiaire dont le caractère accessoire est d'ailleurs expressément reconnu dans l'une des dispositions essentielles de ce droit : l'article 263 du Code de 1884 (66). C'est là le premier aspect du droit écrit de l'Imerina.

Mais ce droit ne se borne pas à compléter la coutume, il la corrige. Sous ce second aspect, il porte abrogation d'usages coutumiers constamment suivis alors que l'article 263 maintient l'application de ces mêmes usages. Il y a là une contradiction flagrante que l'on relève notamment à propos de la polygamie, coutume bien observée donc relevant de l'article 263 et pourtant interdite par le même code dans son article 50 (67).

Le droit écrit offre enfin un troisième aspect : il est novateur. Il introduit à Madagascar des dispositions juridiques nouvelles, foncièrement étrangères à la coutume et probablement d'inspiration européenne, tels que l'établissement de l'état civil (68), l'introduction du divorce judiciaire (69). Il est alors permis de

vente est nulle dans le cas où le lambamena, objet de la vente, est dit de soie pure alors qu'il ne l'est pas (art. 133 c. 1881) que l'on doit généraliser et conclure que le législateur malgache établit le principe de la nullité des contrats pour cause de dol : « Mais l'interprète doit alors chercher, au-delà du cas concret : si la vente d'un lambamena est annulée par suite d'une duperie, d'un dol du vendeur, c'est donc que la loi malgache n'admet pas de pareilles tromperies ; il faut donc commencer par généraliser cette règle, par l'élever au rang de principe et de règle générale, par la synthétiser : de cet article 133 du Code des 305 articles, nous pouvons inclure que toute tromperie, tout dol dans un contrat vicie celui-ci et le rend nul : et, dès lors, nous trouverons en ce texte un principe analogue à celui que renferme l'article 1116 de notre Code civil. Travail d'induction, de généralisation, d'abord ; ensuite, travail de déduction et d'application ».

(65) Il sont « codes » à la manière du Code de Hammurabi ou des lois de Gortyne (à propos de ces lois, v. M. LEMOSSE, « Les lois de Gortyne et la notion de codification », in *R.I.D.A.*, 1957, p. 131 et s.). Sur l'histoire de la notion de Code v. V. PIANO MORTARI *V° Codice* (Storia), in *Enciclopedia del diritto*, VII, n° 1 et s., p. 228 et s. ; sur la notion de codification, v. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (2<sup>e</sup> éd., 1919), t. I, n° 36-38 ; 47-50 et 52-53, p. 72 et s.

(66) « Les lois et les coutumes anciennes et jusqu'à ce jour observées, alors même qu'elles ne figuraient pas parmi les présentes, restent en vigueur et doivent être appliquées à l'égal des lois écrites réunies dans le présent code » (Traduct. Julien).

(67) « La polygamie n'est pas tolérée dans le royaume ; ceux qui s'y livreront seront punis d'une amende de dix bœufs et de dix piastres ; s'ils ne peuvent payer, ils seront mis en prison à raison d'un sikajy par jour jusqu'à concurrence du montant de l'amende » (Traduct. Julien).

(68) V. article 34, 36, 46, 48 et 73-75 ; article 53, 108, 109, 229. Code 1881 : article 5, 11 et 12 R.G.M.

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

s'interroger sur la valeur de ce droit en sa forme novatrice, sur son application effective et sur sa réception par les usagers du droit. Seul un dépouillement systématique des archives judiciaires de la Monarchie malgache permettrait de résoudre ces questions qui, pour le moment restent sans réponse (70). Il serait bon pourtant d'être informé car, quels que soient les défauts qui l'entachent, le droit écrit de l'Imerina est le seul droit applicable en théorie à l'ensemble des sujets malgaches. Si l'article 263 du Code de 1881 autorise les tribus conquises par les armées merina à conserver leurs coutumes traditionnelles, de nombreuses dispositions puisées dans la gamme des codes étendent l'application du droit écrit à l'ensemble du territoire malgache (71). En pratique, ces dispositions ne furent guère observées en dehors des régions où l'autorité merina s'exerça effectivement. Mais, dans ces mêmes régions et parallèlement au droit écrit, comme dans d'autres régions moins directement liées à la Monarchie merina ou demeurées pratiquement indépendantes, la coutume merina eut une influence considérable. Ce fait pourrait être expliqué par l'existence du droit commun coutumier rendant les coutumes très proches les unes des autres et partant perméables à des influences réciproques ; alors que les dispositions nouvelles du droit écrit, heurtant les traditions ancestrales en raison de leur origine étrangère ne pouvaient être reçues (72). Cette hypothèse est fondée sur la constatation que la coutume merina a pénétré les coutumes ancestrales de plusieurs tribus, assurant la réception, par plusieurs coutumes, d'institutions juridiques que celles-ci ne connaissaient pas. Il est encore trop tôt pour donner ici les résultats d'ensemble d'une étude de l'influence merina dans le droit coutumier de

(70) V. la remarque faite à ce propos, in Rapp. synth. (ex. ronéoté), p. 12.

