

ORDONNANCE N° 62-041 DU 19 SEPTEMBRE 1962

relative aux dispositions générales de droit interne et de droit international privé

(*J.O n° 244 du 28-9-62, p1989*), complétée par la loi n° 98-019 du 2 décembre 1998

(*J.O. n° 2549 du 15.12.98, p. 3642 et 3654 ; Errata : J.O. n° 2571 du 26.04.99, p. 1060*)

EXPOSE DES MOTIFS

Le projet d'ordonnance que j'ai l'honneur de soumettre à votre approbation comporte un ensemble de *dispositions de droit interne et de droit international privé* qui doivent s'inscrire en tête du futur Code civil malgache.

Source du droit privé, le Code civil doit en effet contenir les prescriptions générales qui dépassent le cadre du droit civil et qui, d'une part, constituent des garanties fondamentales des droits et des libertés de chaque individu, d'autre part, prescrivent certaines règles générales s'appliquant à toute la loi.

Ces règles sont d'ailleurs déjà en vigueur et le projet n'apporte pas de modifications profondes.

TITRE PREMIER

Dispositions générales de droit interne

Les articles 1 à 7 concernent la promulgation, la publication, le caractère exécutoire, la rectification et la diffusion des lois et décrets : la distinction entre la promulgation qui rend la loi exécutoire et la publication qui la rend obligatoire est consacrée par les articles 1 et 2.

Les délais d'exécution des lois et décrets avaient fait l'objet à Madagascar d'un décret du 29 septembre 1934. Des circulaires d'application avaient prescrit l'ouverture, dans les chefs-lieux de district, de registres spéciaux sur lesquels étaient inscrits le jour et l'heure de l'arrivée de chaque numéro.

Ces mesures réglementaires ne semblent pas devoir être modifiées, mais il est apparu nécessaire d'introduire dans le Code civil la règle selon laquelle les lois sont obligatoires un jour après l'arrivée du *Journal officiel* au chef-lieu de la sous-préfecture. Cette arrivée est constatée officiellement par l'apposition d'un timbre à date sur l'exemplaire arrivé.

Le cas des lois dont l'application requiert urgence (mobilisation générale, état de nécessité nationale par exemple) est prévu à l'article 4 : le texte de loi sera affiché dans les sous-préfectures et rendu applicable avant même d'avoir été publié au *Journal officiel*.

Il est toutefois prescrit que le texte de loi doit avoir été préalablement porté à la connaissance du public par tous les moyens appropriés.

La pratique des *errata* a donné lieu à une jurisprudence qui en a précisé les contours : il est apparu normal de la confirmer dans un article du Code civil : l'*erratum* porté sans promulgation spéciale à la connaissance du public par le *Journal officiel* ne doit avoir pour objet que de réparer une erreur purement matérielle, de combler une omission évidente ou de mettre le texte publié en conformité avec le texte promulgué.

L'un des soucis majeurs du Gouvernement est d'informer systématiquement la population sur les textes législatifs et réglementaires nouveaux. Aussi est-il précisé à l'article 7 du présent projet que, sur les instructions des autorités compétentes, une loi ou tout autre texte réglementaire ayant une portée générale sera diffusé par tous moyens appropriés. Plus qu'une obligation, le Code formule ici un vœu : celui de voir les textes nouveaux explicités, résumés, et vulgarisés par les moyens modernes de diffusion, par *kabary* et même par insertion dans les *dinam-pokonolona*, cette insertion permettant aux contractants de mieux connaître les lois et règlements malgaches.

L'article 8 règle le difficile problème de la non rétroactivité de la loi civile.

En principe, la loi ne dispose que pour l'avenir. Ce principe a toutefois donné lieu à de nombreuses difficultés lorsque la loi nouvelle porte atteinte à des situations juridiques établies : par exemple, lorsqu'une loi nouvelle sur le nom dispose que le nom patronyme est facultatif, alors que certaines personnes sont régies par une loi qui a rendu obligatoire le nom patronymique. Ces difficultés risquent de se multiplier à mesure que les nouvelles lois civiles malgaches seront promulguées.

