



LE MAGISTRAT FRANÇAIS AU CARREFOUR DE DEUX SYSTEMES JURIDIQUES : UN DOUBLE RÔLE DANS LA DISTRIBUTION DE LA JUSTICE A MADAGASCAR

Résumé :

De 1896 à 1960, Madagascar est sous la domination française. La France doit faire régner la justice. Sa politique consiste à introduire dans l'organisation judiciaire des magistrats français qui, en charge de véhiculer les valeurs occidentales, vont participer de la domination. Toutefois, en même temps, en exerçant sur le territoire malgache, ces juges se heurtent à l'existence d'institutions indigènes déjà bien établies qu'il convient de respecter. Le magistrat va ainsi devoir réussir une double mission : assurer la conservation de leurs lois coutumières aux indigènes, et appliquer le droit métropolitain à la population locale pour l'assimiler à la culture française.

Abstract :

From 1896 to 1960, Madagascar remained under French domination. The colonizer was to assure the administration of justice. French policy consisted in introducing into the judiciary organization French judges whose task it was to bring to the country Western values, thus playing an important role in colonial domination. However, at the same time, they were obliged to respect certain traditional native institutions. So, the judge has to accomplish a dual mission : to assure the protection of their customary law to the indigenous population, and to implement the law of metropolitan France to that indigenous population with a view to assimilate them to the French culture.

1. Madagascar est fréquentée vers le XIII^{ème} siècle par des commerçants arabes qui s'installent sur les côtes du Nord-ouest. Les premiers Européens à la découvrir, en 1500, sont les Portugais mais ils n'arrivent pas à créer des établissements durables. Par la suite, Madagascar fait l'objet de nombreuses tentatives d'implantations européennes. Finalement, ce sont les Français qui parviendront à s'y établir à la fin du XIX^{ème} siècle, un éphémère régime de protectorat précédant la loi d'annexion du 6 août 1896². Puis, jusqu'à la proclamation de l'indépendance le 26 juin 1960, Madagascar restera sous la domination française³.

2. Durant ses soixante-quatre années de présence sur l'île, la France a dû gouverner et asseoir son autorité. De par l'objet même de la colonisation qui repose notamment sur la volonté d'étendre la civilisation métropolitaine sur des contrées éloignées, la mise en place d'une politique d'administration s'impose. En particulier, la justice est assurément un élément essentiel de cette politique car elle participe de la domination. Or, dès le début de la colonisation, la situation se révèle complexe sur le plan juridique, la conquête et les réalités coloniales rendant nécessaire la refonte de l'organisation judiciaire existante et suscitant surtout des interrogations quant aux lois qui régiront la nouvelle colonie.

3. En effet, en s'installant à Madagascar, la France s'est trouvée face à une population, composée de plusieurs ethnies⁴, vivant dans un état radicalement différent et pourvue d'un système juridique propre fondé principalement sur les lois coutumières⁵. Par conséquent, il a fallu se prononcer sur le sort de ces institutions indigènes

¹ La signature du traité de protectorat date du 1^{er} octobre 1895.

² J.O.M. du 27 septembre 1896.

³ Sur l'histoire et la colonisation de Madagascar, voir notamment : DESCHAMPS H., *Histoire de Madagascar*, Paris, Berger-Levrault, 1965, 348 p. ; DECARY R., *Histoire politique et coloniale*, Tananarive, Imprimerie officielle, 1958, 253 p. ; BOUCHE D., *Histoire de la colonisation française : flux et reflux (1815-1962)*, Paris, Fayard, 2004, tome 2, 607 p.

⁴ On notera qu'à la fin du XVIII^{ème} siècle, l'île de Madagascar est divisée en royaumes à base tribale. Certes, le XIX^{ème} siècle marque un tournant décisif dans l'évolution de Madagascar car sous le règne du souverain Andrianampoinimerina (1787-1810), le royaume *merina*, devenu pour le monde extérieur le Royaume de Madagascar, tente d'unifier l'île à son profit. Néanmoins, certains royaumes ont échappé à l'emprise *merina* et leurs populations sont restées régies par leurs propres coutumes.

⁵ Les lois coutumières dictent de façon rigoureuse ce qui se fait et ce qui ne se fait pas dans toutes les circonstances de la vie sociale. Elles sont issues des *kabary* des souverains qui les consacrent et leur confèrent autorité. Conservés par la tradition, ces discours débordent largement le cadre du droit privé (mariage, régimes matrimoniaux) et du droit pénal pour toucher à tous les problèmes de la vie en société (feux de brousse, alcool, cultures...). A ce titre, ils constituent la source historique la plus importante et une source très précieuse du droit coutumier.

préexistantes qui contrarient un système de domination où toute l'organisation de la société colonisée est au service des intérêts politiques, économiques et sociaux de l'Etat colonisateur.

4. Sur ce point, les juristes spécialisés en matière coloniale⁶ s'accordent sur le fait que le système juridique indigène ne peut pas être négligé purement et simplement car il répond à un état social et à un stade de civilisation bien définis. A plus forte raison, il ne peut être annihilé par le système juridique métropolitain qui est, lui aussi, élaboré en fonction d'un état social et d'un stade de civilisation particuliers. De ce fait, le législateur français s'est tourné vers la solution qui tend à assurer les droits de la métropole tout en tenant compte des règles, des habitudes et de la civilisation des indigènes.

5. Face à l'inadaptation de l'ordre juridique métropolitain dans le pays nouvellement conquis, la France, lorsqu'elle s'établit à Madagascar, manifeste sa volonté de respecter les croyances et les coutumes locales. Dans l'exposé des motifs précédant la loi d'annexion, le gouvernement affirme qu'« *il n'entend nullement porter atteinte au statut individuel des habitants de l'île, aux lois, aux usages, aux institutions locales* ». Ce faisant, l'autorité en place s'attache à organiser une dualité de juridictions, les unes pour les nationaux et les étrangers, les autres pour les indigènes et assimilés. A côté des juridictions métropolitaines est donc créé un ordre de juridictions qui se spécialisent dans l'application d'un droit local trouvant sa source dans une variété de coutumes.

6. Concrètement, outre les lois coutumières propres à chaque ethnie⁷, ce droit local qu'il convient d'appliquer devant les tribunaux indigènes concerne trois principaux textes promulgués par les souverains du Royaume de Madagascar. D'abord, les *Instructions aux Sakaizambohitra* de 1878 de la Reine Ranaivalona II, sont un véritable code pénal en 87 articles. Ensuite, le *Code des 305 articles*⁸, datant de 1881 et promulgué par la même Reine, groupe des dispositions concernant toutes les branches du droit (civile, administrative, pénale, procédure). Il trouve surtout l'origine des textes dans les coutumes de la Grande Ile qui, elles-

⁶ SOLUS H., *Traité de la condition des indigènes en droit privé, colonies et pays de protectorat*, Paris, Recueil Sirey, 1927, 590 p. ; DARESTE P., *Traité de droit colonial*, Paris, [s.n.], 1931, 2 volumes en 3 fascicules, 709 p., 326 p. et 880 p.

⁷ Selon le rapport de synthèse sur l'état des personnes du Ministre de la justice, Garde des sceaux, on peut distinguer six grands groupes de coutumes malgaches qui, par leurs tendances générales, se rapprochent de façon sensible. Pour approfondir, cf. RAMANGASOAVIANA A., *Recueil des lois civiles, dispositions générales du droit de la famille*, Tananarive, Imprimerie Nationale, tome 1, 1964, p. 16.