(71) Les premiers codes contiennent des dispositions expresses étendant leur application aux régions conquises par les armées merina. V. Code de 1828, disp. générale (JULIEN, *op. cit.*, I, p. 449-450) : « Telle est la législation qui régit les sujets dans la région centrale de l'île. Pour ce qui est des provinces dont l'administration vous est confiée, inspirez-vous en y apportant les tempéraments ci-après : ... En résumé, vous adopterez pour principe que les amendes à infliger aux justiciables des provinces doivent être réduites de moitié parce que vous faites encore dans ces régions œuvre de pacification et d'assimilation ». Disposition reprise intégralement dans le Code de 1862 *in fine* (JULIEN, *op. cit.*, t. I, p. 476-477) ; V. également article 66 du code de 1863 (*id.*, *ibid.*, p. 505) et article 4 *add.*, même code (*id.*, *ibid.*, p. 503). Dans les deux derniers codes, la pacification étant terminée le souverain légifère pour l'ensemble du royaume de Madagascar : v. disposition finale code de 1868 dit code des 101 articles (*id.*, *ibid.*, p. 533) et kabary de promulgation du code de 1881 dit code des 305 articles (*id.*, *ibid.*, p. 539) : « Voici les lois de mon royaume de Madagascar, je les ai codifiées afin qu'elles constituent pour vous une règle de conduite et que vous sachiez rester dans le devoir... ».

(72) L'examen des enquêtes coutumières menées par le ministère de la Justice en vue de la rédaction du Code civil prouve que l'état civil ne fonctionne guère en dehors de l'Imerina ; que la formalité de l'enregistrement du mariage notamment, requise à peine de nullité (V. art. 53, C. 1881), n'est pas encore admise par plusieurs ethnies ; que la répudiation unilatérale demeure de pratique courante.

Madagascar, mais nous avons choisi deux exemples, d'ailleurs bien connus, pour montrer l'action profonde du droit merina sur les autres droits coutumiers.

a) Dans les pays où la domination merina était effective, dans ces régions que M. Deschamps appelle les « pays d'administration quasi directe » (73) — groupe comprenant les Betsileo, les Sihanaka, les Bezanozano et une partie des Betsimisaraka — toutes les coutumes n'ont pas subi au même degré l'influence du droit merina. Cette influence est perceptible certes dans tout le groupe de coutumes, mais n'affecte celles-ci que très légèrement, à l'exception de la coutume betsileo qui a été fortement « mérisée » (74). Cette mérisation a été telle qu'il est devenu presque impossible de découvrir les coutumes originales du Betsileo. Il faut creuser profondément pour exhumer une institution survivante, assortie d'effets spéciaux au pays Betsileo. Il s'agit du fofom-bady, mariage de tous jeunes enfants conclu par les parents pour empêcher la division du patrimoine de la famille et pour s'assurer une postérité certaine. Ce genre de mariage est connu et pratiqué par plusieurs ethnies encore à l'heure actuelle (75) ; il existait dans l'ancienne coutume merina également (76) ; ce n'est donc pas un particularisme de la coutume betsileo. Mais il faut noter que, sans être formellement interdit en Imerina, il y fut exclu tacitement grâce aux dispositions du droit écrit exigeant le consentement des futurs époux à leur union (77). Il survécut cependant au Betsileo avec des effets très originaux et spéciaux à cette région. Ces effets se manifestent dans le cas où, arrivés à l'âge matrimonial, les jeunes gens refusent de s'épouser. Si l'opposition vient du garçon, celui-ci doit adopter le premier enfant que la jeune fille aura eu avant son mariage avec un autre homme. Cet enfant aura non seulement le droit d'hériter de son père adoptif, mais aussi celui d'être inhumé dans le tombeau de son père adoptif. Si le refus est opposé par la jeune fille et si

(73) V. H. DESCHAMPS, *Histoire de Madagascar*, Paris, 1960, p. 200.

(74) Cette « mérisation » de la coutume betsileo est parfaitement démontrée par H. RAHARIJAONA, *Droit civil malgache et coutume betsileo* (texte d'une communication à l'Académie Malgache, s.d.).

(75) Le mariage de deux jeunes enfants est en usage notamment chez les Bara où il porte le nom de valy-body (union sous tutelle). V. enq. cout. arrondissement administratif de Sakaraha, p. 9-10. A rapprocher l'union d'un homme d'âge mûr mais généralement riche (gros propriétaire de bœufs) avec une toute jeune fillette, connu sous le nom de sazo-zaza dans la coutume antaisaka. V. enq. cout. district de Vangaindrano, p. 11.

(76) V. à ce propos JULIEN, *op. cit.*, t. II, p. 194-195 et CAHUZAC, *op. cit.*, p. 141.

(77) Ceci résulte notamment de l'article 51 du Code de 1881 : « Le mariage ne pourra plus être le résultat de fiançailles forcées qui ne seraient pas au gré des futurs époux » (Traduct. Julien).

celle-ci se marie avec un autre homme, le jeune homme évincé a des droits sur les enfants nés de cette union. Il pourra prendre ces enfants et personne ne pourra l'en empêcher (78).

