

LES GRANDES TENDANCES DU DROIT DE LA FAMILLE A MADAGASCAR *

par

Michel PEDAMON,

*Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques
de l'Université de Madagascar.*

C'est un fait qu'au lendemain de l'Indépendance de nombreux pays d'Afrique et d'Asie ont entrepris la rénovation de leur droit de la famille (1).

Deux préoccupations majeures semblent avoir guidé les auteurs de ces réformes : d'une part la volonté de mettre fin à une diversité et à un morcellement juridiques souvent excessifs, d'autre part le souci de moderniser des structures familiales en partie dépassées et de les accorder aux impératifs du développement. L'assujettissement de la femme à l'intérieur du couple et le défaut de liberté matrimoniale n'ont-ils pas été présentés comme des obstacles sur la voie de l'expansion économique. M. Sauvy notamment en fait l'un des dix « tests » du sous-développement (2).

Ces mêmes préoccupations devaient, à son tour, inspirer le législateur de Madagascar. L'urgence d'un droit nouveau de la famille était d'autant plus ressentie que le régime antérieur à 1958 opérait sur ce terrain un partage décisif entre les citoyens soumis au statut moderne et les citoyens soumis au statut tra-

(*) Conférence prononcée par M. Michel PEDAMON, au cours du Colloque du Droit Malgache, le 20 octobre 1964.

(1) A titre d'exemples. — La Tunisie : décret du 13 août 1956 portant promulgation du Code du statut personnel et loi du 1^{er} août 1957 sur l'état civil (cf. R. JAMBU-MERLIN, *Le droit privé en Tunisie*, L.G.D.J., 1960, p. 235 et s.). — Le Maroc : Code du statut personnel promulgué entre le 22 novembre 1957 et le 3 avril 1958 (cf. A. COLOMER, *Droit musulman*, t. I : « Les personnes, la famille », Librairie de Médecis, 1963, p. 13 et s.). — Le Sud-Vietnam : Loi du 2 janvier 1959 portant Code de la famille (F. DERRIDA, « Un Code de la famille au Sud-Vietnam », in *Rev. int. dr. comp.*, 1961, p. 57 et s.).

(2) *Revue Population*, octobre-décembre 1951, p. 604 et *Théorie générale de la population*, P.U.F., 1952, t. 1, p. 241 ; également Claude LÉVY, « Les critères du sous-développement », in *le Tiers Monde, sous développement et développement*, ouvrage collectif dirigé par G. Balandier, P.U.F., 1956, p. 144.

ditionnel. A l'heure de l'indépendance, la République malgache ne pouvait tolérer ni consacrer une telle discrimination, incompatible avec le principe d'égalité affirmé par la Constitution et contraire à la volonté d'unité nationale (3). Il importait donc d'élaborer rapidement une législation uniforme, applicable à tous sans distinction de race, de caste ou d'un quelconque statut.

A la vérité l'entreprise n'allait pas sans difficultés. Quelles orientations fallait-il donner à cette législation ? Quelles grandes tendances convenait-il de lui assigner ?

Il faut se souvenir en effet qu'à la veille de la codification, deux conceptions de la famille coexistaient dans le droit positif et coexistent encore dans la société malgache : d'un côté la conception française d'une famille limitée aux époux et aux enfants, d'esprit communautaire sinon démocratique ; de l'autre la conception traditionnelle d'une famille étendue rassemblant tous les descendants d'un auteur commun, groupée autour d'un même tombeau et fortement hiérarchisée. Bien que son organisation varie selon les régions et relève davantage des mœurs que du droit pur, cette famille-là n'en présente pas moins un certain nombre de traits communs qui lui confèrent une physionomie juridique originale.

Partout l'autorité est exercée par l'aîné de la branche la plus ancienne, c'est-à-dire par celui qui, au cours d'une longue vie a accumulé sagesse et expérience, qui donc à ce titre est plus apte que quiconque à interpréter la volonté des défunts (4). Placé au sommet de la hiérarchie c'est à lui qu'il appartient de prendre toutes les décisions importantes, d'autoriser les mariages et les adoptions ou de prononcer la sanction du rejet contre celui qui a dérogé aux prescriptions coutumières.

Au sein du groupe familial les anciens d'ailleurs priment toujours les jeunes. La parenté est dite de type classificatoire. Chaque génération l'emporte sur la suivante et est investie de fonctions particulières (5).

Cette conception dont on pourrait trouver des équivalents dans d'autres pays, notamment au Sud-Vietnam (6), assure la cohésion de la famille et engendre cet esprit de solidarité qui en est si caractéristique. Elle permet de comprendre pourquoi le droit traditionnel attache moins d'importance que les sociétés occidentales à la dissolution du mariage, qu'elle qu'en soit la

(3) A. RAMANGASOAVINA, « Du droit coutumier aux codes modernes malgaches », in *Penant, Revue de droit des pays d'Afrique*, 1962, p. 327 et s.

(4) A. RAMANGASOAVINA, *op. cit.*, p. 342, P. CHEVALIER, « Introduction à l'étude du droit coutumier malgache », in *Annales malgaches*, Faculté de droit et des Sciences économiques, n° 1, 1963, p. 100 et s.

(5) H. DESCHAMPS, *Histoire de Madagascar*, 1960, p. 140.

(6) F. DERRIDA, *op. cit.*, p. 61.

forme, ou à l'adoption (7). De tels événements en effet ne bouleversent pas la pyramide familiale.

Tournée vers le passé, la famille malgache n'en est pas moins orientée vers la procréation des enfants. Le désir de se donner une descendance nombreuse est quasi-universel à Madagascar. Comme on l'a très justement souligné : « les enfants sont indispensables pour perpétuer le culte des ancêtres, ils sont pour les parents l'unique, l'indispensable garantie du bon accomplissement des rites funéraires qui après leur mort les feront pénétrer dans la société des mânes » (8).

Ainsi s'explique dans une large mesure la condition privilégiée qui est faite normalement à la femme à Madagascar. Parce qu'elle est source de vie, parce qu'elle perpétue la famille, elle est entourée d'un très grand respect et bien que subordonnée à l'homme elle ne lui a jamais été asservie (9). Pour la même raison, les coutumes orales aussi bien que les codes écrits de la Monarchie merina ne font qu'une place très restreinte aux problèmes de la filiation (9 bis). Quelle que soit son origine, l'enfant sera toujours le bienvenu, il représente une force nouvelle pour la grande famille, qui se chargera volontiers de son entretien et de son éducation. Dès lors les catégories du droit moderne apparaissent en ce domaine sans correspondance immédiate (10).

Ce schéma classique d'une famille traditionnelle, perpétuelle de son essence, repliée sur elle-même, assignant à chacun le rôle à jouer et la place à tenir (11) offrant à tous ses membres refuge et protection, et en définitive largement étrangère au droit, correspond pour l'essentiel à la réalité telle qu'elle est encore vécue à Madagascar.

A y regarder de plus près cependant, la réalité est plus complexe que ne pourrait le laisser croire une analyse purement statique. Divers facteurs d'importance inégale contribuent en effet et ont déjà contribué à son évolution.

Depuis soixante ans la société malgache est confrontée à la

(7) P. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 103.

(8) P. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 98.

(9) E.-P. THÉBAULT, « Cours de droit privé traditionnel malgache », in *Bulletin de Madagascar*, 1960, p. 111.

(9 bis) Les différents textes que l'on rassemble sous le nom de Codes de la Monarchie Merina (Codes de 1828, 1862, 1863, Code de 1868 dit Code des 101 articles, Code de 1881 dit Code des 305 articles, Instructions aux Sakaizambohitra [1878]) contenaient principalement des dispositions répressives, fiscales, administratives mais ils renfermaient aussi, surtout les plus récents, des règles de droit civil portant sur la famille et les obligations. Cf. A. ROUHETTE, *Le rôle des coutumes dans le droit des personnes*, *supra*, p. 52 et s.

(10) A. RAMANGASOAVINA, *op. cit.*, p. 343 et « Rapport de synthèse sur l'état des Personnes », in *Recueil des lois civiles*, Tananarive, Imprimerie nationale, 1964, t. 1, p. 61.

(11) H. RAHARIJANO, *La protection de l'enfant en droit traditionnel malgache*, Mémoire ronéoté, Tananarive, 1963, p. 27 et s. : « L'éducation et l'initiation aux coutumes ».

civilisation occidentale qui propose à ses élites, et plus encore à la jeunesse de ses villes, des modèles et des valeurs sensiblement différents de ceux qu'elles pratiquaient jusqu'alors (12). Depuis 1896 et jusqu'à l'indépendance, le recours au droit français est devenu de plus en plus fréquent, perturbant dans une large mesure les institutions coutumières et apportant avec lui des institutions nouvelles — telle la reconnaissance d'enfant naturel — qui n'avaient aucun équivalent dans la mentalité et le système traditionnels (13).