⁸ Pour une traduction : JULIEN G., *Le Code des 305 articles*, Tananarive, Imprimerie officielle, 1900, 94 p.

mêmes, sont remaniées au fil du temps⁹. Enfin, *les Règlements aux Gouverneurs de l'Imerina* de 1889, publication en 61 articles de Ranavalona III, contiennent de nombreuses prescriptions de droit privé.

7. Pour autant, la France n'oublie pas ses ambitions civilisatrices et marque la justice indigène de son empreinte. Le but est de se montrer plus sensible au respect du droit indigène et non de remettre en question la primauté du droit métropolitain ou de renoncer à l'affirmation de sa vocation générale. C'est ainsi que les décisions rendues par les tribunaux indigènes sont contrôlées par la Cour d'appel de Madagascar, une juridiction qui siège à Tananarive et présidée par des magistrats français. L'autorité française « s'insinue » au sein de la justice indigène pour veiller à ce que l'application du droit local ne s'oppose pas aux principes français et, *a fortiori*, pour assurer une domination complète sur le peuple colonisé. S'il venait à reconnaître toute la législation précoloniale émanant d'une autre souveraineté et reflétant surtout une mentalité propre, l'Etat colonisateur ne pourrait que contrecarrer le projet colonial. Or, l'objectif à atteindre reste la mise en place, dans la colonie, d'un ordre social et d'une organisation juridique conformes à la mission civilisatrice pour laquelle la France s'est engagée.

8. Décrite ainsi, la justice coloniale a une lourde tâche et apparaît comme un instrument « stratégique » de l'action coloniale. Elle a pour vocation première de porter la civilisation dans les territoires éloignés et, en même temps, elle ne doit pas ignorer l'existence du système juridique local. Par conséquent, la justice ultramarine doit relever le défi de combiner deux impératifs antagonistes : celui de transmettre les valeurs occidentales à une population indigène pour l'assimiler à la population européenne, et celui de respecter le droit traditionnel pour maintenir la population indigène dans sa condition d'origine, faute de pouvoir lui appliquer directement le droit français.

9. Au centre de cette justice se distingue le magistrat français, acteur principal du processus. Son rôle est essentiel dans l'entreprise coloniale car, par le biais d'une seule institution, celle de la justice coloniale, il va devoir concilier deux systèmes juridiques fondamentalement opposés. L'objet de ce travail est de montrer ce double rôle du juge dans la pratique en laissant de côté, pour le moment, tout aspect sociologique ou prosopographique pour s'intéresser à l'application du droit proprement dite.

⁹ Pour une étude récente : se reporter à la communication faite à l'Académie malgache par : RAHARIJAONA H., « Anticipation et actualité du Code des 305 articles », 28 mai 2009.

10. En l'occurrence, si la tâche du juge s'avère difficile, il apparaît pourtant, au regard de l'œuvre jurisprudentielle de la Cour d'appel de Tananarive, que le magistrat français a pleinement réussi la « mission » qui lui a été confiée. En matière indigène, le juge s'efforce de créer un droit prétorien qui tient compte à la fois de la tradition malgache et des principes essentiels de l'ordre public colonial et de la civilisation française. En poursuivant les buts de l'organisation judiciaire institué à Madagascar, à savoir garantir aux Malgaches le respect de leurs lois et coutumes locales et de régulariser la distribution de la justice en s'inspirant des principes de droit français, le juge détient un rôle à la fois conservateur des valeurs indigènes (I) et assimilateur des valeurs occidentales (II).

I/ Le magistrat français : un rôle conservateur des valeurs indigènes

11. De l'annexion en 1896 jusqu'à l'indépendance en 1960, la France assure à Madagascar la charge de l'administration de la justice *via* le juge formé par la métropole. Ce juge colonial, lors de son installation sur le territoire malgache pour prendre sa nouvelle fonction, ne peut se détourner du passé humainement et juridiquement toujours actuel, le choix de l'organisation judiciaire à Madagascar le conduisant inévitablement à appliquer le droit local quand il statue en matière indigène. Lorsque la coutume est mal interprétée, le législateur prévoit l'ouverture de l'appel à l'égard des jugements rendus par les tribunaux de droit traditionnel en attribuant à la Cour d'appel de Tananarive la connaissance du recours en annulation des jugements rendus en dernier ressort en matière indigène¹⁰.

12. En tant que juge de cassation, la Cour d'appel a défini pour la première fois, dans un arrêt du 27 décembre 1899, son rôle en matière de maintien des institutions indigènes : « *La Cour est gardienne des lois indigènes* »¹¹. Ceci étant, une pareille affirmation peut sembler audacieuse lorsque l'on sait les obstacles auxquels le juge va se heurter dans sa mission (A). On perçoit avec difficulté la façon dont la Cour peut défendre les lois indigènes dans la mesure où les arrêts rendus en matière de droit traditionnel confrontent des

¹⁰ Cf. Décret du 24 novembre 1898 relatif à l'organisation de la justice indigène à Madagascar, *Daresté*, 1899. 1. 37. Aux termes de l'article 19 : « *le recours est ouvert en toutes matières aux parties contre les jugements rendus par les tribunaux du premier et du deuxième degrés pour incompétence, pour excès de pouvoir et pour violation de la loi et des coutumes* ».

¹¹ CA, 27 décembre 1899, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1899, n° 23.

magistrats français, rompus aux techniques de droit écrit, à l'application des coutumes essentiellement orales et totalement inconnues du droit français. Pourtant, s'il est vrai qu'atteindre un tel but pour le juge ultramarin relève de la gageure, en pratique, le magistrat français, chargé de respecter la coutume malgache, va tenter de s'y employer (B).

A/ Respecter la coutume : une mission difficile à accomplir

13. Arthur Girault résume avec précision les difficultés qui peuvent freiner le magistrat français dans la tâche qui lui incombe. Celui-ci a plus de mal qu'un juge indigène à garantir le respect de la coutume car « *le juge indigène connaît mieux que les Européens ses mœurs et coutumes dans lesquelles il a été élevé. Il parle la langue de ses justiciables. Souvent, il les connaît personnellement et il sait le degré de considération ou de confiance que mérite chacune des parties. Il saisira les nuances qui échapperont à un étranger. Ainsi, il a plus de chance de discerner la vérité derrière l'attitude des dires ou les réticences des plaideurs. Le magistrat européen, au contraire [...] obligé le plus souvent aux services d'un interprète, risque à chaque instant de se tromper ou d'être trompé* »¹².

14. De cette citation, il ressort que le respect du droit indigène s'avère délicat pour le juge français amené à exercer dans un pays dont les institutions sont différentes de celles de la métropole. Sa fonction requiert qu'il soit à la fois juriste, sociologue, historien et polyglotte. Assurément, pour mener à bien sa mission, ce magistrat doit connaître parfaitement, en plus des mœurs des indigènes, leur état social, leur religion et leur langue. Pour pouvoir correctement y dire le droit, le juge qui vient dans la colonie est dans l'obligation d'étudier les institutions de cette colonie. Or, cela implique tout un travail d'érudition et d'observation qui suppose une préparation spéciale. Certes, en s'expatriant, le juge acquiert une formation juridique relativement adaptée à sa future mission ultramarine, mais force est de constater qu'il ne peut d'emblée appréhender toutes les connaissances utiles à l'exercice de son métier dans une société très différente. Pour le juge appelé à servir à Madagascar, la difficulté va essentiellement résider dans « l'acquisition » des coutumes.