Aussi a-t-il été jugé nécessaire d'apporter des précisions sur la portée du principe de la non rétroactivité.

Toute loi nouvelle, dès lors qu'elle ne porte pas atteinte à des situations juridiques contractuelles ou qu'elle ne modifie pas les *effets* produits par une situation juridique au temps où à la loi précédente était en vigueur, s'applique immédiatement. Par exemple, une loi nouvelle sur les régimes matrimoniaux s'applique immédiatement à toutes les personnes déjà mariées. Mais cette loi nouvelle ne s'appliquera ni aux époux dont le mariage est déjà dissous et la communauté déjà partagée - car il s'agit alors d'« effets produits par une situation juridique antérieure » - ni aux époux qui ont passé un contrat de mariage antérieurement à la loi nouvelle - car il s'agit alors d'une situation juridique contractuelle.

Par ailleurs, les lois d'interprétation ont en principe, par elles-mêmes, effet rétroactif.

L'article 9 reprend une disposition déjà appliquée à Madagascar : l'interdiction de déroger aux lois d'ordre public par des conventions privées.

L'article 10 consacre un principe général admis en droit malgache : la condamnation de l'abus de droit. Chaque individu a des droits et les exerce comme il l'entend, sous la protection de la loi. Mais dès lors que cet exercice est abusif ou plus généralement lorsqu'il est anormal, il n'est plus protégé par la loi et peut engager la responsabilité de son auteur. Cette disposition est susceptible de faire prédominer l'équité.

Les articles 11 et 12 ont pour objet de guider le juge dans l'examen et le règlement des litiges : nous n'ignorons pas que telles dispositions sur le déni de justice et sur l'interprétation de la loi ou d'un acte juridique sont d'une utilité contestable dans la pratique. Mais si cette observation est valable quand on se trouve en présence d'une magistrature chevronnée, elle apparaît inexacte lorsqu'on l'applique à une magistrature jeune et, dans ses débuts, plus ou moins expérimentée comme l'est la nouvelle magistrature malgache. Aussi, d'utiles recommandations sont-elles formulées dans les articles 11 et 12.

Il est à noter que le juge peut, en cas de difficultés, recourir aux traditions et aux coutumes pour trancher un différend, pourvu qu'il ait au préalable vérifié avec soin l'existence de ces coutumes.

L'article 13 introduit dans l'ordre juridique les principes énoncés dans le préambule de la Constitution malgache.

Enfin les articles 14 et 19 concernent l'exercice des droits civils et la protection de la personnalité. Ils confirment des règles déjà en vigueur ou contenues dans le préambule de la Constitution.

TITRE II

Dispositions générales de droit international privé

Traditionnellement, le droit international privé comprend les trois grandes parties suivantes : nationalité, condition des étrangers, théories des conflits.

Nous n'avons pas à nous préoccuper de la nationalité, puisque ce premier problème se trouve déjà réglé par la promulgation du Code de la nationalité malgache.

Il apparaît indispensable, au contraire, de poser les principes fondamentaux de la condition des étrangers à Madagascar. D'une part, en effet, les personnes et les capitaux étrangers ne demeureront dans la Grande Ile que si ces principes, générateurs d'un véritable ordre juridique international, se trouvent solennellement consacrés par la loi malgache elle-même. D'autre part, les citoyens et les sociétés malgaches établis en dehors de Madagascar ne bénéficieront de droits que dans la mesure où les mêmes droits seront reconnus aux étrangers résidant dans la Grande Ile.

De même il semble nécessaire d'énoncer les principes essentiels qui serviront de guide aux juges malgaches dans les conflits survenant entre la loi nationale et la loi étrangère. Il n'est évidemment pas question d'envisager tous les litiges possibles, mais plus simplement de

rechercher les grandes solutions dans les principales matières du droit civil : droit des personnes, biens, contrats et obligations, régimes matrimoniaux, successions, libéralités.

Les dispositions générales de droit international privé font donc l'objet du plan suivant :

Chapitre I : Condition des étrangers ;

Chapitre II : Des conflits des lois.

La condition des étrangers doit être envisagée à un double point de vue : condition des personnes physiques (Section I) et condition des personnes morales (Section II).