Plus profondément encore c'est l'influence du Christianisme qu'il faut souligner. Au fur et à mesure qu'il pénètre dans l'île, il a déployé son immense pouvoir de libération. Faut-il rappeler à cet égard la fameuse parole de l'Écriture : « L'homme quittera son père et sa mère pour s'attacher à sa femme et ils ne feront qu'une seule chair ». Une telle affirmation de l'indépendance du couple ne pouvait, à la longue, qu'affaiblir l'ancienne conception de la famille patriarcale !

Enfin, et sans prétendre être complet, on relèvera que les migrations internes, les progrès de l'économie monétaire, le passage de la propriété collective à la propriété individuelle (14), l'intervention croissante de l'État dans l'économie encouragent et favorisent l'autonomie de la « domus » (15).

À la faveur de toutes ces influences, on assiste à l'heure actuelle à une lente transformation de la famille étendue et à son morcellement (16). L'évolution qui s'opère sous nos yeux à Madagascar confirme cette loi de l'histoire que la famille étendue cède, tôt au tard, la place à la famille restreinte. Le phénomène d'ailleurs est plus urbain que rural et il varie d'intensité d'une région à l'autre.

En présence de ces données très complexes et très mouvantes qui suggéraient deux orientations différentes sinon opposées, quelle allait être l'attitude du législateur malgache ? Appelé à unifier le droit de la famille, chercherait-il à conserver ou à innover, à consacrer la tradition ou à la dépasser ? Serait-il accueillant aux grands courants contemporains qui prônent

(12) Rapport de l'A.C.I. malgache à l'Assemblée générale du M.I.A.M.S.I. (Rome, sept. 1964) : « Les rapports entre adultes et jeunes en milieu indépendant malgache », in *Journal Lumière*, 17 janvier 1965, p. 5 et s.

(13) A. RAMANGASOAVINA, *Du droit coutumier aux codes modernes malgaches*, *op. cit.*, p. 340. Conformément à l'article 116 du décret abrogé du 5 mai 1909, les juges pouvaient avoir recours au droit français considéré comme raison écrite lorsque les dispositions de la loi ou de la coutume malgache étaient insuffisantes ou inexistantes.

(14) X. BLANC-JOUVAN, « Les droits fonciers collectifs dans les coutumes malgaches », in *Rev. int. dr. comp.*, 1964, p. 335 et s.

(15) Comp. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz 1964 ; Les développements très intéressants du titre IV « Droits de l'Afrique et de Madagascar », p. 543 et s.

(16) A. RAMANGASOAVINA, Rapport de synthèse, *op. cit.*, p. 19.

l'émancipation de la femme, la promotion du couple, les droits de l'enfant ou leur serait-il au contraire hostile ?

Le choix ne manquait pas d'être délicat.

Le droit de la famille, on le sait met en cause des valeurs affectives, voire religieuses. Il est pénétré de morale et ne peut sans danger se dissocier des mœurs. En ce domaine les réformes gagnent à être abordées avec une grande prudence.

Sans doute, lorsqu'il est associé à une révolution politique, un ordre nouveau peut être brutalement substitué à l'ancien. L'histoire et le droit comparé nous en fournissent quelques exemples. Mais l'expérience prouve que ces bouleversements ou bien sont sans effet durable comme ce fut le cas en France des réformes du droit intermédiaire ou bien suscitent de graves résistances ainsi que devant en connaître la Turquie de 1925, lorsque Kemal Atatürk remplaça le Coran par le Code civil suisse (17).

Madagascar entendait légiférer dans un tout autre esprit, c'est-à-dire avec ordre et méthode. Aussi bien, en guise de préalable une enquête coutumière portant sur le statut personnel fut organisée dans toute l'île sauf dans la Province centrale de l'Imerina par le ministère de la Justice (18). Pour la même raison les autorités malgaches renoncèrent à cette précipitation dont certains législateurs étrangers n'ont pas su se garder et décidèrent de procéder par étapes (19).

Trois textes importants ont été promulgués au cours des dernières années : la loi du 9 octobre 1961 qui établit un nouveau régime d'état civil et fixe le cadre administratif de toute la législation familiale, l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 qui traite du mariage et du divorce, enfin la loi du 20 novembre 1963 qui est relative à la filiation, à l'adoption et au rejet (20). Quant aux régimes matrimoniaux et aux successions que l'on englobe couramment dans le droit de la famille, ils n'ont jusqu'à ce jour fait l'objet d'aucune réglementation.

Cette législation reste donc inachevée ; pourtant dès à présent elle manifeste des tendances fondamentales qui la ca-

(17) BENOIST-MÉCHIN, *Mustapha Kemal ou la Mort d'un Empire*, Albin Michel, 1964, p. 388 et s.

(18) Le 2 juin 1959, l'Assemblée Nationale législative, à la suite d'un long débat sur la codification des coutumes, adoptait la résolution suivante : « L'Assemblée Nationale législative demande 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 elles, afin d'aboutir à l'établissement d'une législation moderne, conforme à la volonté d'évolution et de progrès du peuple malgache » (A. RAMANGASOAVINA, Rapport de synthèse, *op. cit.*, p. 7).

(19) A. COLOMER, *op. cit.*, p. 13.

(20) Ces textes sont publiés au *Recueil des Lois civiles*, Tananarive, Imprimerie nationale, 1964, t. 1, p. 111 et s.

ractérisent d'une manière très nette et qui ne pourront être remises en cause.

A cet égard il faut souligner l'esprit de prudence et de mesure qui a présidé à la rédaction des textes récents. L'œuvre accomplie est dépourvue de tout systématisme. La volonté de progrès et de rénovation qui est sensible dans la plupart des dispositions légales ne s'affirme pleinement que là où l'évolution le permet. Chaque fois qu'il l'a pu cependant, le législateur est allé aussi loin que possible. Mais en contrepartie il a tenu à consacrer, quitte à les infléchir, les coutumes auxquelles les populations de l'île étaient le plus attachées.

Ainsi s'explique que l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 prévoit à Madagascar deux formes de mariages : le mariage célébré en mairie par l'officier d'état civil, le mariage célébré suivant les traditions. Cette deuxième forme de célébration est une consécration de la coutume ; ce n'est pas toutefois une consécration pure et simple, car les cérémonies doivent se dérouler en présence d'un agent de l'autorité et donner lieu dans les douze jours à un enregistrement à l'état civil. En outre, et l'innovation est elle aussi d'importance, une telle célébration ne revêt d'efficacité que dans les communes rurales (21).

Parallèlement, l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 a institué deux procédures de divorce correspondant à chacune de ces formes de mariage. Elle a créé de toutes pièces une juridiction traditionnelle, sorte de tribunal familial et local qui connaîtra normalement de la dissolution des unions coutumières enregistrées (22).

Cette juxtaposition d'institutions concurrentes n'est pas sans rappeler la dualité des mariages, *cum manu et sine manu*, du droit romain ou les deux modes de célébration retenues par le Code du statut personnel tunisien (23). Elle traduit, en tout cas, comme technique législative, le souci des pouvoirs publics de faire œuvre utile et de ménager les transitions.

D'une manière générale d'ailleurs il faut souligner que le législateur malgache a considérablement assoupli le formalisme qui, dans les droits occidentaux, entoure les principaux événements de la vie familiale. Dans le but de favoriser le recours à

(21) Article 31 : « En dehors des communes urbaines, le mariage peut être célébré suivant les traditions » ; article 32 : « L'accomplissement des cérémonies traditionnelles sera constaté dans un procès-verbal par un représentant de l'autorité désigné dans les conditions prévues par décret » ; article 35 : « Le représentant de l'autorité devra dans un délai de douze jours... remettre l'autre exemplaire (du procès-verbal) à l'officier d'état civil compétent... ».

(22) Chapitre IX : de la procédure de divorce (Section I : « Du divorce en cas de mariage célébré devant l'officier de l'état civil » ; Section II : « Du divorce en cas de mariage célébré selon les traditions »).

(23) R. JAMBU-MERLIN, *op. cit.*, p. 253.

l'état civil et aux procédures régulières qu'il instituait, il a supprimé, élagué tout ce qui n'apparaissait pas indispensable (24).

Mais sans doute n'est-ce pas là l'essentiel !

Sur le fond, sur les principes la volonté de progrès s'est manifestée avec plus de force. Le législateur a fait preuve de plus d'audace. Parce que les transformations en cours l'y invitaient implicitement, il a puisé davantage dans le droit moderne que dans le fonds coutumier, il est allé délibérément de l'avant. Les réformes qu'il a apportées au droit traditionnel de la famille s'ordonnent autour de deux idées principales, de deux thèmes fondamentaux : d'une part l'autonomie de la famille conjugale, la promotion du couple, d'autre part, la protection de l'enfant, la sauvegarde de ses intérêts.

Absorbés autrefois dans la grande famille qui leur offrait sécurité et protection en même temps que la solution de leurs problèmes, voici que le couple (I) et l'enfant (II) ont été tirés de l'ombre et qu'ils ont reçu un statut juridique propre.