15. En fait, c'est la nature même des institutions indigènes qui rend difficile leur connaissance. La coutume se caractérise par sa diversité

¹² GIRAULT A., *Principes de colonisation et de législation coloniale*, 4^{ème} édition, Paris, Recueil Sirey, 1922, p. 69.

et sa transmission orale, ce qui ne permet pas de la posséder de façon précise. D'autant plus que, dès le début de la colonisation, la France se heurte à l'absence de tout ouvrage pouvant guider les juges¹³. Dénoncée à maintes reprises, cette lacune sera par la suite comblée par la publication de quelques savants ouvrages d'administrateurs ou de magistrats¹⁴.

16. Néanmoins, tous ces travaux doctrinaux se sont plus penchés sur l'étude de la coutume prédominante dans l'île, le droit *merina*, que sur celle des autres régions. Dès lors, on a souligné la nécessité de codifier les coutumes locales des populations non soumises à la législation du Royaume de Madagascar. Le projet n'ayant pas rencontré la faveur de la doctrine, la décision de codification des usages malgaches est seulement prise à la fin du régime colonial et est mentionnée pour la première fois dans l'article 49-4° du décret n° 54-463 du 4 avril 1957 portant réorganisation de Madagascar¹⁵. Il faudra attendre 1964 pour avoir le *Recueil des lois civiles*¹⁶ de Madagascar, rédigé grâce aux travaux de la commission de rédaction du Code civil créée par le décret du gouvernement du 27 avril 1960.

17. Du fait de cette codification tardive, les juges ont dû s'adapter sur place. En réalité, outre l'œuvre doctrinale qui constitue une réelle source et des documents importants auxquels les juges peuvent se référer pour obtenir les renseignements qui leur sont nécessaires, la jurisprudence s'appuie surtout sur la participation des assesseurs

¹³ Sur ce processus de connaissance des règles juridiques dans un autre territoire sous domination coloniale, voir : RENUCCI F., « Le juge et la connaissance du droit indigène – Eléments de comparaison entre l'Algérie et la Libye aux premiers temps de la colonisation » in DURAND B., GASPARINI E. (sous dir.), *Le juge et l'outre-mer : Médée ou les impératifs d'un choix*, tome III, 2007, pp. 211-226.

Sans citer l'ensemble des travaux des historiens, des géographes et des sociologues, on trouvera des références plus récentes à l'égard de l'histoire des sciences coloniales principalement en Algérie dans : BLAIS H., FREDJ C. et SAADA E., « Un long moment colonial : pour une histoire de l'Algérie au XIXème siècle » in *Revue d'Histoire du XIXème siècle*, n° 41, 2010/2, pp. 7-24.

¹⁴ Notamment : CAHUZAC A., *Essai sur les institutions et le Droit malgache*, Paris, A. Chevalier Marescq et Cie, 1900, 506 p. ; JULIEN G., « Le Code des 305 articles » in *Notes, Reconnaissances et Explorations*, [s. l.], Colonie de Madagascar, Imprimerie officielle de Tananarive, 1900, 691 p. ; *Idem*, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Paris, E. Guilmoto, 1909, 2 volumes, 644 et 375 p. ; GAMON A., *Traité de la justice indigène à Madagascar*, Tananarive, Imprimerie officielle, 1910, 411 p. ; PAIN L., *De l'institution du fokon'olona à Madagascar*, Poitiers, A. Masson, 1910, 155 p. ; DECARY R., *Mœurs et coutumes des Malgaches*, Paris, Payot, 1951, 280 p.

¹⁵ J.O.M. du 20 avril 1957.

¹⁶ RAMANGASOAVINA A., *Recueil des lois civiles, dispositions générales du droit de la famille*, op. cit.

indigènes à l'exercice de la justice¹⁷. En effet, dès le début de la colonisation, Gallieni, alors gouverneur général, met en œuvre sur le plan judiciaire la « politique des races » posant le principe de « *l'utilisation dans la plus large mesure possible de l'élément indigène* », ce qui va permettre à la justice d'être à la fois adaptée aux spécificités des litiges indigènes et proche des justiciables. Il est prévu que chaque groupement ethnique est administré au « *moyen de fonctionnaires appartenant, par leur origine, à ce groupement* ».

18. A ce titre, des assesseurs indigènes se voient intégrer dans le corps judiciaire. Même s'ils n'ont qu'une voix consultative, deux assesseurs malgaches siègent désormais à la Cour d'appel lorsqu'elle statue en matière de droit traditionnel. Les articles 3 des décrets du 24 novembre 1898 et du 9 mai 1909¹⁸ précisent respectivement que les assesseurs « *sont choisis de préférence parmi les autochtones parlant le français* » et qu'il incombe au Gouverneur général de désigner des « *notables indigènes* » comme assesseurs. Ceux-ci sont chargés de traduire en français les textes que font valoir les justiciables, pour aider les juges à régler les litiges en application des droits locaux. En pratique, il est juste de constater que les assesseurs ont permis aux juges de prendre connaissance des textes malgaches, notamment les *Instructions aux Sakaizambohitra* et les *Règlements aux Gouverneurs de l'Imerina*. En effet, avant l'ouvrage de l'administrateur Gustave Julien¹⁹, les juges avaient seulement à leur portée la traduction du Code des 305 articles par Tacchi et Laisné de la Couronne²⁰. Aussi, est-ce dans « l'association » juge/assesseurs que l'on peut trouver l'explication de la « réussite » de la distribution de la justice indigène.

B/ Respecter la coutume : une mission pleinement réussie

19. Puisque le législateur lui a confié la mission de garantir l'exactitude et l'unité de l'interprétation de la loi indigène, la Cour d'appel de Tananarive s'y est attelée. Quoique l'interprétation des coutumes est certainement l'occasion pour elle d'orienter sa politique judiciaire dans le sens de l'assimilation des indigènes à la civilisation métropolitaine, dans son arrêt de principe de 1899, la Cour précise

¹⁷ Le sujet reste à approfondir mais pour une étude générale : DE MARI E., « On suit toujours le blanc – Quelques remarques sur la justice et sur l'assessorat indigène en Afrique noire » in *Cahiers Aixois d'Histoire d'Outre-Mer Française*, n° 2, 2004, pp. 175-189.

¹⁸ Décret du 9 mai 1909 réorganisant la justice indigène à Madagascar, *Dareste*, 1909. 1. 574.

¹⁹ JULIEN G., « Le Code des 305 articles », op. cit.

²⁰ DE LA COURONNE T. et L., *Traduction du Code des 305 articles*, Tamatave, Typographie de la Cloche, 1882, 60 p.

clairement sa pensée : vis-à-vis du droit français, les lois et les coutumes malgaches restent en vigueur. Comme les juridictions inférieures, elle veille à préserver le droit indigène. Même une fois la Constitution de 1946 adoptée, la position de la Cour est toujours bien définie : « *la Constitution ne peut avoir pour effet de porter atteinte au statut individuel des habitants de Madagascar, aux lois et usages et institutions locales que le Gouvernement de la République s'est engagée à respecter* »²¹.