En ce qui concerne les personnes physiques, l'article 20 pose le principe selon lequel l'étranger jouit à Madagascar de tous les droits qui ne lui sont pas expressément refusés par la loi. Cette disposition n'est que l'expression des tendances modernes du droit international privé, qui consistent à conférer à l'étranger un minimum de droits. Par contre, les droits politiques lui sont refusés, ce qui est conforme à la législation de tous les pays.

L'article 20 traite également de l'importante question de la réciprocité. Un étranger ne peut être admis à jouir d'un droit déterminé à Madagascar, si le même droit est refusé au Malgache résidant dans les pays de cet étranger. Le système proposé est celui de la « réciprocité législative », qui a l'avantage de la simplicité.

L'article 21 n'admet à domicile que les étrangers résidant habituellement à Madagascar et se conformant aux lois relatives au séjour desdits étrangers dans la Grande Ile. Rappelons, à cet égard, que les conditions d'admission, de séjour et d'expulsion des étrangers et des apatrides sont déjà réglementées par la loi n° 62-006 du 6 juin 1962 fixant l'organisation et le contrôle de l'immigration (J.O.R.M du 16.06.62, p. 1075).

En ce qui concerne les personnes morales, en particulier les sociétés, un double critère a été adopté :

1. *Critère du siège social* : En principe, la société ne jouit des droits accordés aux Malgaches que si son siège social se trouve établi à Madagascar.

Dans le cas contraire, elle ne jouit que des droits reconnus aux étrangers (il lui faudra donc une autorisation ministérielle pour acheter ou vendre un immeuble) ;

2. *Critère du « contrôle »* : La notion précédente est écartée lorsqu'il apparaît que la société se trouve, en fait, contrôlée par des étrangers ou, au contraire, par des Malgaches. Dans le premier cas, la société sera considérée comme étant d'allégeance politique étrangère ; dans le second cas, elle apparaîtra comme étant malgache. Le soin de dégager cette notion moderne, mais délicate, de « contrôle » sera confié aux tribunaux ;

L'article 24 renverse le principe traditionnel selon lequel la personnalité morale conférée à une société par le pays de sa création ne s'impose pas dans l'Etat où cette société exerce ses activités. Cette solution, peut-être audacieuse, ne présente pas d'inconvénient, du fait que le deuxième paragraphe de l'article prévoit la possibilité de mettre fin aux activités d'une société par simple décret.

L'article 25 rappelle que ces règles peuvent toujours être écartées par voie diplomatique. Effectivement, la convention d'établissement franco-malgache contient, à l'égard des sociétés, des dispositions assez différentes.

Il n'a pas paru nécessaire d'envisager la question des associations, du fait que le régime des associations étrangères est défini par les articles 14 à 22 de l'ordonnance n° 60-133 du 3 octobre 1960 portant régime général des associations (J.O.R.M. du 15.10.60, p 2091).

Le problème des conflits de lois a fait l'objet d'un chapitre second, où l'on s'est efforcé de condenser les principes, les solutions actuellement admises dans la société internationale.

L'article 26 évoque la question célèbre du « renvoi ». Dans certains cas, en effet, la loi malgache elle-même va donner compétence à la loi étrangère. Mais si celle-ci refuse la compétence et si l'on se trouve ainsi en présence d'un « rapport de droit apatride » pour reprendre l'excellente expression du professeur Niboyet, la loi malgache redevient applicable, conformément au grand principe territorialité.

L'article 27 rappelle que les *lois pénales* s'appliquent à tous les habitants de Madagascar, sans distinction de nationalité.

L'article 28 reprend la règle fondamentale, selon laquelle *l'état et la capacité des personnes* demeurent soumis à leur loi nationale. En conséquence, les Malgaches, même résidant à l'étranger, seront régis par la loi malgache sur ce point, et inversement les étrangers installés à Madagascar relèveront en cette matière de leur loi nationale (à l'exception des apatrides).

L'article 29 soumet *tous les biens*, et en particulier les immeubles, à la loi du lieu où se trouvent ces immeubles.