Ayant fait l'objet de toutes les complaisances du législateur, ils devront tour à tour retenir notre attention.

I

LE COUPLE

Au regard du Droit malgache il n'est d'autre couple que légitime. La législation de la famille ignore délibérément l'union libre, si ce n'est de manière indirecte pour s'occuper des enfants qui en sont issus, comme elle ignore toutes les formes d'unions passagères pratiquées ici ou là et qualifiées dans certaines coutumes d'ailleurs en déclin, de mariage à l'essai, de mariage temporaire ou côtier (25).

Pour elle il n'existe qu'un seul, qu'un authentique mariage, défini comme « l'acte civil, public et solennel par lequel un homme et une femme libres de tout engagement antérieur établissent entre eux une union légale et durable... ». Ce mariage monogame (26) dont la gravité et le sérieux sont soulignés

(24) C'est ainsi, entre autres exemples, que l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 ne fixe et n'impose aucun lieu pour la célébration du mariage et dispense les futurs conjoints de toute publication préalable à la cérémonie. E.-P. THÉBAULT, *Traité de droit civil malgache moderne*, t. 1, fasc. 2, Librairie de Madagascar, 1964, p. 52 et s.

(25) P. FROTIER DE LA MESSELIÈRE, *Du mariage en droit malgache*, Paris, 1932, p. 125 et s., 189 et s. ; E.-P. THÉBAULT, *Traité de droit civil malgache : les lois et les coutumes hova*, Paris, 1951, p. 71 et s.

(26) Le texte complet de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 énonce : « Le mariage est l'acte civil public et solennel, par lequel un homme et une femme qui

à maintes reprises, est au cœur de la famille nouvelle, telle qu'elle est organisée par le législateur. En accord avec l'évolution qui tend à un fractionnement de la famille étendue — peut-être même en avance sur elle — la réglementation récente aboutit ainsi à consacrer la prééminence du couple, à assurer sa promotion.

Le phénomène se manifeste par un certain nombre de signes (A) et il entraîne des conséquences importantes (B).

A. — Les signes de cette promotion jalonnent l'existence du couple : sa formation, sa vie même, enfin sa dissolution.

a) Le couple, en voie de formation fait déjà l'objet des sollicitudes du législateur et il est protégé contre les empiètements de l'autorité familiale. Dans l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962, la liberté matrimoniale est exaltée comme un principe.

Désormais, pour contracter mariage, les majeurs n'ont besoin que de s'aimer ; ils n'ont besoin d'aucun consentement extérieur. En droit strict il peuvent s'unir sans informer leurs parents, sans leur demander conseil et même contre leur volonté déclarée (27).

La majorité matrimoniale dont la notion était inconnue du droit traditionnel a des effets absolus. Elle a d'ailleurs été fixée à 18 ans, alors que la majorité civile n'est acquise qu'à 21 ans.

C'est donc seulement au-dessous de 18 ans que l'intervention des familles redevient nécessaire. Encore a-t-elle été conçue de manière restrictive ! Le législateur malgache parle d'autorisation « du père ou de la mère ou à leur défaut de la personne, qui selon l'usage ou la loi, a autorité sur l'enfant » et non pas de consentement (28). Par là il veut signifier que les époux seuls, quel que soit leur âge, doivent consentir au mariage ; les parents se bornent, en cas de besoin, à l'autoriser. Au surplus, cette autorisation n'est requise que d'un seul d'entre eux. Il n'est pas indispensable que le père et la mère donnent un double assentiment au projet qui leur est soumis.

Sans doute on peut penser que dans la très grande majorité des hypothèses le conjoint mineur ne consultera que son père et qu'il ne tentera pas de passer outre son refus en sollicitant l'autorisation de la mère. Il reste que la loi en plaçant les deux auteurs sur un pied d'égalité — et le texte de l'article 5 nous semble commander cette interprétation — ouvre une option

ne sont engagés ni l'un ni l'autre dans les liens d'un précédent mariage établissent entre eux une union légale et durable dont les conditions de formation, les effets et la dissolution sont déterminés par le présent titre ».

(27) Comp. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Thémis, 1962, t. 1 (97) p. 322.

(28) E.-P. THÉBAULT, *Traité de droit civil malgache moderne, op. cit.*, n° 25, p. 41.

susceptible, à la longue, d'entraîner une transformation des mœurs (29).

Un autre domaine dans lequel on rencontre les mêmes préoccupations, est celui des oppositions à mariage. Cette forme indirecte d'intervention familiale peut être dangereuse pour la liberté des conjoints et c'est pourquoi elle a été enfermée dans des conditions rigoureuses (art. 16 à 28).

Parmi les ascendants, seuls le père, la mère ou à leur défaut la personne ayant autorité sur l'un des futurs époux sont admis à agir. En outre les motifs invoqués à l'appui de la démarche doivent être nécessairement tirés de l'existence d'une cause de nullité ou d'un empêchement prohibitif concernant l'union projetée. Ainsi il ne peut y avoir d'opposition arbitraire ou d'opposition reposant sur un motif illusoire, telles la différence de caste, la différence de race ou de nationalité qui ne constituent pas, comme on le sait, des obstacles légaux au mariage.

Enfin l'opposant doit, dans les huit jours, saisir le tribunal du lieu de célébration en vue de faire valider son opposition. Il y a là une différence très sensible avec le droit français qui laisse aux futurs conjoints le soin et la charge d'obtenir la main-levée en justice.

Il est clair que toute cette réglementation a pour but de sauvegarder au maximum le libre consentement des époux. Ce n'est pas que la loi malgache méconnaisse cette vérité exprimée dans un ouvrage récent par un philosophe de ce pays : « que toute la famille s'engage avec le conjoint dans cette aventure de la vie conjugale » (30). A Madagascar comme ailleurs, sans doute même plus qu'ailleurs, le mariage unit deux familles en même temps qu'il unit deux individus. Le vœu de la loi est donc que chacun des époux s'entoure des conseils de ses parents, s'en rapporte à la sagesse des siens, mais la volonté profonde du législateur est aussi que dans cet acte d'une exceptionnelle gravité, dans ce risque du mariage dont parlait Bernanos, la décision appartienne en définitive à celui qui assume la responsabilité de son existence et de son bonheur (31).

Ce même souci de la liberté matrimoniale justifie le silence de la loi au sujet des fiançailles. Jusqu'au dernier moment chacun doit être maître de son choix, chacun doit être libre

(29) L'article 5 dispose dans son alinéa 1^{er} : « L'enfant ne peut contracter mariage avant l'âge de dix-huit ans révolus sans l'autorisation de son père ou de sa mère, ou à leur défaut de la personne qui, selon l'usage ou la loi a autorité sur lui ».

(30) R. ANDRIAMANJATO, « Le Tsiny et le Tody dans la pensée malgache », *Présence Africaine*, Paris, 1957, p. 52.

(31) Comp. J. CARBONNIER, « Terre et Ciel dans le droit français du mariage », in *Etudes Ripert*, 1950, t. 1, p. 335.

de se lier. Seule une rupture abusive entraînerait condamnation de son auteur à des dommages-intérêts (32).

b) Une fois formé, le couple va vivre de sa vie propre. Au sens de la loi il constitue la véritable famille, celle dont le Préambule de la Constitution dit qu'elle est la base naturelle de la société humaine, et dont l'Etat, est-il précisé, entend protéger et encourager la cohésion. De fait, l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962, en son chapitre VII « des effets du mariage » lui donne une véritable charte, un statut très complet (33).

Les deux observations que suggère la lecture de ce texte semblent, à première vue, difficilement conciliables et caractérisées par une certaine ambiguïté. En réalité elles traduisent la tension — bien connue de la sociologie contemporaine — de deux tendances irréductibles, celle qui met l'accent sur l'identité des êtres au sein de la famille, celle qui souligne au contraire leur altérité (34).

En premier lieu on relève que les rapports entre époux ont été placés dans une large mesure, sous le signe de l'égalité. « Le mariage, proclame le législateur, ne porte pas atteinte à la capacité juridique des conjoints ». Alors que la femme française n'a été rétablie dans ses droits qu'en 1938, après une longue période d'assujettissement, voire même de servitude, la femme malgache n'en aura jamais été privée. La solution est conforme, comme nous le savons, sinon à toutes les coutumes malgaches, du moins aux tendances les plus profondes du droit traditionnel. Dans le même sens on constatera que chacun des époux peut donner à son conjoint mandat général ou particulier de le représenter, que le nom du mari n'est pas imposé à la femme, qu'enfin les devoirs attachés au mariage, ces devoirs qu'énumère sèchement la technique juridique mais qui sont tout pénétrés de morale : fidélité, secours, assistance, cohabitation, pèsent d'un même poids sur l'un et l'autre époux.

L'égalité à l'intérieur du couple apparaît donc comme l'une des revendications du droit malgache de la famille. Cette égalité, la chose va de soi, profitera principalement à la femme et l'aidera à consolider ses droits en même temps que son indépendance. Il n'y a là toutefois qu'un premier aspect des choses qui n'épuise pas le contenu de la loi.