20. Toutefois, en fait, le respect des coutumes ne peut aller sans la consécration de leur évolution. En effet, aussi bien la société, les mentalités, que les relations sont sujettes à des changements. La Cour doit nécessairement faire face aux mutations qui apparaissent durant les procès et tenir le rôle d'agent actif d'évolution. Le magistrat français, gardien des lois indigènes, devient également créateur de droit en matière coutumière.

1) Le magistrat français défenseur des coutumes

21. Conformément à la doctrine sur le maintien du droit indigène, le juge assure la défense de la coutume dans de nombreux domaines, notamment en matière de droit de propriété, de droit des obligations et des contrats ou encore de droit de la famille où le juge, par exemple, a « coutume » d'appliquer différentes institutions.

22. D'abord, il y a celles découlant des rapports que la famille crée entre les personnes. Le Code des 305 articles contient, entre autres, des dispositions relatives à la filiation ou l'adoption que la jurisprudence prend en considération.

23. Concernant la filiation, la législation malgache, de par l'existence ou l'inexistence d'un mariage, distingue la filiation légitime de la filiation naturelle. Lorsqu'un enfant est né pendant le mariage, il est un *zanaka nateraka*, nécessairement légitime. Si l'enfant est né hors mariage, il est seulement un *zaza mombareny*, un enfant qui suit sa mère. Dans ce cas, le seul fait de l'accouchement suffit à établir la filiation de l'enfant vis-à-vis de la mère. Par contre, la filiation à l'égard du père ne peut jamais être établie. En pratique, la jurisprudence fait une exacte application de la coutume en reconnaissant que : « *La seule filiation naturelle reconnue par le droit malgache est celle de l'enfant au regard de la mère. Ni la désignation du père dans l'acte de naissance, ni même le mariage religieux contracté par les parents, n'ont pour effet de créer un lien*

²¹ CA, 26 janvier 1949, *Penant*, 1950, note Lampué.

de filiation en l'absence de tout acte d'adoption entre l'enfant et son père prétendu »²². Pour ne pas dénaturer la coutume, le juge exclut donc la possibilité de toute forme de reconnaissance ou de légitimation comme il peut exister en droit français.

24. Quant à l'adoption, c'est aussi de manière stricte qu'elle est interprétée. Puisque, selon la coutume, la faculté d'adopter est illimitée entre parents et peut s'étendre aux personnes étrangères à la famille, la seule condition étant d'avoir l'âge de raison pour pouvoir exprimer son consentement libre, la Cour d'appel va dans ce sens et affirme que : « *dans la législation malgache, la faculté d'adoption s'exerce sans aucune restriction ni condition ; toute personne ayant atteint l'âge de raison peut adopter ou être adoptée* »²³. Cette faculté est tellement illimitée que la même personne peut être adoptée successivement par plusieurs personnes. Ainsi, « *en plus de son père légitime, un Malgache peut avoir de nombreux pères adoptifs et cumuler le bénéfice de plusieurs adoptions* »²⁴.

25. Parallèlement à ces diverses coutumes, il existe celles dérivant des rapports que la famille fait naître quant aux biens. La jurisprudence reconnaît principalement les institutions relatives au droit des régimes matrimoniaux ou au droit des successions.

26. En ce qui concerne le régime matrimonial, la législation *merina* n'en connaît qu'un seul : la communauté des biens ou *kitay telo an-dàlana* sanctionné dans un *kabary* d'Andrianampoinimerina : « *L'homme et la femme sont également mes sujets. Je constitue leurs biens en kitay telo an-dàlana (de la paille à brûler séchée au soleil et disposée en trois rangées) dont deux lots seront ramassés par l'homme et un, le fahatelon-tanàna, par la femme [...] Si l'homme garde abusivement les biens de son épouse, je le tiendrai pour coupable* »²⁵. En pratique, la Cour définit très tôt l'institution

²² CA, 19 mai 1921, *Daresté*, 1922. 3. 172. Jurisprudence constante : CA, 8 juillet 1945, Thébaud, *Jurisprudence*, 1945, n° 125 ; 21 avril 1949, *Idem*, 1949, n° 57.

²³ CA, 24 juin 1943, Thébaud, *Jurisprudence*, 1943, n° 81.

²⁴ CA, 22 octobre 1931, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1931, 4^{ème} trimestre, n° 143.

²⁵ Ce *Kabary* est extrait de : CHAPUS G-S., RATSIMBA E., *Histoire des rois*, Traduction des *Tantaran'ny Andriana eto Madagasikara* (Histoire des rois de Madagascar) du Père Callet, Collection de documents concernant Madagascar et les pays voisins, Tananarive, Académie malgache, 1953-1958, vol. 4, p. 481. Le partage 2/3-1/3 est ainsi justifié par le roi : « *Les hommes travaillent à l'unité du pays et du royaume ; ils s'en vont loin et dépensent sans compter pour renforcer le royaume ; vous gardez la maison, vous, les femmes, et vous y demeurez, vous n'allez nulle part, et c'est la raison pour laquelle je partage en trois vos biens quand vous vous séparez, les deux tiers étant pour l'homme et le tiers pour la femme* ».

coutumière telle qu'elle est prévue par le discours du roi : « *Attendu qu'il est de principe en droit malgache que tous les biens acquis pendant le cours du mariage, par l'industrie ou le travail personnel des époux ou de l'un d'eux seulement, sont mis en commun et forment le kitay telo an-dàlana. Quant à la dissolution du mariage, les biens mis en commun sont partagés en trois parties égales : deux parts sont attribuées au mari et une part à la femme* »²⁶. Puis, interprétant la coutume, elle ajoute que : « *le kitay telo an-dàlana est le régime légal et obligatoire de toute association conjugale, qu'il y ait ou non contrat écrit ; que la seule dérogation admise par la coutume est qu'il peut être stipulé en faveur de la femme une part plus forte dans le partage sans qu'elle puisse être moindre du tiers* »²⁷.

27. Du côté du droit des successions, la Cour d'appel applique notamment les dispositions testamentaires dans lesquelles domine le principe du *masi-mandidy*. La règle signifiant que tout Malgache est réputé libre dans ce qu'il ordonne au sujet de ses biens, la jurisprudence reconnaît que ce dernier est « *maître absolu d'en disposer comme il l'entend sans qu'il ne puisse être question, de réserve, de quotité disponible ou de rapport* »²⁸ comme en droit français. Autrement, la Cour d'appel a pu définir exactement la coutume du *mamelo maso* qui « *permet à tout cohéritier d'une succession indivise d'en recueillir les fruits sans devoir aucune indemnité aux autres cohéritiers, si du moins la jouissance est publique et s'effectue au vu et au su des autres ayants droit ; le plus souvent, il s'agit de l'aîné de la famille qui cultive et fait produire les biens de cette succession avant le partage* »²⁹.

28. Ces quelques arrêts laissent apparaître que le magistrat français s'emploie autant que possible à garantir le respect des coutumes tantôt en les définissant et en les reconnaissant, tantôt en les interprétant sans les dénaturer³⁰. Néanmoins, du fait que les lois locales sont remaniées au fil du temps, la protection du droit

²⁶ CA, 20 octobre 1898, *Penant*, 1899. 1. 22.

²⁷ CA, 17 avril 1907, *Penant*, 1908. 1. 68.

²⁸ CA, 10 juin 1897, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1897-1898, n° 11 ; CA, 7 mars 1946, Thébault, *Jurisprudence*, 1946.

²⁹ CA, 19 mai 1904, Gamon, *Traité de la justice indigène à Madagascar*, op. cit., 4^{ème} partie.

³⁰ Pour approfondir, voir : VIDAL H., « La Cour d'appel de Tananarive et les coutumes malgaches de 1897 à 1960 » in ROUHETTE A. (sous dir.), *Cahiers du Centre d'études des coutumes*, n° 2, Tananarive, Société nouvelle de l'imprimerie centrale, 1966, pp. 48-66 ; RAZAFINDRATSIMA F-A., *Entre droit français et coutumes malgaches : Les magistrats de la Cour d'appel de Madagascar (1896-1960)*, Montpellier, Thèse, 2010, 425 p.

indigène peut difficilement être réalisable de manière indéfinie. Il va falloir que le juge, en tant que témoin de l'évolution des coutumes, s'adapte à la situation. S'il ne renonce pas à préserver le droit indigène, il est des cas où il est nécessairement amené à le modifier.

2) Le magistrat français créateur en matière coutumière

29. Du principe du respect des coutumes indigènes découle logiquement l'inapplicabilité de la loi française. Mais, partant du fait : « *qu'une coutume n'est pas une matière inerte ; qu'elle évolue insensiblement avec le temps et peut se transformer suivant les besoins de l'époque ou même disparaître avec les circonstances qui l'avaient rendue nécessaire* »³¹, la Cour d'appel est consciente de devoir en tenir compte. Le 15 mars 1951, un arrêt soulignait encore que : « *la jurisprudence est l'interprète de la coutume dont elle suit et consacre l'évolution* »³².

30. En pratique, le magistrat français, à qui il incombe de constater cette évolution, trouve une « issue » dans le recours à certaines notions du droit commun. Le principe adopté est que toutes les règles générales empruntées au droit français peuvent et doivent s'appliquer en droit malgache tant qu'elles ne sont pas contraires, soit à des textes formels, soit à l'esprit général de la loi ou coutume.

31. Notamment, dans sa décision du 15 mars 1951, la Cour d'appel confirme l'introduction, dans le droit indigène, de la notion de pension alimentaire « *non contraire au droit malgache* ». En l'espèce, c'est en raison des modifications des conditions économiques et sociales à Madagascar que le juge décide d'agir. En se basant sur les difficultés d'éducation et sur la cherté de la vie, il arrive à imposer à des parents divorcés, dans la mesure de leurs ressources respectives, une contribution aux frais d'entretien des enfants communs quand bien même l'article 111 du Code des 305 articles dispose que : « *si les enfants vivent sous le toit de la mère divorcée, le père n'est pas tenu de l'obligation alimentaire envers eux* ». Désormais, l'obligation alimentaire existe au profit des enfants mineurs dans tous les cas, que les deux conjoints soient vivants ou non, que les enfants soient confiés à l'un d'eux ou à un tiers. Il s'agit là d'une décision qui s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence fixée par la Cour. Précédemment, elle a déjà admis que : « *rien en droit*

³¹ CA, 8 août 1929, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1929-II, n° 116.

³² CA, 15 mars 1951, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1951-I, n° 43.

malgache ne prohibe l'allocation d'une pension alimentaire à une femme non divorcée et à ses enfants que le mari abandonne ou refuse de recevoir à son domicile. Au contraire, le tribunal peut, en pareil cas, condamner le mari à verser à sa femme et à ses enfants, à titre de pension alimentaire, une somme calculée en raison de son gain et des besoins de sa famille »³³. La solution de la Cour, si elle est prise dans l'intérêt des enfants, dénote en même temps une volonté de faire évoluer les coutumes.

32. Cette détermination est tout autant manifeste dans les décisions relatives aux dommages et intérêts en cas de quasi-délit. La jurisprudence considère que la règle du droit français sur la responsabilité civile³⁴ est applicable, dans son principe, en droit malgache. En la matière, comme les dispositions du Code des 305 articles prévoient uniquement une « *compensation* » au profit de la partie gagnante, la Cour d'appel va se baser sur le fait que l'interdiction d'allouer des dommages et intérêts n'est écrite nulle part et que les us et coutumes qui la consacrent ne sont justement pas établis pour permettre progressivement la modification de la coutume. En 1906, elle déclarait que : « *si les us et coutumes malgaches n'admettent pas, en cas de quasi-délit, des dommages et intérêts, dans le sens général de ce mot dans la législation française, il peut toutefois être alloué des compensations destinées à réparer strictement le préjudice matériellement souffert* »³⁵. Puis, en 1927, elle explicite sa position : « *Attendu que la loi coutumière doit se conformer aux besoins généraux d'un peuple et que les règles simples et patriarcales, suffisantes au règlement de rapports entre particuliers à l'époque où la vie économique des Malgaches était peu intense, ne le sont plus à l'époque actuelle où les indigènes adoptent de plus en plus en matière de vivre des Européens et délaissent l'usage de l'antique filanjana*³⁶ pour celui de l'automobile ; que ce n'est donc pas à titre de réparations des dépenses imposées par l'accident mais à titre de dommages et intérêts pour le préjudice causé que le tribunal devait accorder à la demanderesse tout ou partie de la somme réclamée »³⁷. En l'espèce, la Cour confirme un jugement du tribunal du 2nd degré de Tananarive qui a condamné un

³³ CA, 18 juin 1942, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1942, n° 91 ; 3 août 1944, *Idem*, Arrêts indigènes, 1944, n° 149 ; 7 décembre 1944, *Idem*, Arrêts indigènes, 1944, n° 87.

³⁴ Cf. Article 1382 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

³⁵ CA, 20 décembre 1906, Gamon, *Traité de la justice indigène à Madagascar*, op. cit., 4^{ème} partie.

³⁶ Littéralement : chaises à porteurs.

³⁷ CA, 13 janvier 1927, *Daresté*, 1928. 3. 40.

sieur Randriamaromanna à payer, à titre de réparation, une somme de 10 000 francs à une dame Razanadalàna pour avoir provoqué la mort de son mari dans un accident d'automobile. Un premier pas est ainsi franchi dans le sens de l'introduction du droit commun dans la justice indigène. Cette « incursion » atteindra son apogée lorsqu'il s'agira pour le juge de mettre en œuvre la politique coloniale.

II/ Le magistrat français : un rôle assimilateur des valeurs occidentales

33. En matière judiciaire, la réussite de l'œuvre coloniale suppose la reconnaissance de la primauté du droit occidental sur le droit traditionnel. C'est à ce titre que le colonisateur s'assigne le devoir de doter les colonies de lois modernes. Partout où elle s'installe, la France entreprend d'y introduire sa civilisation, ses principes de justice et de droit. Certes, dans ses possessions, elle proclame maintes fois son intention de respecter les coutumes locales. Pour autant, elle ne perçoit pas largement ce principe qui est, finalement, bien circonscrit.