A l'exception donc de la survivance du fofom-bady et des effets particuliers qu'il crée, toutes les autres règles juridiques betsileo, en dehors de quelques points de détail, ont été abandonnées et remplacées par celles du droit merina.

b) Dans les pays que M. Deschamps appelle les « pays d'occupation et suzeraineté effective » (79) parce que des Gouverneurs merina y résidaient sans cependant avoir d'autres fonctions de celles d'arbitre et de chef militaire, les coutumes locales ont opposé beaucoup plus de résistance à la pénétration du droit merina. On peut citer pourtant plusieurs exemples de réception volontaire d'institutions merinas (80), mais l'on se limitera à un exemple caractéristique : celui de l'adoption merina reçue dans la coutume Tsimihety.

Les Tsimihety pratiquaient une forme d'adoption temporaire appelée « Mitariny » (81) qui consistait à élever un ou plusieurs enfants, en général orphelins d'un membre de la famille, jusqu'à ce que ces enfants soient en mesure de subvenir à leurs besoins. Le Mitariny suppose la réunion de plusieurs conditions :

En ce qui concerne les enfants adoptés, ceux-ci doivent être en bas âge.

En ce qui concerne l'adoptant, celui-ci doit être père de famille et il doit être lié à l'adopté par la parenté, ce qui sous-entend l'interdiction d'adopter des enfants étrangers à la famille.

Si l'on étudie maintenant les effets du Mitariny, on s'aperçoit que ceux-ci sont très différents de ceux produits par l'adoption. Le Mitariny ne crée pas les liens de parenté fictive qui s'établissent ordinairement entre l'adoptant et l'adopté. Ceci explique qu'en présence d'enfants légitimes, l'adopté n'a aucun droit sur la succession de l'adoptant, il n'hérite qu'en l'absence d'enfants légitimes.

A ce Mitariny, institution ancienne de leur coutume, les Tsimihety préfèrent l'adoption telle qu'elle est pratiquée en Imérina avec ses conditions ou plus exactement son absence de

(78) V. H. RAHARIJAONA, *op. cit.*, p. 37.

(79) H. DESCHAMPS, *op. cit.*, p. 37.

(80) Un exemple très récent est celui de la réception du kitay telo andalana en pays Sakalava. Nous développerons cet exemple dans un article, « Essai d'une typologie des régimes matrimoniaux dans les droits non merina », à paraître dans le premier numéro des *Cahiers du Centre d'études des Coutumes*. Fac. droit et sc. écon., Tananarive.

(81) Sur le Mitariny, v. MAGNES, *op. cit.*, p. 60-61.

conditions puisque n'importe qui peut adopter n'importe qui, mais qui a le mérite de donner à l'enfant adoptif les mêmes droits que ceux appartenant à l'enfant légitime, en l'absence de stipulations contraires (82). Il faut reconnaître que l'adoption merina était une institution plus commode et plus perfectionnée que le Mitariny, et c'est probablement ce qui explique sa réception par la coutume Tsimihety (83).

Ces deux exemples, celui de la coutume Betsimisaraka et celui du Mitariny, permettent d'avoir une idée approximative de l'extension du droit merina et de la profondeur de sa pénétration en pays coutumiers. Le droit merina a été très certainement l'un des éléments qui ont permis d'écarter les particularismes coutumiers, contribuant ainsi à l'élaboration, incomplète bien sûr, d'un droit unique des personnes.

\* \* \*

Un regard vers le passé, parfois si proche qu'il se veut présent, et l'on s'aperçoit qu'il existe à Madagascar des particularismes bien vivants, qui donnent une tournure originale au droit des personnes des diverses ethnies. Chaque groupe social a créé ses règles propres : il a fait son droit. Mais tous les groupes ont procédé à partir de fondements identiques, aussi les coutumes ne sont-elles pas étrangères les unes aux autres. Toutes appartiennent à la même famille, elles sont de même souche. Certes l'identité d'origine n'implique pas la similitude d'expression, mais si les traits diffèrent, l'allure générale, la silhouette ne varie pas. Il n'y a aucune opposition tranchée entre les différentes coutumes quant au fond, il n'y a que des nuances quant à la forme ; aussi les perspectives d'avenir sont-elles encourageantes. A condition de puiser sa substance au cœur même du vieil arbre et d'élaguer le feuillage superflu — ce qu'il fait —, le Code civil de Madagascar, tel que le banian, plongera lui aussi ses lianes dans le sol du pays, afin de perpétuer dans la splendeur de ses jeunes pousses à la croissance vigoureuse et sereine, un droit sans cesse renaissant mais perpétuellement adapté à l'évolution de la Grande Ile.

(82) Sur l'adoption en Imerina, v. CAHUZAC, *op. cit.*, p. 220 et s.

(83) C'est ce que pense MAGNES, *op. cit.*, p. 60.