Toute société, même restreinte, a besoin d'être organisée. Le législateur malgache ne l'a pas oublié. Et c'est pourquoi il a

(32) A. RAMANGASOAVINA, Rapport de synthèse, *op. cit.*, p. 39.

(33) Comp. René SAVATIER, « Destin du Code civil français », in *Rev. int. dr. comp.*, 1954, p. 655.

(34) J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, « Sociologie du droit de la famille », cours ronéoté, Paris, p. 207 et s.

réglementé la famille conjugale et il l'a réglementée dans un esprit communautaire, c'est-à-dire avec le souci d'assurer sa cohésion (35). Sans rouvrir la fameuse querelle de la personnalité morale, il l'a conçue comme un être propre, une entité distincte, au moins pour une part, des membres qui la composent.

A plusieurs reprises cette famille est envisagée globalement. Son intérêt propre est pris en considération, il entraîne des conséquences particulières. Chaque fois que l'exige l'intérêt de la famille, lit-on dans la loi, chaque époux pourra se faire habiliter par justice à représenter l'autre. Mieux encore, comme tout groupement, elle doit être pourvue d'une autorité.

Le pouvoir qui est ainsi reconnu à l'homme n'est d'ailleurs pas exclusif. La femme concourt avec lui à assumer la direction matérielle et morale de la famille. Pas davantage ce pouvoir n'est absolu. Beaucoup plus que d'un droit, il s'agit en réalité d'une fonction qui doit être remplie dans l'intérêt commun du ménage. Que si le mari s'en montre indigne, la femme sera appelée à en exercer les attributions (36).

La loi elle-même nous fournit une illustration de cette analyse. Selon l'article 55 le choix de la résidence commune appartient à l'homme en sa qualité de chef de famille. Toutefois, pour des motifs graves il est admis que la femme peut quitter temporairement le domicile conjugal pour aller demeurer chez ses parents, aux conditions prévues par la coutume. L'institution traditionnelle du *misintaka*, qui a été consacrée, tempère ainsi cette prérogative maritale et permet d'en écarter les abus. La rencontre du droit moderne et du droit coutumier s'opère en une harmonieuse synthèse (37).

Le souci du législateur de protéger la cohésion de la famille restreinte, du couple, résulte encore de plusieurs dispositions. L'une d'entre elles mérite une mention particulière, celle qui reconnaît à chaque époux le droit de faire tous les actes justifiés par les charges du mariage et qui les oblige solidairement à l'égard des tiers pour les dettes contractées à cet effet (art. 59). N'est-ce pas là la traduction sur le plan juridique de cette unité fondamentale du couple que la théologie chrétienne présente, à juste titre, comme un idéal !

Pourtant au nom même de cette théologie et de cet idéal, des

(35) Comp. René SAVATIER, « Destin du Code civil français », in *Rev. int. dr. comp.*, 1954, p. 655 ; égal. René SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, première série, 3^e éd. 1964, p. 153 et s.

(36) Comp. R. THÉRY, *Trois conceptions de la famille dans notre droit*, D., 1953, Chron., p. 48 et s.

(37) Sur le *misintaka* cf. FROTIER DE LA MESSELIÈRE, *op. cit.*, p. 294 et s. ; H. RAHARIJAONA, *La protection de l'enfant dans le droit traditionnel malgache*, *op. cit.*, p. 108.

critiques ont été récemment adressées à la loi du 20 novembre 1963, qui traite de la filiation (38).

Non pas certes que l'on conteste la présomption de paternité inscrite à l'article 3 et qu'elle bénéficie aussi bien aux enfants nés dans les 180 premiers jours du mariage qu'à ceux qui ont été conçus pendant l'union (39). Il est conforme à la dignité du mariage et à l'unité de la famille de ne pas faire de partage dans la descendance du couple, selon la date de la conception.

La critique en réalité porte sur un autre point, plus précisément sur l'article 22, alinéa 2. Ce texte (40) permet à un enfant adultérin a patre, né d'une femme non mariée de devenir légitime par entrée dans la famille de son père. Cette accession à la légitimité est subordonnée à trois conditions : une reconnaissance de paternité de la part de l'auteur, le concours personnel de la femme à cet acte de reconnaissance ou sa ratification expresse, enfin, si l'enfant est mineur, l'acquiescement de sa mère selon la nature à ladite reconnaissance.

Cette disposition a fait couler beaucoup d'encre. On lui a reproché de consacrer, voire même d'encourager la polygamie. On a pu écrire à son sujet : « Plus besoin de mariage à Madagascar... cette institution cesse d'être la base de la famille » (41).

Ce sont là, nous semble-t-il, des reproches démesurés, injustes et passionnels.

La polygamie est condamnée formellement par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 dont nous avons précédemment reproduit le texte. A son tour l'article 7 de la même ordonnance précise qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Ce n'est donc pas la disposition contestée dont l'objet est tout autre, qui pourra briser le principe monogamique dont s'inspire toute la législation malgache. Au surplus le raisonnement des censeurs présuppose un pouvoir illimité de la loi, une puissance absolue du texte auxquels le juriste soucieux de sociologie n'oserait souscrire sans réserve. Dans le domaine de la famille, des mœurs familiales, les choses sont beaucoup plus complexes.

Il reste cependant que l'article 22 peut présenter certains dan-

(38) Interview intitulée « C'est la consécration de la polygamie » et publiée dans le *Journal Lumière*, 12 avril 1964. V. la réponse du Ministre de la Justice dans le *Journal Lumière*, 18 mai 1964.

(39) L'article 3 de la loi du 20 novembre 1963 énonce dans son alinéa 1^{er} : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».

(40) Article 22, alinéa 1^{er} : « La reconnaissance de paternité faite pendant le mariage d'un enfant que le mari aurait eu durant ce mariage d'une femme non mariée a pour seul effet de créer à la charge du père, et au profit de l'enfant, une pension alimentaire.

Article 22, alinéa 2 : « Toutefois l'enfant sera considéré comme légitime si l'épouse concourt personnellement à l'acte de reconnaissance ou le ratifie expressément et par écrit, et si en outre, l'enfant étant mineur, la mère acquiesce dans la même forme à cette reconnaissance ».

(41) Interview précitée, *supra*, p. 11.

gers. Si l'épouse victime de l'infidélité accueillait en toute indépendance l'enfant adultérin dans son foyer, si elle acceptait sans contrainte aucune et par grandeur d'âme d'effacer la faute commise par le mari, alors la disposition n'appellerait aucune réserve. Bien mieux, en évitant le divorce, elle serait conforme à la morale du pardon et de la charité. Le risque justement est qu'il n'en soit pas ainsi ; que le mari pour amener sa femme à consentir, n'use et n'abuse de menaces, de moyens de pression, voire de contraintes. L'article 22, alinéa 2 pourrait à ce titre et peut donc engendrer de graves atteintes à la liberté de l'épouse. Il appartiendra aux tribunaux d'y veiller et en faisant appel à la théorie des vices du consentement de sauvegarder, en une matière aussi délicate, le pouvoir de décision de la femme.

Une seconde observation nous paraît nécessaire. S'il est vrai que dans certaines zones très limitées de Madagascar subsistent des formes résiduelles de polygamie, de facto et non pas de jure, l'article 22, alinéa 2 ne va-t-il pas contribuer à cristalliser cette situation ? En accordant aux enfants adultérins nés de la seconde épouse — de fait — les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, il risque, la chose n'est pas douteuse, de perturber la notion même de mariage, telle qu'elle découle de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962, en d'autres termes d'introduire un ferment de désordre au sein de la famille conjugale.

Le remède ici peut être trouvé dans la loi. La femme légitime qu'il conviendra d'instruire de ses droits n'a pas à supporter désormais ces atteintes à la foi jurée. Si dans le passé elle a pu les accepter par lassitude, le législateur lui donne aujourd'hui les moyens de faire cesser toute situation contraire au droit. En cas de besoin, elle pourra demander la dissolution du mariage.

c) La dissolution du couple, aussi paradoxale que la chose puisse paraître, est réglementée de manière à sauvegarder la cohésion de la famille, nouveau signe de sa promotion. En ce domaine, l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 marque un retrait, pour ne pas dire une rupture par rapport au régime antérieur. Il faut ici rappeler la célèbre formule d'Andrianampoinimerina : « le mariage est plutôt une ceinture qu'un nœud : on peut le défaire aisément, et quand l'harmonie a cessé de régner dans le ménage, c'est au mari qu'il appartient de remercier sa femme et de lui rendre son indépendance » (42). Sans doute les codes du XIX^e siècle ont apporté un frein à l'exercice de ce pou-

(42) V. le texte de ce kabary (discours) d'Andrianampoinimerina, dans l'ouvrage du R. P. CALLET, *Tantara ny Andriana eto Madagascar*, traduit par l'Académie Malgache, 1953-1958, t. IV, p. 480 et s.

voir (42 bis) ; il n'est pas douteux cependant qu'en droit traditionnel le lien matrimonial passait, à juste titre, pour fragile (43).