34. Plus particulièrement à Madagascar, il est laissé aux populations locales leur régime propre, qu'il s'agisse des lois écrites appliquées en territoire *merina* ou des règles résultant de l'usage, mais seulement dans la mesure où celles-ci ne sont pas contraires à l'entreprise civilisatrice. Rejetant toute forme de pratiques barbares, la France vise une politique d'assimilation qui implique la représentation de la société traditionnelle comme un obstacle.

35. Partant de là, plusieurs cas sont prévus pour faire échec au principe du respect des coutumes. Tantôt, le juge se voit contraint de se soumettre à l'application de la législation française (A) : il doit se conformer aux prescriptions du législateur colonial qui, pour favoriser la pénétration du droit métropolitain, intervient en instaurant une série d'exceptions au principe du maintien des institutions indigènes. Tantôt, le juge prend la liberté d'appliquer le droit commun (B) : de lui-même, il recourt, si besoin est, au droit français lorsqu'il s'agit d'introduire les principes de civilisation française ou parce que la coutume se révèle muette ou lacunaire.

A/ Le magistrat français dans l'obligation de se soumettre à la législation métropolitaine

36. Même si la France prend l'engagement de respecter la législation indigène, la volonté qui l'anime d'amener la population malgache à

un degré de modernité, tout comme les buts que poursuit son action colonisatrice, imposent néanmoins un enclenchement du processus d'assimilation. En pratique, c'est *via* la jurisprudence que le caractère hégémonique de la loi métropolitaine sur la coutume s'affirme. C'est au juge que revient la charge d'appliquer le « droit colonial ». Quant au législateur, il lui impose le recours au droit français dans deux situations précises afin de limiter les possibilités de recours à la coutume. D'abord, lorsqu'un Français est impliqué dans un différend. Les juridictions indigènes sont alors incompétentes pour en connaître, et les tribunaux français appliquent le droit commun. Ensuite, la loi permet aux justiciables indigènes d'opter pour la législation française. Dès lors, il appartient au juge de recourir nécessairement à cette loi pour respecter la volonté des parties. Dans tous les cas, la coutume doit céder le pas à la loi française. Le magistrat français sert d'« instrument » de mise en œuvre de la politique coloniale.

1) L'application inévitable de la loi française dans les relations mixtes

37. L'œuvre de la colonisation entraîne fatalement l'existence de rapports juridiques de droit privé entre indigènes et colons. Plus concrètement, l'hypothèse vise l'indigène malgache et le citoyen français qui, parties à un contrat, relèvent l'un et l'autre d'une législation différente : d'une part, les lois locales maintenues en vigueur à l'usage des indigènes, d'autre part, la loi française promulguée dans la colonie à l'usage des citoyens ou assimilés. Leur situation nécessite de savoir laquelle des deux lois en question va être prise en considération pour déterminer les conditions de validité et les effets du rapport envisagé.

38. En la matière, la législation coloniale, excluant toute marge de manœuvre au profit du juge, renferme une solution de principe visant la loi applicable : le statut civil français a une vocation générale, s'imposant sur le statut civil coutumier. Sur le plan des conflits internes donc, les rapports mixtes sont l'occasion principale d'affirmer la primauté du droit français. Dans cette optique, les décrets d'organisation judiciaire en vigueur dans chaque colonie indiquent expressément que la loi française régit toutes les conventions et contestations entre Français ou assimilés et indigènes ou assimilés. A Madagascar, il s'agit des articles 17 à 19 combinés du décret d'organisation judiciaire du 9 juin 1896³⁸. Selon l'article 17,

³⁸ *Daresté*, 1898. 1. 46.

« les tribunaux français connaissent de toutes les affaires civiles et commerciales entre Européens et assimilés, entre Européens ou assimilés et indigènes et entre indigènes sauf les exceptions prévues à l'article 16 ci-dessus³⁹ ». En outre, l'article 19 dispose qu' : « en matière civile et commerciale, les tribunaux français appliquent les dispositions du Code civil et du Code de commerce en vigueur en France ».

39. Ainsi, le principe dont le juge français doit tenir compte est établi : le recours à la législation métropolitaine est inévitable dans le règlement des conflits de statuts, l'implication d'un citoyen français ou assimilé dans le procès entraînant la saisine des juridictions françaises qui appliquent le droit commun. Dans les affaires qui concernent seulement des indigènes, la compétence appartient aux tribunaux indigènes. Néanmoins, selon les dispositions prises par le législateur, les parties peuvent se soustraire à la compétence des tribunaux indigènes et choisir de se soumettre à la loi française. L'application de cette dernière s'impose alors également au juge.

2) Le recours nécessaire à la loi française en cas d'option de législation par les parties

40. L'hypothèse, en l'occurrence, ne se rapporte plus aux rapports mixtes mais concerne les relations qui s'établissent entre indigènes uniquement. Puisque la politique d'assimilation le requiert, le législateur offre aux justiciables indigènes la possibilité d'abandonner leur statut de droit local. A ce titre, l'option de législation autorise les indigènes à renoncer à leur propre loi ou coutume lors de la conclusion d'un contrat déterminé qui n'intéresse qu'eux seuls, à l'exclusion de tout Français ou assimilé. D'un commun accord, les indigènes optent en faveur de l'application de la loi française à laquelle ils acceptent de se soumettre.

41. La doctrine explique que cette faculté pour les indigènes de se soumettre à l'application de la loi française résulte des principes généraux. En effet, sauf interdiction légale, on peut toujours renoncer à un droit. Ainsi, les décrets réglementant l'organisation judiciaire

³⁹ Aux termes de l'article 16, « les tribunaux indigènes institués par la législation locale sont maintenus (al.1).

Ils connaissent conformément aux dispositions de la législation locale de toutes les affaires civiles (al. 2).

Les indigènes peuvent se soustraire entièrement à la compétence des tribunaux indigènes en déclarant, dans un acte, qu'ils entendent contracter sous l'empire de la loi française (al. 3) ».

dans les colonies autorisent l'option des indigènes en faveur de la loi française. A Madagascar, l'article 16 alinéa 3 du décret du 9 juin 1896 traite de l'option de législation : « *Les indigènes peuvent se soustraire entièrement à la compétence des tribunaux indigènes en déclarant, dans un acte, qu'ils entendent contracter sous l'empire de la loi française* ». Par conséquent, ici encore, le juge a les mains liées. La législation métropolitaine est seule applicable quant à la détermination des conditions de validité et des effets de l'acte en question. Devant aller à l'encontre du choix d'organisation judiciaire établissant une compétence *ratione personae* des tribunaux, le juge se pliera à la décision des parties.

42. Toutefois, la jurisprudence va très tôt préciser la condition d'application de l'option de législation : c'est obligatoirement ensemble que les parties déclarent préférer le droit commun à leur loi personnelle. En effet, la Cour d'appel exige le concours des deux parties à l'option : « *l'indigène malgache qui, usant des dispositions de l'article 16 du décret du 9 juin 1896, ne peut être admis au bénéfice desdites dispositions qu'à l'occasion d'actes synallagmatiques et sous la condition de rapporter l'acquiescement de son co-contractant* »⁴⁰. Par ailleurs, la jurisprudence n'hésite pas à fixer la portée de ce texte en déterminant les caractères de l'option pour le droit commun : si elle peut être expresse ou tacite, l'option de législation doit être spéciale⁴¹ et entraîne nécessairement l'option de juridiction⁴².