L'article 30 consacre le principe de l'autonomie de la volonté dans le domaine des *obligations contractuelles* ou quasi-contractuelles et des *régimes matrimoniaux*. Par contre, *délits et quasi-délits* obéissent à la «*lex loci delicti*».

L'article 31 règle les conflits de lois en matière *de successions*, en distinguant les successions immobilières («*lex rei sitae*») et les successions mobilières (loi du domicile).

L'article 32 soumet les *donations* à la loi du donateur.

L'article 33 n'est que la traduction de la règle «*locus regit actum*».

L'article 34, enfin, réserve les situations juridiques antérieurement acquise.

On remarquera qu'en dehors de l'article 28, aucune règle ne concerne le droit des personnes (mariage, divorce et séparation de corps, filiation légitime, naturelle ou adoptive). Il nous a paru difficile, en effet, de poser des principes de droit international privé, alors que la commission de rédaction du Code civil n'a pas terminé l'étude du Code civil malgache. Par ailleurs, jurisprudence et doctrine se trouvent divisées sur cette matière, de telle sorte qu'il paraît malaisé de dégager des règles simples relatives aux conflits des lois dans le droit des personnes.

Telle est l'économie du projet soumis à votre approbation.

TITRE PREMIER

DISPOSITIONS GENERALES DE DROIT INTERNE

Article premier - Les lois acquièrent force exécutoire en vertu de la promulgation qui en est faite dans les formes constitutionnelles.

Art. 2 - La publication des lois résulte de leur insertion au *Journal officiel* de la République.

Art. 3 - Les lois ne deviennent obligatoires, qu'un jour franc après l'arrivée du *Journal officiel*, constatée à la sous-préfecture par l'apposition d'un timbre à date.

Art. 4 - En cas d'urgence déclarée par le Président de la République et sans préjudice de sa publication au Journal officiel, la loi devient obligatoire dans toute l'étendue du territoire de la République dès son affichage sur le tableau des actes administratifs de la sous-préfecture.

Sauf impossibilité résultant d'un cas de force majeure, le texte de loi doit avoir été porté préalablement à la connaissance du public par émission radiodiffusée, par *kabary* ou par tout autre mode de publicité.

Art. 5 - Les rectificatifs à une loi publiée au *Journal officiel* sont dépourvus d'effets s'ils n'ont pas fait l'objet d'une promulgation spéciale, à moins qu'ils n'aient simplement pour objet de réparer une erreur purement matérielle, de combler une omission évidente ou de mettre le texte publié en conformité avec le texte promulgué.

Art. 6 - La publication des décrets résulte de leur insertion au *Journal officiel* de la République.

Les décrets ne sont obligatoires que dans les conditions prévues aux articles 3, 4 et 5.

Les actes réglementaires autres que les décrets deviennent obligatoires un jour franc après la date à laquelle ils ont reçu une publicité suffisante.

En cas d'urgence déclarée dans l'acte, son auteur peut prescrire qu'il sera obligatoire aussitôt qu'il aura reçu cette publicité.

Art. 7 - Il pourra toujours être décidé que la loi ou tout autre acte administratif ou réglementaire ayant une portée générale sera en outre porté à la connaissance du public par d'autres moyens tels qu'émission radiodiffusée, *kabary*, insertion dans la presse ou dans les *dinam-pokonolona*.

Art. 8 - Toute loi nouvelle s'applique même aux situations établies et aux rapports juridiques formés avant son entrée en vigueur quand elle n'a pas pour résultat de modifier les effets produits par une situation juridique antérieure.

Sous la réserve qui précède, les lois de procédure s'appliquent aux instances en cours qui n'ont pas fait l'objet d'une décision au fond ;

Par exception, les lois d'interprétation ont par elles-mêmes effet rétroactif dès qu'il apparaît clairement que ce caractère lui a bien été attribué par le législateur. Mais elles ne peuvent, sauf disposition contraire du législateur, porter atteinte aux effets des décisions passées en force de chose jugée ou des transactions intervenues dans les formes légales.

Les lois antérieures à régir les effets des contrats en cours, sauf dérogation expresse du législateur.