Aujourd'hui la loi entend faire du mariage une union stable et durable, capable de résister à l'épreuve du temps et de se prolonger jusqu'au terme de la mort. Certes à Madagascar il n'a jamais été envisagé de proclamer l'indissolubilité du mariage comme l'a fait au Vietnam le code de la famille de 1959 (44). Dans un pays marqué par le pluralisme confessionnel, où l'Etat s'affirme laïque et indépendant de tout culte, où la sécularisation du mariage est un principe traditionnel, le divorce ne peut être rayé d'un trait. Il apparaît comme une nécessité, disons plutôt comme un mal nécessaire (45) : selon le mot de Portalis : « il faut bien souffrir ce que la Providence souffre » (46). C'est pourquoi le législateur malgache a posé en la matière des règles assez strictes. Tout d'abord il maintient le principe du divorce judiciaire, ce qui exclut toute forme de répudiation unilatérale ; en second lieu il fait du divorce une sanction en même temps qu'un remède, la sanction d'une faute commise par l'un des conjoints contre l'autre et le remède à une situation définitivement compromise par cette faute. Selon l'article 66 de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962, l'action ne peut être introduite que si l'un des époux a gravement manqué « soit aux obligations résultant du mariage, soit aux règles traditionnelles déterminant les devoirs réciproques des époux et que ce manquement a rendu intolérable le maintien de la vie commune ». Ainsi se trouvent exclus le divorce par consentement mutuel et le divorce pour incompatibilité d'humeur ou pour aliénation mentale de l'un des conjoints.

Enfin, dans le but de préserver toutes les chances d'accommodement, la loi multiplie les tentatives de conciliation devant le conseil de famille, le *Fokon'olona* (46 bis), le tribunal. De même il laisse au juge le soin d'imposer aux conjoints un délai de réflexion et d'apaisement (six mois au maximum).

Si l'on peut regretter que le législateur n'ait fait aucune place à la séparation de corps, « ce divorce des catholiques », il faut reconnaître cependant que sa conception du divorce est singulièrement restrictive.

Il appartiendra aux tribunaux d'assurer le respect de ces intentions et de bannir du prétoire le simulacre des divorces

(42 bis) Cf. *supra* p. 61, note 9 bis.

(43) A. RAMANGASOAVINA, Rapport de synthèse, *op. cit.*, p. 58.

(44) F. DERRIDA, *op. cit.*, p. 67.

(45) Comp. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1 (127), p. 407.

(46) Cité par PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e éd., n° 85, p. 36.

(46 bis) Sur la définition du *Fokon'olona*, cf. J.-Cl. MAESTRE, *Le tombeau malgache et le droit public*, *infra*, p. 153, note 8.

d'accord. Il appartiendra à la Cour Suprême d'exercer un contrôle sévère sur toutes les notions dont elle a la garde.

Si la stabilité des familles devait être emportée par le flot des divorces, la promotion du couple dont nous venons de reconnaître les signes ne serait qu'un vain mot. Bien plus, elle deviendrait dangereuse puisque, dès à présent, le législateur en a tiré des conséquences importantes.

B. — Les conséquences attachées par la loi à la promotion du couple ne se manifestent que de manière incidente. Elles n'en ont pas moins une réalité très profonde puisqu'elles visent à réaliser l'équilibre entre d'une part la limitation du rôle dévolu à la grande famille et d'autre part l'accroissement des pouvoirs confiés au juge en ce domaine.

a) La grande famille n'a pas été oubliée ou négligée par le législateur malgache. Et bien que le droit des successions ne soit pas encore réglementé, sa réalité transparaît dans plusieurs dispositions récentes. L'existence d'une obligation alimentaire en ligne directe à tous les degrés en fournit une preuve éclatante (47).

Toutefois pour bien préciser les fonctions qui lui incombent actuellement, il n'est pas inutile de faire une comparaison tirée d'une théorie très en vogue aux Etats-Unis, la théorie des rôles que M. le Doyen Carbonnier a étudiée dans son cours de sociologie juridique (48). Certains psychosociologues américains analysent les rapports de famille sur le modèle de ceux qui se nouent entre les acteurs d'une même pièce. Au théâtre de la famille, disent-ils chacun joue son rôle selon la place qui lui revient dans le drame.

A ce titre-là il n'est pas douteux qu'en droit malgache le couple occupe le devant de la scène tandis que la grande famille se borne à jouer les seconds rôles. Si ses représentants font plus que de la figuration, ils n'échangent cependant que de brèves répliques en l'absence des héros de la pièce.

De fait, la grande famille ne recouvre de fonctions actives qu'autant que le couple s'est précédemment disloqué ou évanoui. Qu'il s'agisse d'autorisation ou d'opposition à mariage, de reconnaissance de paternité ou de tutelle, c'est toujours à défaut des père et mère qu'elle est appelée à intervenir. Son intervention d'ailleurs ne revêt pas une forme collective, elle reste en principe le fait d'une personne. La décision appartient

(47) De même que les empêchements à mariage résultant de la parenté ou de l'alliance qui obéissent selon l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 aux règles coutumières.

(48) *Sociologie juridique*, « Sociologie de la famille », cours ronéoté, p. 212 et s.

essentiellement à « celui qui, selon l'usage ou la loi, exerce l'autorité » au sein du groupe. Par cette formule (49) le législateur a consacré le principe hiérarchique qui domine l'organisation de la grande famille et il a consacré les pouvoirs de son chef.

Une question cependant mérite examen. Le concept d'autorité qui est utilisé dans les textes soulève chez l'interprète quelque perplexité. Sans nul doute il se confond avec la puissance paternelle ou une notion équivalente lorsque la personne à autoriser ou à protéger est encore mineure. Mais dans deux dispositions légales : l'article 16 de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 et l'article 18 de la loi du 20 novembre 1963, il apparaît que cette autorité, justifiant l'intervention du chef de la grande famille, s'exerce ou peut s'exercer sur des majeurs (50).

Quel est alors le contenu de la notion ?

Est-il moral ou juridique ? Désigne-t-il simplement le devoir de respect et de piété filiale dont tous les enfants, quel que soit leur âge, sont tenus envers leurs parents ou bien recouvre-t-il un véritable pouvoir de commandement dont l'ascendant resterait titulaire au delà même de la majorité de ses enfants ?

Si cette seconde interprétation devait prévaloir, c'est l'esprit général de la législation qui serait remis en cause, c'est son équilibre même qui serait compromis. Il faudrait en conclure que la grande famille continue de vivre, sur le plan juridique, d'une vie très intense et qu'elle conserve comme par le passé toutes ses prérogatives et tous ses attributs.

En réalité, l'ensemble des textes écartent cette analyse. A travers le droit malgache la grande famille, et c'est là toute la noblesse de sa tâche, apparaît comme une structure de réserve, une zone de secours entourant la famille restreinte et palliant ses défaillances. Son rôle par conséquent n'est que second. Le législateur en a d'ailleurs tenu compte puisqu'il a organisé dans le domaine qui nous occupe, un contrôle judiciaire qui sans cela perdrait sa raison d'être.

b) L'intervention du pouvoir judiciaire est, elle aussi, une conséquence de la promotion du couple. Dans toute vie de mé-

(49) Cf. articles 5, 16, ordonnance du 1^{er} octobre 1962 ; articles 18, 95, loi du 20 novembre 1963.

(50) Article 16, ordonnance du 1^{er} octobre 1962 : « Le père, la mère ou à leur défaut la personne ayant autorité sur l'un ou l'autre époux, ainsi que la personne déjà engagée par mariage avec l'un de ceux-ci, peuvent former opposition à la célébration du mariage si les conditions et formalités prescrites par la loi sont enfreintes ou éludées ».

Article 18, loi du 20 novembre 1963 : « Pendant la minorité de l'enfant et si le père est décédé ou hors d'état de manifester sa volonté, la reconnaissance peut être faite par l'ascendant qui, selon la loi ou les usages, exerçait ou exerce l'autorité sur le père sous réserve de l'accord préalable de quatre membres de la famille désignés selon les coutumes.

nage, il y a des printemps et des automnes, des larmes et des rires, des crises et des apaisements !

Le législateur a confié au juge le soin d'agir dans les périodes de trouble intense et de prendre les mesures nécessaires soit pour trancher les conflits soit, mieux encore, pour les apaiser.

Ainsi s'explique qu'en cas de défaillance ou d'incapacité d'un époux, son conjoint puisse se faire habilitier par justice à le représenter, que les obligations découlant du mariage et notamment celle de contribuer aux charges de la famille puissent être ramenées à exécution par le tribunal, qu'enfin l'indignité, l'incapacité ou l'empêchement du mari transfèrent à la femme, sous le contrôle du juge, les attributions du chef de famille.

Ainsi s'explique également que la procédure du divorce soit nécessairement précédée d'une tentative de conciliation devant le président du tribunal et qu'en cas d'échec un délai de réflexion puisse être imposé aux parties avant que l'irréparable ne se produise.

Ce ne sont là que des exemples, mais qui servent à illustrer un principe. D'une manière générale on peut dire que chaque fois qu'un problème se pose entre les époux, c'est aux juges qu'il appartient de le résoudre. Et c'est pourquoi, malgré le silence de la loi, il semble qu'une femme qui écarterait la solution du *misintaka* pourrait être autorisée à résider séparément, si le domicile choisi par le mari présentait pour elle ou ses enfants des dangers d'ordre physique ou moral (51).

La mission des tribunaux de l'ordre judiciaire a donc une portée très vaste. Il est inutile d'en souligner l'importance primordiale. Dans le régime nouveau, les juges sont devenus les protecteurs et les garants de la paix des familles.

A tel point d'ailleurs que certaines actions relatives à la filiation peuvent être paralysées pour ce motif-là. L'exercice de l'action en contestation de filiation maternelle est subordonnée à l'autorisation préalable du président du tribunal (52). De même l'action en déclaration de paternité doit être précédée d'une tentative de conciliation entre le demandeur et le défendeur.

Le repos des familles peut donc battre en brèche l'intérêt de

(51) Dans l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 il n'y a pas de disposition comparable à l'article 215, alinéa 2 du Code civil français ; comp. E.-P. THÉBAULT, *Traité de droit civil malgache moderne*, t. 1, fasc. 2, n° 126, p. 132.

(52) Article 40, loi du 20 novembre 1963 : « L'action en contestation de filiation maternelle, lorsqu'elle n'est pas exercée par le Ministère public est subordonnée à l'autorisation préalable du président du tribunal du domicile de l'enfant qui apprécie s'il existe des indices et présomptions suffisants pouvant justifier la demande... ».

l'enfant, les situations acquises l'emporter sur les droits en formation.

La solution toutefois ne présente qu'un caractère exceptionnel. Les textes récents attachent un trop grand prix à la protection de l'enfant, à la sauvegarde de ses intérêts pour en accepter volontiers le sacrifice. C'est là d'ailleurs le second thème fondamental du droit de la famille à Madagascar.

II

L'ENFANT

Le xx^e siècle, nous dit-on, est celui de l'enfant (53). De toutes parts on célèbre son innocence, ses mérites, les promesses et les espoirs dont il est chargé. Ce courant universel dont on observe les signes en tous les points du globe rejoint les aspirations les plus profondes de la civilisation malgache. Les innombrables proverbes qui, dans la sagesse du pays, exaltent la fécondité et la naissance en portent témoignage, s'il en était besoin (54).

C'est pourquoi le législateur soucieux d'adapter la condition de l'enfant aux mutations de la vie sociale et aux structures familiales nouvellement définies a pris sans peine des options décisives en ce domaine ; la loi du 9 octobre 1961 avait tracé le sillon, l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 et surtout la loi du 20 novembre 1963 s'y sont résolument engagées.

Certes le statut juridique de l'enfant est encore incomplet. La matière des successions qui projette sur le terrain du droit patrimonial les liens de parenté n'a fait jusqu'à ce jour l'objet d'aucune disposition. Dès à présent cependant c'est bien l'intérêt de l'enfant qui constitue le critère principal, le fondement essentiel de toutes les règles qui lui sont consacrées (55). La proposition mérite d'être éprouvée, quel que soit l'objet de ces règles, qu'elles traitent de l'établissement de la filiation (A) ou des droits qui sont d'ores et déjà reconnus à l'enfant (B).

A. — L'établissement de la filiation devient une nécessité absolue dans un monde en pleine transformation comme la

(53) J. CARBONNIER, *Terre et Ciel dans le droit français du mariage*, op. cit., p. 335.

(54) Ohabolana ou proverbes malgaches, réunis et classés par le Rév. J. A. HOULDER, traduits et annotés en français par M. H. Noyer, Imprimerie Luthérienne, Tananarive, 1960, p. 160 et s.

(55) En matière pénale la protection de l'enfant est réglementée par l'ordonnance n° 62-038 du 19 septembre 1962 (*J.O.R.M.*, 28 sept. 1962, p. 1988).

société malgache. Les cadres traditionnels cessant en partie de jouer leur rôle, la grande famille ayant tendance à se disloquer, il importe que chacun puisse connaître — au sens juridique du terme — son père et sa mère. Telle est la conception du législateur malgache qui, pour satisfaire à cette exigence, s'est inspiré principalement de techniques modernes, tout en consacrant certaines solutions coutumières. Et afin que les dispositions légales trouvent un écho dans la pratique, il a pris soin d'assouplir et d'alléger le formalisme qui bien souvent encombre la matière dans les droits occidentaux. Les facilités de preuve qu'il a admises ne vont pas d'ailleurs sans une faveur indiscutable pour la légitimité.

a) les facilités de preuve concernent tout d'abord la filiation maternelle. Elle résulte, nous dit l'article 1 de la loi du 20 novembre 1963 — non sans que la formule ne soit discutable sur le plan technique — du fait de l'accouchement et elle se prouve, précisent les articles 33 et 34, par l'acte de naissance ou la possession d'état. Il n'y a pas lieu de prendre en considération la qualité de l'enfant. A la différence du droit français, le droit positif malgache, qui reproduit ici la coutume, n'exige pas une reconnaissance pour faire titre de la filiation hors mariage du côté maternel (56). Par là il rejoint une vérité de bon sens exprimée jadis par les Romains « *mater semper certa est* » et la conception du Code civil allemand.

Les mêmes facilités de preuve se retrouvent du côté paternel. Ainsi le législateur a créé deux présomptions de paternité, l'une en faveur des enfants nés et conçus pendant le mariage, l'autre en faveur des enfants issus d'une union célébrée selon les coutumes mais non enregistrée (57). L'article 4 de la loi du 20 novembre 1963 fait pendant à l'article 3. Une fois de plus on a vu dans cette disposition la négation de la famille et le « crépuscule du mariage ». Plus besoin de passer devant l'officier d'état civil, a-t-on dit, puisque toute union, qu'elle ait ou reçu le sceau de la loi, est source de légitimité (58).

Cette analyse relève d'une grave confusion et elle est pour le moins prématurée. Autre chose est l'établissement de la filiation, autre chose le statut juridique de l'enfant. La présomption de l'article 4 se borne à enregistrer, sur le terrain de la preuve, une probabilité : à savoir que l'enfant né d'une union coutu-

(56) Cf. Exposé des motifs de la loi du 20 novembre 1963, in *Recueil des lois civiles*, p. 156.

(57) Article 4, loi du 20 novembre 1963 : « L'enfant conçu ou né durant une union célébrée selon les coutumes mais non enregistrée a pour père l'homme engagé dans cette union ».

(58) Cf. Interview précitée in *Journal Lumière*, 12 avril 1964.

mière a bien pour auteur, l'homme engagé dans cette union. Elle ne préjuge en rien des droits successoraux qui lui seront reconnus en présence d'un enfant légitime. C'est seulement à ce niveau que l'assimilation serait dangereuse et qu'elle porterait atteinte à l'institution du mariage (59). Au surplus la disposition légale n'a sans doute qu'une valeur provisoire ; elle a pour but de ménager les transitions en attendant que les règles concernant l'état civil reçoivent pleine application.

Mais le libéralisme du législateur ne s'arrête pas là ; il trouve son terrain d'élection dans le domaine de la paternité hors mariage, entendue *stricto sensu*, c'est-à-dire en l'absence de tout lien matrimonial ou coutumier. Jadis le droit écrit merina prohibait l'établissement d'une telle filiation (60). L'interdiction qui n'était atténuée que par le jeu de l'adoption, avait sans doute déteint sur les coutumes orales. Elle a été délibérément abandonnée par la loi du 20 novembre 1963. Deux modes de preuve sont admis désormais dans le droit malgache : la reconnaissance de paternité, la déclaration judiciaire de paternité.

Le premier d'entre-eux est soumis à une procédure très simple : la reconnaissance peut avoir lieu aussi bien devant l'officier d'état civil que par acte authentique ou authentifié ou encore par testament. Si, en temps normal, elle est l'œuvre du père ou de son fondé de pouvoir car il s'agit d'un acte éminemment personnel, elle peut après son décès émaner de celui qui « selon la loi ou les usages » exerçait l'autorité sur le père. Cette reconnaissance posthume manifeste la présence de la grande famille dans le domaine de la filiation (61).

Quant à la déclaration judiciaire de paternité, la loi l'entoure de précautions de forme et de fond. L'action ne peut être intentée que dans trois cas déterminés — à la vérité assez larges — ; elle peut être paralysée par des fins de non-recevoir ; enfin son exercice doit satisfaire à des conditions bien précises (62). La place qui lui est faite toutefois marque une rupture

(59) Comp. A. RAMANGASOAVINA, Rapport de synthèse, *op. cit.*, p. 62.