43. Ceci étant, il reste que, dans le cadre de la résolution des conflits interpersonnels, le juge n'a pas de pouvoir réel quant à la préservation du droit indigène, les solutions législatives adoptées traduisant les ambitions métropolitaines de consacrer la supériorité du droit commun sur les coutumes. Cette incapacité du juge va de plus en plus se préciser au vu de l'existence de tempéraments au respect des institutions indigènes dont le juge, lorsqu'il n'y est pas contraint, n'hésite pas à se servir.

B/ Le magistrat français dans la « liberté » d'appliquer la législation métropolitaine

44. Précédemment, il a été relevé que les magistrats qui rendent la justice outre-mer ne peuvent éviter une confrontation avec diverses

⁴⁰ CA, 22 décembre 1897, *Daresté*, 1898. 1. 46.

⁴¹ CA, 22 décembre 1897, *Daresté*, 1898. 3. 60.

⁴² CA, 4 janvier 1940, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1940, n° 1.

situations les obligeant à appliquer le droit français. Néanmoins, dans d'autres cas, il arrive que le juge dispose d'un peu plus de pouvoir d'appréciation. En pratique, quand il est question de défendre l'ordre public colonial et les valeurs occidentales conformes au principe des droits de l'homme, le juge recourt au droit métropolitain. Parfois encore, lorsque les indigènes en ressentent le besoin ou y trouvent un intérêt, le juge leur accorde le bénéfice de la législation française de sorte que, quelle que soit la situation dans laquelle on se trouve, celle-ci aboutit à un même résultat qui dénote une volonté de faire disparaître les règles du droit local au profit de celles du droit français : le magistrat français est bien présent pour véhiculer les valeurs occidentales.

1) Le rôle « humaniste » du juge : privilégier les principes de civilisation française

45. Le rôle du juge est ici lié à la notion d'ordre public colonial. Permettant à l'Etat d'affermir sa souveraineté interne, cette théorie impose au juge l'application des textes français. Cependant, les décrets d'organisation judiciaire des colonies ne formulent pas clairement la notion. Les autorités coloniales parlent de « *principe d'humanité et de civilisation* » qui écarte notamment l'application des institutions coutumières allant à l'encontre du respect de la personnalité physique ou morale et de la dignité humaine. A Madagascar, l'article 116 du décret du 9 mai 1909 énonce que les juridictions indigènes appliquent la loi et les coutumes locales « *en tout ce qu'elles n'ont pas de contraire aux principes de la civilisation française* ». Dès lors, les juges chargés de faire évoluer les coutumes doivent les rendre plus conformes aux principes fondamentaux de droit naturel. L'application du droit indigène qui reste en vigueur atteint ses limites face aux principes généraux dont l'autorité est, sans conteste, supérieure à celle des coutumes. Parce que l'ordre public colonial l'exige, certaines mesures législatives sont prises et doivent être acceptées par les indigènes sans distinction aucune de leur appartenance ethnique. Plus globalement, les interventions du législateur visent le succès de la colonisation et la prééminence du droit métropolitain sur le droit local se révèle par le recours à la notion d'ordre public que le magistrat français se doit de respecter.

46. Nous relèverons l'exemple de l'esclavage qui porte atteinte au respect de la personnalité et de la liberté humaine. A l'arrivée de la France à Madagascar, la puissance colonisatrice, « porteuse de civilisation », aspire à abolir l'esclavage, pratique très courante dans la société précoloniale. Dès le 26 septembre 1896, le Résident général Laroche prend un arrêté en ce sens. Selon l'article 1^{er}, « *tous les*

habitants de Madagascar sont des personnes libres », l'article 2 de poursuivre : « *tout contrat, de quelque forme qu'il soit, écrit ou verbal, stipulant vente ou achat de personnes, est nul* ». Par là, l'arrêté ramène les structures d'une société aux normes d'une autre. Aussi, à peine le texte est-il inséré dans le droit positif malgache que le juge l'applique de manière stricte. La Cour d'appel l'interprète rigoureusement pour décider que l'esclavage ne produit aucun effet juridique. A cet égard, elle a pu déduire de l'abolition de l'esclavage que « *les clauses d'un testament concernant les esclaves sont réputés non écrites* »⁴³ et que « *les demandes portées à leur sujet devant les tribunaux sont sans suite* »⁴⁴.

47. Néanmoins, en sens inverse, il arrive que le juge n'« écoute » pas toujours le législateur pour rendre compte de sa perception de l'ordre public⁴⁵. Au nom du respect de la dignité humaine, le juge va admettre l'application de la loi du 22 juillet 1867 portant abolition de la contrainte par corps dans les colonies, alors même que le législateur prévoit exceptionnellement la possibilité d'utiliser ce procédé à Madagascar en matière civile et répressive indigène⁴⁶.

48. En effet, dans la colonie, le maintien de la contrainte par corps se justifie par le fait que la promulgation des codes et lois françaises n'est pas sans entraîner, pour les Français appelés à être en relations commerciales constantes avec l'indigène, de fâcheux inconvénients⁴⁷. La pratique montre que les commerçants malgaches sont de mauvaise foi et manquent facilement aux obligations qu'ils contractent de sorte que le seul moyen de les faire respecter reste le recours à la contrainte par corps, les dispositions du Code de commerce prévues pour sanctionner leurs comportements n'étant pas suffisantes.

⁴³ CA, 14 avril 1898, Gamon, *Traité de la justice indigène à Madagascar*, op. cit. 4^{ème} partie.

⁴⁴ CA, 10 juin 1897 ; 14 avril 1898, Gamon, *Traité de la justice indigène à Madagascar*, op. cit. 4^{ème} partie ; CA, 14 novembre 1907, *Penant*, 1909. 1. 207.

⁴⁵ Voir : DURAND B., « Le juge colonial et la contrainte par corps en matière civile et commerciale : comment faire semblant de ne pas comprendre le législateur ? » in DURAND B., FABRE M. (sous dir.), *Le juge et l'Outre-mer : Les roches bleues de l'Empire colonial*, Montpellier, Dynamiques du Droit/Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, pp. 421-456.

⁴⁶ Cf. A.G.G. du 8 septembre 1909 relatif à la contrainte par corps, *Dareste*, 1909. 1. 772.

⁴⁷ Voir : A.N.O.M., Madagascar, Série D : Politique et administration générales, sous-série 4 D 24 : Rapports commerciaux entre européens et indigènes : la question de la contrainte par corps.

49. Pourtant, la Cour d'appel de Tananarive fixe sa jurisprudence en estimant que les dispositions de la loi du 22 juillet 1867 doivent s'appliquer puisque « *la contrainte par corps blesse ouvertement le sentiment de l'humanité et porte une réelle atteinte à la liberté individuelle, liberté trop précieuse pour que la faculté d'y attenter soit laissée aux créanciers* »⁴⁸. Ce faisant, la Cour fait primer ses valeurs humanistes sur l'utilité que peut représenter la contrainte par corps dans le monde commercial. Ainsi, il apparaît que, s'il doit associer sa mission avec le respect de l'ordre public colonial, le juge interprète surtout cette notion dans le but de faire passer les valeurs occidentales. Sa position s'inscrit dès lors dans l'objectif du colonisateur : celui d'élever les indigènes à un stade de civilisation plus avancé. D'ailleurs, pour mieux réussir cette entreprise coloniale, le juge prend aussi la « liberté » d'appliquer la loi française à titre supplétif.

2) Le rôle supplétif du juge : s'inspirer de la législation métropolitaine

50. A Madagascar, malgré l'existence d'un droit traditionnel construit, ce dernier ne peut pas toujours concrètement répondre aux exigences nouvelles de la vie juridique⁴⁹. En effet, tant en raison de l'accélération des transformations économiques et sociales que de l'évolution culturelle, il présente inévitablement des lacunes. Pour les combler, le juge, soutenu par la doctrine⁵⁰, fait directement appel au droit commun. Cette application se justifie principalement par l'article 4 du Code civil qui s'impose à tous les juges français. Ils ne peuvent refuser de trancher un différend qui leur est soumis sous peine de déni de justice, et cela, même dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi. Si la coutume est muette, le juge va se référer à la loi française.

⁴⁸ CA, 28 septembre 1898, *Penant*, 1900. 1. 256 ; 15 mars 1899, *Penant*, 1899. 1. 181 ou CA, 22 mars 1899 (deux arrêts), *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1899, n° 1 et n° 8.

⁴⁹ Sur ce problème en général : Cf. SOLUS H., *Traité de la condition des indigènes en droit privé, colonies et pays de protectorat*, op. cit., pp. 293-302.

⁵⁰ On notera que la plupart des auteurs sont favorables au recours au droit français, en invoquant deux principales raisons.

Tout d'abord, ils remarquent qu'il ne peut pas y avoir de violation des coutumes locales pour les domaines où elles ne statuent pas. C'est pourquoi, dans ce mutisme, le droit commun peut s'appliquer.

Par ailleurs, ils mettent en avant l'idée de la réussite de l'entreprise coloniale qui implique forcément l'introduction de la loi française à titre supplétif. Le but de la métropole étant de « civiliser » les indigènes, il est nécessaire de les détacher de la structure étroite de leurs coutumes ancestrales.

51. Alors que le législateur ne permet le recours « à la loi française en tout ce qui n'est pas prévu par la loi malgache » qu'en matière répressive⁵¹, le juge use fréquemment de ce droit en matière civile et commerciale, et c'est de façon classique qu'il supplée au silence de la coutume. Tantôt, le juge invoque le « droit naturel »⁵². Tantôt, le juge se base sur l'« équité »⁵³. Mais, la plupart du temps, le droit français comble le silence du droit traditionnel au titre de raison écrite. En l'occurrence, le juge s'arroge le droit d'en appeler à des institutions juridiques inconnues du droit local du moment que les indigènes sont susceptibles d'y trouver une utilité économique ou sociale. L'hypothèse se rapporte donc à une règle ou à un principe juridique dont l'introduction dans le droit local peut être judicieuse. Le juge, en s'appuyant sur le mutisme de la loi indigène, choisit de recourir au droit commun pour aller dans le sens de ce qu'il pense être juste. La législation métropolitaine est prise parce qu'elle est la *ratio scripta*. Elle s'applique « *imperio rationis*, par la supériorité interne d'une loi plus parfaite, par le pouvoir propre de la raison écrite qu'elle représente ». La loi française améliore alors le droit indigène et le complète utilement. En conséquence, toutes ses dispositions ne s'imposent pas. Le juge a un large pouvoir de discrimination pour appliquer ou exclure telle disposition de la loi française qui intervient à « titre complémentaire »⁵⁴.

52. Aussi, la pratique dégage-t-elle une nette tendance du juge à appliquer le droit commun, à titre supplétoire. C'est principalement dans le domaine de la procédure civile indigène que l'usage du droit français se remarque⁵⁵. Entre autres, la reconnaissance de la procédure de désistement d'appel⁵⁶, l'admission de la règle *tantum devolutum quantum appellatum*⁵⁷ en matière malgache⁵⁸,

⁵¹ Décret du 9 mai 1909, article 116.

⁵² CA, 4 septembre 1897, Gamon, *Traité de la justice indigène à Madagascar*, op. cit., 4^{ème} partie.

⁵³ CA, 7 novembre 1912, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1912-II, n° 78.

⁵⁴ Cass. Civ., 7 mai 1918, *Daresté*, 1919. 3. 25.

⁵⁵ Pour approfondir : BAUDRAND G., *Traité de la procédure civile indigène à Madagascar*, Tananarive / Paris, R. de Comarmond / Jouve, 1951, 203 p.

Pour des illustrations en d'autres matières : VIDAL H., « La Cour d'appel de Tananarive et les coutumes malgaches de 1897 à 1960 », op. cit., pp. 82-88.

⁵⁶ CA, 5 décembre 1929, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1929-II, n° 143.

⁵⁷ Pour une définition : ROLAND H., *Lexique juridique – Expressions latines*, 4^{ème} édition, Paris, Litec, 2006, 429 p. : « Il n'est dévolu qu'autant qu'il a été jugé ». L'expression signifie que la Cour d'appel n'est tenue d'examiner, parmi les questions précédemment soumises aux premiers juges que celles qui sont expressément visées dans la déclaration d'appel.

l'introduction de la requête civile⁵⁹ et du référé⁶⁰ dans la procédure civile malgache, l'autorisation de l'application des mesures conservatoires⁶¹, la possibilité d'utiliser la règle « Nul ne plaide par procureur » devant les juridictions indigènes⁶² sont autant d'exemples⁶³ qui dénotent une prédisposition du juge à recourir au droit français.

53. Au regard de cette jurisprudence de la Cour d'appel, il apparaît que le juge tend de plus en plus à élargir les cas d'application du droit français. La volonté de ne pas figer la coutume est telle que la Cour reconnaît que : « *les juridictions civiles indigènes peuvent toujours se référer aux dispositions du Code civil à titre supplétif en cas d'indigence de la coutume, lorsque ces dispositions ne violent pas la loi ou la coutume malgache* »⁶⁴. C'est dire l'importance du rôle joué par le juge colonial : un juge qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation et d'une grande indépendance dans sa mission de dire le droit, un juge qui assume de lourdes responsabilités sociales et morales, un juge qui détient un réel poids dans la mise en œuvre de la politique coloniale. La comparaison avec d'autres Cours d'appel outre-mer doit encore être conduite, dans le prolongement de cette étude, pour déterminer si ce « double rôle » du magistrat constitue une caractéristique du système colonial français, voire d'autres pays européens.

Fara Aina RAZAFINDRATSIMA
Docteur de l'Université Montpellier I
faraaina@yahoo.fr

⁵⁸ CA, 24 avril 1941, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1941, n° 57. Déjà dans le même sens : CA, 13 juin 1929, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1929, n° 81.

⁵⁹ CA, 5 octobre 1939, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1939, n° 95.

⁶⁰ CA, 9 novembre 1950, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1950-II, n° 160.

⁶¹ CA, 29 janvier 1942, Thébaud, *Jurisprudence*, 1942, n° 19.

⁶² CA, 19 juin 1947, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1947, n° 82.

⁶³ Pour les détails et l'analyse des différents arrêts : RAZAFINDRATSIMA F-A., *Entre droit français et coutumes malgaches : Les magistrats de la Cour d'appel de Madagascar (1896-1960)*, op. cit.

⁶⁴ CA, 29 janvier 1948, *Archives judiciaires de Tananarive*, Arrêts indigènes, 1948, n° 7.