Art. 9 - On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Art. 10 - Tout acte ou fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi et peut engager la responsabilité de son auteur.

La présente disposition ne s'applique pas aux droits qui, en raison de leur nature ou en vertu de la loi, peuvent être exercés de façon discrétionnaire.

Art. 11 - Aucun juge ne peut refuser de juger un différend qui lui est soumis, sous quelque prétexte que ce soit ; en cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, le juge peut s'inspirer des principes généraux du droit et, le cas échéant, des coutumes et traditions des parties en cause, à condition que ces coutumes et traditions soient certaines, parfaitement établies et ne heurtent en rien l'ordre public et les bonnes mœurs.

Art. 12 - Pour rechercher les mobiles et l'esprit qui ont déterminé l'acte qui lui est soumis, en apprécier les suites comme les résultats, le juge, appelé à trancher un différend, peut également s'inspirer de ces coutumes et traditions.

Art. 13 - Les principes généraux contenus dans le préambule de la Constitution de la République Malgache s'imposent aux juges qui doivent, en tous les cas, en faire assurer le respect et l'observation dans le cadre de la législation en vigueur.

Art. 14 - Tout Malgache jouira des droits civils.

Art. 15 - La majorité civile est fixée à vingt et un ans.

Art. 16 - L'exercice et la jouissance des droits civils sont indépendants de l'exercice et de la jouissance des droits politiques, dont l'acquisition et la conservation sont déterminées par la Constitution et par les lois organiques.

Art. 17- Les droits de la personnalité sont hors commerce.

Toute limitation volontaire apportée à l'exercice de ces droits est nulle si elle est contraire à l'ordre public.

(Loi n° 98-019 du 02.12.98) Toutefois, il est permis de compromettre sur ces droits dans le cadre des articles 439 et suivants du Code de procédure civile.

(idem) Na izany aza anefa, azo ekena ny fanaovana fifanekena fanelanelanana mikasika ireo zo ireo, ka ao anatin'ny voalazan'ny andininy faha-439 sy ny mana-raka amin'ny Fehezandalàna momba ny paikady madio.

Art. 18 - Toute atteinte illicite à la personnalité donne à celui qui la subit le droit de demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la responsabilité qui peut en résulter pour son auteur.

Art. 19 - Un national malgache ou étranger ne peut être privé de l'exercice de ses droits civils et de famille que par une décision de justice, dans les conditions prévues par la loi.

TITRE II

DISPOSITIONS GENERALES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

CHAPITRE PREMIER DE LA CONDITION DES ETRANGERS

SECTION I CONDITION DES PERSONNES

Art. 20 - L'étranger jouit à Madagascar des mêmes droits que les nationaux à l'exception de ceux qui lui sont refusés expressément par la loi.

L'exercice d'un droit peut toutefois être subordonné à la réciprocité.

Sous réserve des dispositions des traités diplomatiques ou des accords de coopération, l'étranger ne jouit ni des droits d'électorat et d'éligibilité dans les assemblées politiques ou administratives, ni des droits d'exercer une fonction publique ou juridictionnelle ou de faire partie d'un organisme de gestion d'un service public.

Art. 21- L'étranger ne peut avoir de domicile à Madagascar, au sens de la loi malgache, que s'il satisfait aux obligations imposées par les lois relatives au séjour des étrangers à Madagascar.

SECTION II

CONDITION DES PERSONNES MORALES

Art. 22- (nouveau) : Les personnes morales, dont le siège social est à Madagascar, jouissent de tous les droits reconnus aux Malgaches et compatibles avec leur nature et leur objet.

Toutefois, si leur gestion est placée, de quelque manière que ce soit, sous le contrôle d'étrangers ou d'organismes dépendants eux-mêmes d'étrangers, elles ne jouissent que des droits reconnus aux étrangers par l'article 20 ci-dessus.

Une personne physique ou morale est présumée détenir le contrôle d'une société:

1- Soit lorsqu'elle détient, directement ou indirectement ou par personne interposée, plus de la moitié des droits de vote d'une société.