(60) H. RAHARIJAONA, *op. cit.*, p. 68 et s.

(61) V. le texte de l'article 18, loi du 20 novembre 1963, *supra*, p. 74, note 50.

(62) Article 23 : « Lorsque la filiation hors mariage n'a pas été établie conformément aux règles précédentes, ou lorsque l'enfant a été désavoué, la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée dans le cas : 1° où le père prétendu a séduit la mère à l'aide de manœuvres trompeuses, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles ; 2° où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père ; 3° où la preuve est rapportée que le père prétendu a eu commerce habituel avec la mère pendant la période légale de la conception ».

Article 24 : « L'action en recherche de paternité n'est pas recevable : 1° si elle a pour effet d'établir une filiation prohibée par la loi ; 2° s'il est établi que, pendant la période légale de la conception, la mère était d'une inconduite notoire ou a eu commerce habituel avec un autre individu ; 3° si le père prétendu était pendant cette même période, soit pour cause d'éloignement, soit pour toute autre cause établie de façon certaine, dans l'impossibilité d'être le père de l'enfant ».

avec le droit traditionnel écrit, qui ignorait jusqu'à son existence. L'intérêt de l'enfant prévaut sur la tranquillité des pères et sur leur égoïsme.

Ce même intérêt justifie tout le cortège d'actions en réclamation et en contestation d'état que le législateur malgache a consacrées (63) ainsi que les solutions qu'il apporte aux conflits éventuels de filiation. En ce domaine très délicat deux modes de règlement ont été définis par la loi qui s'inspirent, l'un et l'autre, du même souci de protection.

Dans un premier temps il s'agit de prévenir les querelles inopportunes et d'éviter que l'enfant ne devienne l'enjeu d'un débat en justice. Lorsque deux présomptions de paternité se font concurrence, déclare l'article 46, l'enfant sera rattaché à celui des « pères » qui vivait avec la mère au moment de la naissance ; et en présence de plusieurs reconnaissances de paternité, nous dit l'article 47, la première en date l'emportera sur les autres. Telle est la solution pacifique qui a été imaginée pour mettre un terme à une situation aussi anormale.

Mais si le conflit dégénère, s'il devient litige, contestation, la loi s'en remet alors à la sagesse des tribunaux et à leur appréciation souveraine. Elle leur confie le soin de déterminer la paternité en fonction de « l'intérêt de l'enfant » (art. 48). Le même principe se retrouve donc, une fois encore, à travers les dispositions légales. Il explique également la faveur du droit malgache pour la légitimité.

b) Bien que la loi du 20 novembre 1963 n'ait pas souligné le particularisme de la filiation légitime et notamment son indivisibilité, il n'est pas douteux cependant qu'elle lui réserve ses faveurs.

Le régime de l'action en désaveu en offre la première illustration. Dans la pensée du législateur, cette action est une voie rigoureusement exceptionnelle qui ne permet au mari de la mère de s'affranchir de la présomption de paternité que dans des cas très rares (impossibilité physique de procréer ; recel de la grossesse ou de la naissance) et à des conditions de procédure strictement définies. Si ces mêmes conditions s'appliquent à l'homme engagé dans une union coutumière, en revanche la preuve de sa non-paternité est libre. L'article 12 signifie en clair qu'il n'est pas obligé de couler sa démonstration dans un moule légal (64). La rigueur qui pèse ainsi d'une manière exclusive

(63) Chapitre II de la loi du 20 novembre 1963 : « Des preuves de la filiation et des actions d'état ».

(64) Article 12 : « Dans le cas de l'article 4, le père présumé peut aussi désavouer l'enfant lorsque, par le comportement de la mère, les caractères physiques de l'enfant ou par tous autres indices ou faits constants et notoires, il rapporte la preuve certaine qu'il n'en est pas le père ».

sur le mari constitue un hommage indirect au mariage et à la légitimité.

Dans le même sens il faut relever que le législateur malgache a créé de toutes pièces, à côté de l'adoption traditionnelle (65), une adoption judiciaire. Cette institution nouvelle a pour résultat de conférer à l'adopté la qualité d'enfant légitime. L'effet d'imitation est poussé si loin que l'intéressé cesse d'appartenir à sa famille d'origine. La légitimité, et c'est encore une manière de la servir, ne souffre pas de partage.

Enfin l'article 7 de la loi du 20 novembre 1963, dont la rédaction n'est pas sans soulever de délicats problèmes d'interprétation (66), ouvre largement la voie à la légitimation. L'opération procède du mariage et exclusivement du mariage subséquent. Mais parce qu'elle était ardemment désirée de la population, elle a été réglemantée avec souplesse. Les cinq catégories d'enfants susceptibles d'en bénéficier peuvent être regroupés en deux séries selon la qualité de leur filiation.

S'agit-il d'un enfant dont la naissance n'est pas entachée du vice d'adultérinité, il deviendra légitime soit par le mariage de ses auteurs, soit par le mariage de l'un de ses deux auteurs avec une tierce personne.

S'agit-il au contraire d'un enfant adultérin, il ne sera légitimé que par le mariage de ses père et mère.

Dans certains cas il apparaît ainsi que la loi couvre délibérément des légitimations de complaisance. L'institution n'a pas seulement pour but de régulariser une filiation par le sang, irrégulière à l'origine, elle vise également à donner une famille légitime à ceux qui n'en ont pas ou ne pourraient en avoir (67). Par faveur pour la légitimité, le législateur sacrifie donc la réalité biologique au pouvoir de la volonté.

Dans le même but il se montre accueillant — trop accueillant

(65) H. RAHARIJAONA, *op. cit.*, p. 77 et s.

(66) Article 7 : « Sont réputés légitimes dans les cas ci-après, à compter de l'acte qui leur confère cette qualité :

1° L'enfant né hors mariage dont le père et la mère se marient lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un et de l'autre époux ;

2° L'enfant reconnu par le mari et né avant le mariage d'une femme non mariée lorsque l'épouse concourt personnellement à l'acte de reconnaissance ou le ratifie expressément et par acte écrit ;

3° L'enfant né avant le mariage de sa mère d'un homme non marié lorsque le mari déclare expressément et par écrit le considérer comme sien ;

4° L'enfant désavoué par le mari lorsque la mère se remarie avec le père ;

5° L'enfant né du mari, pendant son mariage, d'une femme non-mariée lorsque l'ayant reconnu, il épouse la mère après la dissolution du mariage.

Si l'enfant désigné au 2° et 3° du présent article est mineur et si sa mère ou son père est encore en vie, le consentement de l'un ou de l'autre à la reconnaissance ou à la ratification est légalement requis.

(67) Comp. P. RAYNAUD, « L'évolution de la légitimation », in *Etudes Ripert*, t. 1, p. 432.

peut-être — à la légitimation des adultérins. Ce faisant, il risque en effet de donner une impulsion au divorce et de vider d'une grande partie de son contenu la prohibition légale d'établir — sauf à des fins alimentaires — une filiation adultérine a patre.

Pourtant, à l'heure actuelle, les droits reconnus à l'enfant sont pratiquement indépendants de la nature de sa filiation. Il est vrai que la situation ne manquera pas de se transformer.

B. — Les droits de l'enfant n'ont pas encore été pleinement définis. Son statut est incomplet et le régime de la tutelle qui assure au père une large prépondérance, en conformité avec les tendances patriarcales du droit traditionnel, ce régime-là n'est que transitoire (68). Dès à présent cependant, dans le souci de sauvegarder ses intérêts, le législateur attribue à l'enfant un certain nombre de droits : deux d'entre-eux présentent une grande importance : le droit de l'enfant à son entretien, le droit de l'enfant à sa filiation.

a) A la vérité, aucun texte n'affirme de manière générale le droit de l'enfant à son entretien. Seules des dispositions particulières en font application ici ou là et encore en font-elles application sous des formes différentes. L'article 62 de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 rattache l'institution au mariage : « les époux, déclare-t-il, contractent ensemble par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever et instruire leurs enfants » ; tandis que les articles 22 et 29 de la loi du 20 novembre 1963 accordent des aliments à l'enfant adultérin contre son seul auteur paternel (69).

Il n'est pas douteux cependant que de ces textes isolés, dispersés, incomplets, on peut faire jaillir un principe, qui permettra de combler les silences et les lacunes de la loi.

A Madagascar, pays de civilisation chrétienne, la maxime « qui fait l'enfant doit le nourrir » doit être considérée comme une règle de droit positif. Elle trouve d'ailleurs son fondement

(68) Article 93 : « La tutelle a pour but la protection de l'enfant mineur et l'administration de ses biens. Elle est exercée par un tuteur ».

Article 94 : « La tutelle est exercée :

1° du vivant des parents, par le père ;

2° si le père est décédé ou hors d'état de manifester sa volonté, par la mère ;

3° en cas de divorce, par celui des parents auquel est confiée la garde de l'enfant.

Article 95 : « Lorsque les père et mère sont décédés ou hors d'état de manifester leur volonté, la tutelle est exercée par la personne qui, selon la loi ou la coutume, a autorité sur le mineur ».

(69) Cf. texte article 22, *supra*, p. 70, note 40.

Article 29 : « L'enfant désigné à l'article 22, lorsqu'il n'est pas reconnu par le père peut néanmoins, en démontrant la paternité de ce dernier, lui réclamer des aliments, sans que l'action ait pour effet d'établir légalement un lien de filiation ».

dans le Préambule de la Constitution qui déclare en deux formules énergiques : « Les parents ont le droit et le devoir d'élever leurs enfants en leur assurant la meilleure formation morale, physique et intellectuelle — Tout enfant a droit à l'éducation et à l'instruction. Celles-ci sont assurées par les parents et par les maîtres choisis par eux ». Les exigences de l'ordre social rejoignent ici les impératifs de la morale naturelle.

Au surplus toute discrimination est étrangère à l'esprit du système juridique malgache (70). Devant la justice et le droit, l'enfant est l'égal de l'enfant. On ne peut admettre avec l'avocat général Séguier de l'Ancien Régime français que « le frein le plus puissant aux conjonctions illégitimes consiste à flétrir les enfants qui en sont le fruit » (71). A chacun d'entre-eux doivent être donnés les moyens de vivre et de se former.

Pour toutes ces raisons, il apparaît que l'obligation d'entretien n'est pas limitée à la filiation légitime que vise l'article 62 mais qu'elle concerne en réalité tous les enfants, aussi bien ceux qui sont nés d'une union coutumière ou hors mariage que les enfants adoptifs, adultérins ou incestueux (72).

Et afin que l'obligation pèse d'un même poids sur les deux auteurs, il est indispensable, en cas de naissance illégitime, qu'elle ne soit pas liée étroitement à l'établissement préalable du lien de filiation paternelle. S'il en allait autrement, la charge des enfants nés hors mariage ou contre les règles du mariage continuerait à être inégalement répartie. Elle retomberait à titre principal sur la mère pour n'atteindre que rarement le père, beaucoup moins vulnérable au regard de la loi de 1963. Il faut donc souhaiter qu'à l'imitation de la Jurisprudence française antérieure à 1912 et à 1955, la Jurisprudence malgache se montre accueillante aux actions alimentaires intentées — sous quelque forme que ce soit — par les enfants qui ne peuvent rechercher leur père en justice ou invoquer en leur faveur une disposition expresse de la loi (enfants adultérins *a patre* et *a matre* ; enfants incestueux à défaut d'établissement indirect de la filiation).

Ainsi généralisée, cette obligation d'entretien présente un double objet : selon l'article 62 de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962, elle englobe à la fois la nourriture et la subsistance du mineur et d'autre part son éducation et son instruction.

Le premier droit reconnu à l'enfant à Madagascar comporte

(70) Le Préambule de la Constitution du 29 avril 1959 proclame : « Tous les hommes sont égaux en droits et en devoirs sans distinction d'origine, de race, de religion ou d'opinion ».

(71) Cité par BRISAUD, *Manuel d'Histoire du droit privé*, 1907, p. 1118.

(72) Comp. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1 (213), p. 653.

donc des attributs positifs : le second au contraire se présente sous un aspect négatif : il s'agit d'un droit de protection, le droit pour l'enfant de conserver sa filiation.

b) Ce second droit ne se manifeste que de manière indirecte. Tout d'abord à travers la réglementation du rejet. Comme s'en explique l'exposé des motifs (73), le législateur n'a pas cru devoir supprimer cette institution traditionnelle, bien connue à Madagascar, qui entraîne la rupture du lien de filiation entre le rejetant et le rejeté, et plus concrètement l'exclusion du tombeau familial (74).

Mais la loi de 1963 entoure son exercice de conditions rigoureuses et en limite singulièrement la portée. Selon les recommandations de M. Ramangasoavina, Garde des Sceaux de la République malgache, elle en a fait une sanction exceptionnelle et lui a enlevé le caractère arbitraire qu'elle a trop souvent revêtu dans le passé (75).

Désormais, le rejet ne peut être prononcé que contre un enfant majeur (art. 79). Les mineurs ne risquent plus d'en être injustement victimes. En outre le droit de rejeter qui appartient concurremment au père et à la mère est suspendu en cas de remariage à l'égard des enfants du premier lit, tant que dure la seconde union (art. 81).

On relèvera également que cette sanction ne peut être infligée que pour des fautes particulièrement graves qu'énumère l'article 80 : atteinte à l'honneur familial, manquement aux devoirs de secours, d'assistance et de respect envers le rejetant ou la famille ; et surtout qu'elle doit être au préalable autorisée en justice : le président du tribunal saisi en personne par le rejetant devra tenter de concilier les parties et en cas d'échec il pourra refuser son autorisation.

Le lien de filiation est un bien trop précieux, même pour des majeurs, pour qu'ils puissent en être privés à la légère.

Pour la même raison, et ici avec une portée générale, l'ordonnance du 1^{er} octobre 1962 consacre la théorie du mariage putatif. Malgré l'annulation du mariage, il est admis que les enfants issus de l'union ou légitimés par elle conservent leur qualité initiale. L'inobservation des conditions légales ne doit pas aboutir à pénaliser des innocents. A la lumière de l'article 51, on pourrait même soutenir que la mauvaise foi des deux époux n'exclut pas au regard des descendants la putativité (76). Au

(73) *Recueil des lois civiles*, p. 161.

(74) Sur le rejet en droit traditionnel, v. P. BAPTISTE, *Le rejet d'enfant à Madagascar*, thèse, Paris, 1955 (ronéotée) ; THÉBAULT, *Traité de droit civil malgache*, t. 1, p. 179 et s.

(75) Rapport de synthèse, *op. cit.*, p. 75.

(76) Article 51 : « Quant aux enfants issus du mariage, ou légitimés, ils conservent vis-à-vis de leurs père et mère la qualité qui leur avait été conférée par le mariage, sans

bénéfice du doute, l'interprétation serait particulièrement favorable à l'intérêt de l'enfant et conforme par conséquent à l'esprit général de la législation.

* * *

Liberté matrimoniale, égalité entre époux, cohésion de la famille restreinte, indépendance du couple, survie de la grande famille, faveur pour la légitimité mais aussi admission de la filiation illégitime : telles sont — regroupées autour du couple et de l'enfant — les grandes tendances que nous livre l'étude du droit de la famille à Madagascar. Il serait vain de nier que certaines d'entre elles manifestent des tensions véritables et qu'elles seront parfois difficiles à concilier. Il serait injuste aussi de s'en étonner. Ces tendances diverses et variées expriment la réalité dans toute son ampleur et sa complexité ; elles traduisent l'éternel conflit, l'incessant débat, dont l'Histoire et la Sociologie portent témoignage, entre les aspirations de l'individu et les exigences des contraintes collectives (77).

Le législateur malgache n'a pas choisi la voie de la facilité. Rejetant tout à la fois la conception totalitaire de l'ordre juridique et la conception individualiste, il vise à réaliser l'accomplissement de la personne au sein des communautés dont elles dépend.

S'il donne à chacun les moyens de construire son propre bonheur, il lui rappelle aussi qu'il doit assumer jusqu'au bout ses actes et ses engagements. Le sentiment de la responsabilité se trouve ainsi placé au cœur de la législation nouvelle. Nul doute qu'en renforçant la dignité des personnes, il n'aide à l'humanisation du droit.

Désormais, la tâche du juriste doit être, tout entière, orientée vers l'action, soucieuse de faire passer dans la vie ce souffle puissant (78). Il importe au plus haut point que ce droit de la famille aux accents novateurs pénètre la société malgache dans son ensemble et qu'il favorise les évolutions nécessaires. A cette fin, les efforts déjà entrepris en vue de sa diffusion et de son application doivent être poursuivis sans relâche (79).

que l'époux de mauvaise foi puisse échapper aux obligations attachées à la qualité de père ou de mère et néanmoins se prévaloir de cette qualité à leur encontre ».

(77) J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Paris, 1963 ; notamment l'avant-propos, p. 8.

(78) R. GRANGER, « Pour un droit de développement dans les pays sous-développés », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes Hamel*, 1961, p. 63 et s. Comp. R. DAVID, *Droit nouveau de la communauté hindoue et mœurs traditionnelles*, op. cit., n° 468, p. 501,

(79) Des exposés avec débat ont été organisés dans les principales villes de Madagas-

Ihering nous le rappelle (80) : « La réalisation est la vie et la vérité du Droit ; elle est le Droit lui-même ».

car sur le droit de la famille. Le Ministère de la Justice prépare également des fiches d'information législative, qui seront répandues dans tout le pays ; cf. R. DAVID, *op. cit.*, p. 572 et s.

(80) *L'esprit du droit romain*, 3^e éd., traduction Meulenacre, Paris, 1877, t. III, p. 15.