2- Soit lorsqu'elle dispose de plus de la moitié des droits de vote d'une société en vertu d'un accord ou d'accords conclu avec d'autres associés de cette société;

3- Soit lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société. Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne.

Art. 23 - Les personnes morales, dont le siège social est à l'étranger, ne jouissent que des droits reconnus aux étrangers par le même article.

Toutefois, si leur gestion est placée, de quelque manière que ce soit, sous le contrôle de Malgaches ou d'organismes dépendant eux-mêmes de Malgaches, elles jouissent de tous les droits reconnus aux Malgaches et compatibles avec leur nature et leur objet.

Art. 24 - La personnalité morale conférée aux sociétés par la loi du pays de leur création est de plein droit reconnue à Madagascar avec les effets fixés par cette loi.

Ces sociétés peuvent exercer leur activité à Madagascar, à moins qu'il n'en soit disposé autrement par décret.

Art. 25 - Les dispositions de la présente section ne s'appliquent que sous réserve des traités diplomatiques ou des accords de coopération conclus par la République Malgache.

CHAPITRE II

DES CONFLITS DE LOIS

Art. 26 - Les dispositions du présent chapitre déterminent le domaine respectif des lois malgaches et étrangères.

Lorsque la loi étrangère applicable ne se reconnaît pas compétente, il doit être fait application de toute autre loi étrangère qui accepte cette compétence ou, à défaut, de la loi malgache.

Art. 27 - Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le Territoire.

Art. 28 - L'état et la capacité des personnes demeurent soumis à leur loi nationale.

Sont néanmoins régis par la loi malgache les apatrides domiciliés à Madagascar.

Art. 29 - Les biens relèvent de la loi du lieu de leur situation.

En particulier, les immeubles sis à Madagascar, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi malgache.

Art. 30 - En matière d'obligations contractuelles et quasi contractuelles, ainsi que de régimes matrimoniaux contractuels, la juridiction saisie recherche et applique la loi sous l'empire de la quelle les parties ont entendu se placer.

En matière d'obligations délictuelles et quasi délictuelles, la loi du lieu du délit ou quasi-délit est seule applicable.

Art. 31 - Les successions immobilières obéissent à la loi du lieu de situation des immeubles.

Art. 32 - Les donations relèvent de la loi du donateur.

Art. 33 - Tout acte juridique est valable lorsqu'il satisfait à la forme en vigueur au lieu de sa passation.

Art. 34 - Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent que sous réserve des situations juridiques antérieurement acquises.

Art. 35 - Sont abrogées toutes dispositions antérieures contraires à la présente ordonnance.

Ce chapitre doit être complété par les articles 6 à 11 ci-après de l'ordonnance n°60-171 du 3 octobre 1960 relative au partage des compétences entre les juridictions de droit moderne et les juridictions de droit traditionnel (*J.O. n°131 du 05.11.60, p 2336*), seules dispositions de ce texte à avoir été maintenues en vigueur par l'ordonnance n°62-058 du 24 septembre 1962 portant promulgation du Code de procédure civile (*J.O. n° 246 du 05.10.62, p .2141*) :

Art. 6 - Dans les affaires relatives à la validité du mariage, au régime matrimonial en l'absence de contrat de mariage, aux droits et obligations des époux, aux droits de puissance paternelle, à la dissolution de l'union conjugale et à ses conséquences, à la filiation légitime, il est salué conformément à la loi qui régit le statut du mari.

Néanmoins, les conditions requises pour contracter mariage sont appréciées, en ce qui concerne la femme, selon la loi qui régit son statut.

Art. 7 - Les actions en recherche de paternité ou de maternité naturelle sont tranchées, lorsqu'elles sont admises, suivant la loi qui régit le statut du père ou de la mère prétendus.

Art. 8 - En matière d'adoption, la loi du statut de l'adopté est seule applicable.

Néanmoins, les conditions requises pour adopter sont appréciées selon la loi qui régit le statut de l'adoptant.

Art. 9 - Les successions sont régies par la loi du statut du défunt.

Art. 10 - Les donations relèvent de la loi du statut du donateur.

Art. 11 - En matière de contrats et d'obligations, la juridiction saisie recherche et applique la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer.