HAL
open science

La pratique judiciaire dans le domaine foncier à Madagascar

Philippe Karpe, Minoarivelo Randrianarison, Saholy Rambinitsaotra, Sigrid Aubert

To cite this version:

Philippe Karpe, Minoarivelo Randrianarison, Saholy Rambinitsaotra, Sigrid Aubert. La pratique judiciaire dans le domaine foncier à Madagascar. Droit et Cultures, 2007, 54 (2), pp.15. cirad-00843298

HAL Id: cirad-00843298

https://hal.science/cirad-00843298v1

Submitted on 11 Jul 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'anglais et les cultures : carrefour ou frontière ?

DROIT et CULTURES

Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire

L'Harmattan

REVUE PUBLIEE AVEC LE CONCOURS DU CNRS **54** 2007/2

Philippe karpe, Mino Randrianarison, Saholy Rambinintsaotra, Sigrid Aubert

La pratique judiciaire dans le domaine foncier à Madagascar

Madagascar demeure encore un pays essentiellement rural. Plus des deux tiers de sa population vit hors des centres urbains. Le secteur primaire (agricole et forestier) contribue pour près de la moitié à la masse de revenu total des ménages et pour plus du tiers à la création de la richesse nationale[1]. Dans ce contexte, la question de la régulation foncière (détermination des modes d'attribution, de transfert, d'usage et de sécurisation des terres) revêt une importance particulière.

En matière foncière, la coutume constitue le système de référence de la communauté concernée. En outre, en cas de défaillance des autorités coutumières, l'accès limité au droit positif conduit la population à développer, plus ou moins délibérément, des pratiques originales dérogatoires du droit commun. Dans ce contexte persistant de pluralisme juridique, depuis la « pacification merina » jusqu'à nos jours, de nombreuses initiatives de régulation foncière ont été initiées par l'Etat[2]. Cette régulation vise à rendre compatibles les pratiques sociales relatives à la gestion du foncier avec les énoncés des droits, obligations, et procédures légalement reconnus.

Quel est le rôle du juge dans ce contexte de pluralisme juridique et de tentatives légales de conciliation ?

L'ordre judiciaire est continuellement l'objet de nombreuses critiques. Les remarques faites dans le domaine de la justice portent essentiellement sur la lenteur administrative et la méconnaissance des procédures judiciaires par les justiciables. Trop peu représenté sur le territoire national, le personnel travaillant dans le domaine judiciaire ne peut plus satisfaire à tous les besoins de la population, surtout en milieu rural. Aujourd'hui, la justice est surtout au centre de lourds débats en lien avec le souci d'approfondir l'Etat de droit. Il se développe ainsi un discours très critique de l'administration judiciaire essentiellement axé sur la dénonciation

de corruption ou d'impartialité[3]. Bien que certaines de ces pratiques condamnables puissent exister, elles sont loin d'être systématiques au sein de l'administration judiciaire. La recontextualisation de la pratique du juge apparaît en effet comme un élément majeur permettant de relativiser ce type d'accusation.

Depuis une dizaine d'année, l'Etat entreprend des réformes en vue de remédier aux carences du système judiciaire (principalement civil, pénal et administratif): décret n° 98-622 du 19 août 1998 créant le cadre de l'administration judiciaire, loi n° 2001-006 du 9 avril 2003 organisant la profession d'Avocat, loi n° 2004-036 du 1er octobre 2004 relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois Cours la composant, projet de loi organique n°035/2004 du 14 juillet 2004 portant statut de la magistrature, projet de loi n°037/2005 du 23 novembre 2005 portant statut des huissiers de justice et commissaires priseurs de Madagascar. Ces réformes ne peuvent pas à elles-seules améliorer la justice à Madagascar. En effet, malgré les efforts entrepris par l'Etat notamment pour le recrutement de nouveaux magistrats, il ne peut pas aller au-delà de ce que son budget lui permet, et il lui permet peu. De ce fait, la reconnaissance des pratiques locales comme les conciliations traditionnelles et l'adoption des *dina* apparaît comme évidente pour combler les insuffisances de l'Etat: « On devrait donner plus de marge de manœuvre aux autorités locales administratives car elles sont plus proches de la population donc connaissent plus le fonctionnement de cette société »[4].

En matière foncière, le juge a développé une pratique particulière. Il n'intervient que très marginalement dans le règlement des différends. L'essentiel des conflits, soumis à des procédures de règlement pré-judiciaires, sont ignorés de lui. Mais lorsque des conflits lui sont soumis, le plus souvent, il ne se limite pas à se référer à la loi, à en chercher l'application. Soucieux de la paix sociale dans le cas concret qui lui est soumis, il va essentiellement rechercher de manière pragmatique le juste équilibre entre les intérêts personnels ou collectifs présents. Il joue le rôle d'arbitre, de conciliateur de fait, prolongeant ainsi la nature et la finalité des procédures qui le précèdent.

Avant de développer le rôle du juge dans le cadre de la réglementation des conflits fonciers, nous allons préciser le contexte d'intervention de celui-ci.

Mise en contexte du recours à la justice à Madagascar

Le recours à la justice sous sa forme commune est restreint du fait principalement de la faiblesse de l'accès au droit, des carences cumulées des

3 V. par ex.: Compte rendu des réalisations du Gouvernement pour l'année 2004, J. Sylla, n°17, du lundi

administrations foncière et judiciaire et d'une forte imprégnation des institutions coutumières et des préjugés populaires sur le Juge.

Un accès au droit limité pour les populations et les professionnels

La connaissance et l'application du droit foncier demeurent difficiles à Madagascar. Il y a des raisons matérielles qui expliquent cela, parmi lesquelles l'insuffisance des ressources financières. Il y a aussi (et peut être de manière plus fondamentale) des raisons intellectuelles, à savoir la forme inadaptée du droit et la persistance du modèle français.

Le contexte contraignant du sous-développement

La régulation foncière se heurte à de multiples contraintes et handicaps matériels auxquels sont soumises la connaissance et l'application du droit positif à Madagascar. Ainsi, les documents juridiques sont dispersés en différents lieux y compris chez des individus. Les documents disponibles ne le sont que de manière très restreinte et à des prix élevés pour les malgaches. Ainsi, le *Journal Officiel de la République Malgache* (*JORM*) ne se publie chaque semaine qu'à quelques 1500 exemplaires pour une population de 17 millions d'habitants. Par ailleurs, le prix au guichet du *JORM* s'élève à 1 626,00 ariary soit la somme nécessaire à une personne pour l'achat de sa ration quotidienne de riz, celui-ci étant l'aliment de base à Madagascar. Même accessibles, les documents juridiques ne sont généralement pas actualisés. Il n'y avait plus jusqu'à très récemment de recueil complet et régulièrement mis à jour de la jurisprudence (près de 30 ans d'attente avant une nouvelle publication). Ils s'avèrent être souvent peu fiables et incomplets : par exemple, certains documents officiels négligent les références au *JORM*. Or la publication au *JORM* est la condition nécessaire pour rendre un texte de loi applicable. Compte tenu de la fréquence des mises en circulation de projets de loi ou de textes provisoires ou en cours de modification, il devient difficile pour les juristes de mobiliser la bonne référence, et donc d'identifier de manière exhaustive et cohérente du droit en vigueur…

Il existe des moyens alternatifs pour faciliter l'accès aux textes et donc leur application.

Dans la presse écrite quotidienne on trouve des présentations synthétiques des textes de loi nouvellement votés. Ces résumés ont un rôle informatif mais ne peuvent constituer des références fiables pour les juristes. En outre , la presse écrite est peu diffusée hors des zones urbaines et principalement d'Antananarivo où l'analphabétisme et la tradition de l'oralité caractérisent une grande partie de la population.

Par ailleurs, du fait du développement d'Internet, la numérisation des textes de loi se systématise peu à peu. Des recueils de CD sont réalisés et constituent des

pourrait constituer à terme au moins pour les professionnels du droit une piste intéressante, si toutefois les prix d'accès n'atteignent pas en situation de crise économique, des montants prohibitifs. Reste que la généralisation du recours au numérique est subordonnée à l'accessibilité aux réseaux électriques, encore peu effective en milieu rural à Madagascar…

Dans tous les cas, malgré tous les efforts que chacun peut engager individuellement (débrouillardise et mise en branle de réseaux de personnes) ou solidairement avec des collègues (une sorte de « troc documentaire »), certains documents continuent à être totalement indisponibles. Ils ne sont connus que par ouï-dire. Fort regrettablement, cela est le cas pour de nombreux textes normatifs eux-mêmes[5].

La forme inadaptée du droit

La compréhension en général du droit est difficile. La logique et le langage juridiques en particulier demeurent trop obscurs pour les justiciables. A Madagascar, la lecture du droit est rendue d'autant plus difficile que sa forme n'est pas adaptée au contexte intellectuel de l'accès et de l'application de ce droit.

En effet, de manière générale, la structure interne des normes en droit malgache est identique à celle en droit français. Dans les deux cas, les textes sont organisés en titres, chapitres, sections et articles. Indépendamment du fait que les textes sont rédigés en français, le langage juridique (terminologie, grammaire, etc.) des textes juridiques malgaches est strictement identique à celui des textes français. Cela est marquant à la lecture comparée de l'énoncé des règles de conduite. Identiquement, dans les deux systèmes de droit, un seul type de règle de conduite est généralement prévu qu'il s'agisse d'une obligation, d'une interdiction, d'une faculté ou d'une permission (couleur grise). Par ailleurs, pour bien marquer le caractère impératif de la règle de conduite, il est fait recours au temps présent, au mode impersonnel, à la voix passive et/ou à la négation :

Tableau 1 : Langage juridique employé en droit français et en droit malgache

Droit français	Droit malgache
Code forestier français: article L135-1: « Après la vente, il ne peut être fait aucun changement à l'assiette des coupes ni ajouté ou échange aucun arbre ou portion de bois sous quelque prétexte que ce soit. En cas d'infraction, l'acheteur encourt une amende de 7500 euros et une interdiction de participer aux ventes diligentées par l'Office national des forêts pour une durée de deux ans au plus, sans préjudice de la restitution des bois non compris dans la vente ou de leur valeur. Les ingénieurs et agents assermentés de l'Office national des forêts qui auraient permis ou toléré ces additions ou changements, seraient punis/punis de pareille amende, sans préjudice, s'il y a lieu, de l'application des dispositions du code pénal »	*Loi malgache n° 97-017 du 8 août 1997 portant révision de la législation forestière: article 35 alinéa 3:* « Tous les dix ans, il est établi par chaque propriétaire de forêt un inventaire de ses forêts » *Décret malgache n° 98-782 du 16 septembre 1998 relative à l'exploitation forestière: article 5:* « Nul ne peut s'approprier aucun produit des forêts soumises au régime forestier, sans y être autorisée » *article 38* « Tout titulaire d'un titre d'exploitation forestière doit tenir un carnet de chantier à souches » article 40 « Les transporteurs de produits forestiers doivent être munis/munis d'un laissez-passer ». *article 41:* « Toute personne désireuse d'exporter des produits forestiers conformément à la législation en vigueur doit préalablement en être autorisée/autorisée par un responsable habilité de l'administration chargée des forêts »

La reconduction persistante du modèle français

La similitude voire l'identité formelle entre le droit français et le droit malgache n'a pas lieu d'étonner. Madagascar est en effet une ancienne dépendance française.

Par ailleurs, en vertu de la théorie de la continuité du droit, et en application de l'ordonnance n° 60-107 du 27 septembre 1960 portant réforme de l'organisation judiciaire, le droit français fait partie du droit positif malgache et comble ainsi les vides et les imperfections encore existants dans ce droit[6]. Suivant la pratique des magistrats, il est appliqué dans ses termes actuels, et non pas dans sa rédaction au moment de l'indépendance de Madagascar. Cette pratique permet certes de combler les lacunes du droit malgache par du droit contemporain. Cependant, elle comporte le risque d'application d'un droit inadapté au contexte malgache...

Enfin, la formation des étudiants en droit se fait en français sur la base de documents pédagogiques français (manuels, ouvrages de doctrine publiés par différents éditeurs juridiques français). L'essentiel des manuels utilisés à la Faculté de droit de l'Université d'Antananarivo pour instruire de la matière juridique sont des manuels portant sur le droit français. Ces ouvrages servent à apprendre et à comprendre les notions et les matières juridiques générales ou particulières qui sont enseignées en Deug, Licence ou Maîtrise. Il existe des ouvrages de doctrine, des manuels et des articles sur le droit malgache rédigés par des malgaches. Mais, ils sont trop peu nombreux (moins d'une vingtaine) et bien souvent anciens (l'essentiel remonte au milieu des années 1970). De jeunes thésards sont actuellement formés. Mais, ils le sont à l'étranger. Par ailleurs, et plus gravement, ils semblent incapables d'étudier les normes et les pratiques juridiques pourtant malgaches comme des malgaches, ils le font en fait comme des étrangers. Ils souffrent ainsi d'une véritable crise d'identité. Cette situation touche également les étudiants formés dans les universités malgaches mêmes.

Accès limité à l'administration

Les procédures administratives foncières et judiciaires ne peuvent pas, en tout ou en partie, être mises en œuvre par les citoyens et plus encore en milieu rural. La pauvreté des populations et l'indigence de l'administration en sont les causes principales.

L'administration foncière à Madagascar

Le système foncier traditionnel persiste à Madagascar. Le droit coutumier côtoie ainsi de près le droit étatique. Ce système est basé sur la légitimité des propriétaires et non sur l'existence d'actes de propriété conformes aux règles étatiques. Ainsi, par exemple dans la commune rurale d'Ampanotokana, aucune immatriculation de terrain domanial ne peut se faire sans le consentement du *fokonolona*, qui est la communauté de base. Si une personne essaie d'immatriculer un terrain sans passer par les collectivités territoriales décentralisées, mais surtout le *fokonolona*, elle risque de ne pas pouvoir faire aboutir les procédures surtout si le terrain a un propriétaire légitime (et plus encore si le terrain est déjà mis en valeur). Plus on s'éloigne des grandes villes malgaches moins le foncier fait l'objet d'une immatriculation auprès du service du domaine. D'où la faible part des immatriculations dans le cadre du foncier : 10% seulement des terres sont immatriculées.

Le droit de propriété coutumier persiste pour diverses raisons. Quelques-unes parmi les plus importantes[7] : la procédure d'immatriculation est longue, près de 15 ans, et complexe, 24 étapes différentes et plusieurs intervenants issus de multiples institutions ; le coût d'une immatriculation reste élevé pour des populations rurales n'ayant pas un niveau de vie élevé[8] (environ 600 000 ariary, pour un revenu moyen mensuel évalué à 50 000 ariary), ainsi que pour l'administration foncière elle-même (par exemple, le coût par ha du cadastre est proche de 140 000 ariary) ; ces mêmes populations connaissent rarement les procédures d'immatriculation foncières ; le contexte local fait qu'on n'a pas encore besoin d'une immatriculation stricte pour assurer le droit de propriété (faible pression anthropique sur le foncier rural). Chaque famille ou lignage connaît les limites de ses parcelles sans avoir recours à des documents officiels. Dans le Sud malgache, chaque parcelle a même un nom qui permet de les identifier. Le fait de se tromper de nom de parcelle peut être un facteur

7 Ramarolanto, 1998 ; *Lettre de politique foncière*, 2005 ; Ramarolanto, 2005 ; Bertrand, Karpe, Aubert, 2007.

8 Outre le coût de l'immatriculation en lui-même, les paysans sont obligés de se déplacer auprès du service des domaines le plus proche de son lieu de résidence. Ceci n'est pas chose facile car en cas d'enclavement de la zone, les gens sont obligés de se rendre à ces centres à pieds. En plus de cela

qui permet de connaître les propriétaires traditionnels des terrains. La délimitation traditionnelle est ainsi balisée par les connaissances de chaque famille de ces terres et en cas de conflit par l'intervention des voisins directs qui connaissent leur délimitation.

L'administration judiciaire à Madagascar

La philosophie générale de la justice développée lors du règne d'Andrianampoinimerina (18e siècle) a été que le Roi est le juge, le seul maître absolu de son peuple, que ce soit dans les affaires sociales ou militaires, sans aucune distinction. Le Roi promulgue également toutes les lois qu'il estime nécessaires pour gouverner son peuple et son pays[9]. Les tribunaux sont apparus progressivement, statuant sur les conflits apparaissant au sein du royaume.

A l'indépendance de Madagascar, l'organisation judiciaire est très similaire au modèle français. Il n'avait pas été « possible que fussent élaborés en si peu de temps ni un droit nouveau, ni une procédure nouvelle. Tout cela [supposait] le développement d'une pensée juridique spécifiquement malgache, alors que l'enseignement de la science du droit en est au début de son organisation et que, tirant sa substance et ses cadres de l'Université française, il est fortement imprégné de la pensée juridique française »[10]. Depuis lors, peu de choses ont évolué. L'organisation judiciaire malgache demeure toujours très proche de celle française. Cela la rend difficilement compréhensible et donc mobilisable par les justiciables, à l'instar du droit lui-même.

A cette première difficulté d'ordre culturel s'ajoute de multiples obstacles matériels à la saisine régulière du juge.

La procédure est longue et lente en parcourant tous les degrés de juridiction. Le traitement des procédures s'étale sur plusieurs mois, voire plusieurs années[11]. En matière foncière, elle peut même être d'une durée supérieure à vingt ans[12].

Elle est par ailleurs coûteuse: exemple de tarifs : provisions pour Affaires civiles: 26 000,00 ariary ; provisions pour duplicata titre foncier ou extrait cadastral: 20 000,00 ariary ; provisions pour prescription acquisitive: 1° provisions pour Requête à fin d'ordonnance de désignation de la commission spéciale pour la constatation d'occupation et de mise en valeur: 3 800,00 ariary, 2° provisions pour Requête en prescription acquisitive 40000,00 ariary ; provisions pour Immatriculation : 40 000 ariary ; honoraires d'avocats : au minimum 300 000,00 ariary. Il faut rappeler que le salaire moyen d'un ouvrier agricole est compris entre 1 200,00 et 2 000,00 ariary par jour, que la somme de 1 626,00 ariary est celle

9 Razoharinoro Randriamboavonjy, 1972.

10 Bilbao, 1961.

11

nécessaire à une personne pour l'achat de sa ration quotidienne de riz, celui-ci étant l'aliment de base à Madagascar.

La procédure judiciaire est aussi incertaine. Logiquement, aucune partie ne peut savoir d'avance si elle va gagner le procès. Cela est d'autant plus difficile pour les personnes méconnaissant les arcanes de la justice. Elles se font facilement abuser par des personnes sans scrupules, y compris de supposés intermédiaires s'affichant en tant que juristes.

Enfin, pour se rendre au tribunal, les gens doivent parfois faire 5 jours de marche pour arriver dans le lieu où le TPI (tribunal de première instance) existe, et prendre en charge les dépenses que le déplacement génère. L'aide judiciaire (aide financière) existe, mais est insuffisante. Or l'accès à la justice est fonction de la proximité des juridictions et celles ci s'établissent en nombre limité sur l'ensemble du territoire national : 37 tribunaux de première instance et 4 cours d'appel effectifs en 2003 pour une superficie de 587 041 km² et une population alors estimée à 15 millions d'habitants environ[13]. L'inaccessibilité demeure en raison de l'inégale répartition des juridictions sur le territoire.

Le juge ne connaît pas tous les conflits, il statue à la marge

« Les malgaches accordent à la terre une valeur très importante. Ses modalités d'appropriation et d'usage constituent pour eux un élément majeur du patrimoine légitime[14]. Ainsi, usuellement, les membres d'une communauté ou d'une famille s'accordent un droit de regard sur l'ensemble des transactions immobilières réalisées par l'un de ses membres, que le bien ait été acquis individuellement ou qu'il fasse l'objet d'un héritage »[15]. Cette persistance du sentiment traditionnel vis-à-vis de le terre se retrouve logiquement dans le mode de règlement des conflits fonciers. En la matière, la justice coutumière demeure et essaie toujours de régler le conflit avant que les gens fassent recours à la justice étatique. Les notables du village peuvent même intervenir si une des parties fait appel à eux. Ces derniers essaieront par tous les moyens de trouver une solution au conflit et peuvent implorer les personnes en conflit à agir raisonnablement pour éviter que l'affaire soit rendue publique. La honte engendrée par la divulgation de l'affaire auprès du *fokonolona* peut pousser les personnes en conflit, et surtout celle qui a tort de trouver une solution rapide au conflit. Il s'ensuit une marginalisation

13 PNUD, 2003. Ainsi, à titre comparatif, si à Madagascar un TPI couvre en moyenne 15 000 km² et 500 000 habitants, à la Réunion, un TPI couvre en moyenne 63 km² et 187 000 habitants. Ces chiffres doivent cependant être relativisés dans la mesure où les textes légaux prévoient à Madagascar un nombre bien plus importants de tribunaux, et la réforme de la justice s'emploi actuellement à palier ces carences.

14

de la justice étatique. Celle-ci est au surplus renforcée par le regard populaire porté sur le juge.

La hiérarchie du pouvoir, le pouvoir de l'aînesse, le juste milieu

Lors de l'apparition d'un conflit, qu'il se passe entre les personnes d'une même famille ou de personnes appartenant à une même communauté villageoise, le respect de la hiérarchie traditionnelle est toujours de mise.

Le conflit se règle d'abord au sein de la famille élargie, sans intervention extérieure. Les personnes en conflit essaient de se retrouver en programmant des réunions familiales pour résoudre le problème, ou profiter des visites de courtoisie. En effet, un conflit est une affaire trop délicate, et tout spécialement les conflits fonciers. La principale crainte des intervenants est le déshonneur auprès de la société si l'affaire, par malheur, s'ébruite. Il y a un proverbe malgache très connu : *ny tokantrano tsy ahahaka* qui signifie : « on n'ébruite pas les affaires de la famille ».

Si le conflit n'a pas été réglé au sein de la famille, on verra à l'initiative des personnes lésées l'intervention des sages (pouvoir d'aînesse) pour essayer une seconde conciliation, sans l'intervention des autorités administratives. Ces personnes respectées dans la communauté sont appelées « *ray aman-dreny* » et leur pouvoir dans la société malgache d'aujourd'hui reste généralement très conséquent. Il arrive cependant que, dans certaines sociétés en mutation (arrivée massive de migrants, conflits de générations, etc.), ce pouvoir soit contesté.

Le *ray aman-dreny* connaît bien les membres de la communauté à laquelle il appartient, leurs faiblesses et leurs qualités, leurs modes de pensée, les rumeurs les concernant. Ainsi, il est très courant qu'il connaisse déjà l'existence du conflit et son objet avant même qu'une partie le saisisse. Il ne se saisit pourtant pas lui-même. Si personne ne lui demande d'intervenir, le conflit demeure latent : les deux parties s'ignorent sans jamais évoquer officiellement leur conflit. Cependant le *ray aman-dreny* peut prendre l'initiative de résoudre un conflit à l'occasion de circonstances exceptionnelles tel que le décès d'un membre de la famille ou du lignage des parties en conflit. Ce conflit non résolu peut en effet amener l'une d'entre elles à ne pas assister à l'enterrement ni à présenter les condoléances, ce qui est considéré comme un acte très grave dans la société malgache. Dans ce cas, les parties sont obligées de chercher à résoudre leur conflit..

Le *ray aman-dreny* seul, et non plus comme par le passé avec le *fokonolona*[16], ce qui évite la honte publique, réunit les deux parties. Il les écoute. Il leur pose des questions. Les parties peuvent appeler des témoins. Toutefois, en cas de suspicion d'impartialité, le *ray aman-dreny* ne tient aucun compte de ces témoignages. En cas de conflit crucial, il peut lui-même faire appel à une tierce personne qui servira de témoin (le *vavolombelona*). Il cherche à gérer le conflit, à y

trouver une solution. Cette solution doit tendre à rétablir l'équilibre, le juste milieu : le « *marimaritra iraisana* ».

Auparavant, la décision du *ray aman-dreny* était souvent accompagnée d'une formule prévenant les parties que tout manquement à sa décision serait sujette à sanction[17]. Celle-ci n'est aujourd'hui plus systématique mais si une partie ne respecte pas la décision, elle serait déconsidérée.

Tous ces éléments conduisent à rechercher au sein de la communauté seule une solution équilibrée entre les parties et non pas une sanction de l'une ou de l'autre. Par là même, le temps est une donnée importante dans la gestion et la résolution du conflit : il est préférable de patienter que de se précipiter, l'inverse est inconcevable.

Le regard populaire sur le juge

Le passage de l'instance familiale à une instance extérieure est signe de rupture de la solidarité familiale et communautaire (*fihavanana*). Les personnes qui emmènent un conflit auprès du tribunal seront considérées comme des impatients et surtout comme des « filous », des personnes malhonnêtes, par les membres de la famille. Cette appréciation, en sus de considérations matérielles, a conduit le législateur lors de l'indépendance à reconnaître et à aménager en particulier au bénéfice de l'Assemblée du *fokonolona* et du Maire de la Commune rurale un pouvoir de conciliation. Toute conciliation régulièrement enregistrée lie les parties en conflit à l'exception de ses dispositions contraires à l'ordre public (article 6 de l'Ordonnance n°60-131 du 3 octobre 1960 déterminant la procédure à suivre devant les juridictions de droit traditionnel). Cette procédure ne figure plus parmi les règles de procédure judiciaire. Mais son principe demeure. Simplement énoncé, le pouvoir de conciliation est dorénavant reconnu au seul Président du Conseil communal qui « fait fonction de conciliateur et d'arbitre dans les litiges d'ordre individuel ou collectif susceptibles d'être réglés par de tels procédés en tant que *ray aman-dreny* » (article 129, a) de la Loi n° 94-008 du 26 avril 1995 fixant les règles relatives à l'organisation, au fonctionnement et aux attributions des collectivités territoriales décentralisées).

En matière foncière, le *fokonolona* ou le maire est fréquemment sollicité notamment lors des transactions foncières qui impliquent des migrants ou des étrangers.

Le *mpisikidy* et le *mpanandro*
Dans certaines régions de Madagascar le recours aux pouvoirs des *mpisikidy* et *mpanandro* (autres types d'autorités coutumières disposant de pouvoirs divinatoires) est très courant pour trouver rapidement les auteurs des délits, entre autres en cas de vols ou de destruction de cultures sur pieds. Ambatondrazaka est réputé être une zone utilisant couramment ces pratiques, même si un recours auprès des autorités administratives se fait en parallèle auparavant. L'approche des *mpisikidy* et des *mpanandro* est très difficile car la communauté ne tient pas à avouer leur existence, leurs pratiques étant potentiellement répréhensibles par la loi (articles 473-6°et 475-3° du Code pénal).

Une fois l'auteur du délit identifié et si aucun arrangement à l'amiable n'a pu être fait entre les personnes en conflit, soit les plaignants demandent aux *mpisikidy* ou *mpanandro* de lui jeter un sort, et l'affaire peut s'arrêter à ce stade ; soit les plaignants portent plainte directement (et parallèlement au recours aux autorités coutumières) contre ces auteurs de délits selon les voies officielles. Notons que les auteurs des délits avouent généralement sans difficultés à cause de la menace que présente le sort jeté contre eux. Dans ce cas de figure, leurs aveux ne seront en outre pas exposés en public.

Par conséquent, un conflit foncier, selon sa nature et l'origine des parties, doit être traité par le *ray aman-dreny*, le *fokonolona*, le maire, le *mpisinkidy* ou le *mpanandro* avant d'être porté devant le juge.

Enfin, la justice étatique fait peur. L'idée même d'avoir affaire avec l'Etat ne rassure pas les gens et les dissuade d'agir. En effet, le juge établit un jugement qui, s'il ne s'inscrit pas dans la dynamique de régulation instituée à l'échelle locale, risque de ne pas être adopté, voire rejeté par la communauté de référence. C'est ainsi que le juge arrive en bout de course et il est très probable que seuls un millième des conflits fonciers soient effectivement portés devant les tribunaux.

Cependant, même si les conflits fonciers portés devant le juge ne constituent qu'une fraction minime des conflits fonciers, la pratique du juge en matière de régulation foncière doit être prise en compte. En effet, selon le député Ratsirahonana Lala Harijaona, « 70% des affaires traitées au tribunal concernent le foncier »[18].

Plus encore, le juge, dans l'exercice de ses fonctions, tient compte des réalités locales. Certes dans un cadre restreint, il est expressément habilité à se référer à la coutume : articles 11 et 12 de l'Ordonnance n° 62-041 du 19 septembre 1962 relative aux dispositions générales de droit interne et de droit international privé :

> -Article 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 ».
>
> -Article 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 ».

Bien mieux, même dans les cas qui ne relèvent pas des articles 11 et 12 de l'ordonnance n° 62-041 le juge développe, au sein de sa pratique judiciaire, des moyens originaux pour tenir compte des réalités locales.

Le juge, malgré toutes les difficultés évoquées antérieurement trouve toujours un compromis équitable pour pouvoir exercer convenablement ses attributions.

Les conflits saisis par les juges

Dans le cadre des affaires dont il est saisi, le juge a pour fonction ordinaire de garantir le respect de la règle de droit (loi, décret, etc.). Il en sanctionne toute violation dans le contexte de cas concrets. Il peut aussi en moduler l'application à chaque cas qui se présente à lui. Bien que sa décision n'ait que l'autorité relative de la chose jugée (elle ne vaut que pour les parties et pour l'affaire en cause), les jugements peuvent progressivement participer à la formation d'une nouvelle règle de droit : la jurisprudence ou règle jurisprudentielle. Cette nouvelle règle de droit est la conséquence tout d'abord de la répétition en termes identiques d'une décision d'un tribunal (développement d'une règle établie, loi ou autre, ou formulation d'une règle nouvelle). Elle résulte ensuite de l'unification de cette décision par la Juridiction Suprême (juge de Cassation) qui la formalise en la sanctionnant systématiquement. N'étant qu'une règle d'origine jurisprudentielle donc relative, elle peut être contredite par tout nouveau jugement voire par une nouvelle règle jurisprudentielle. Elle peut également être à tout moment validée ou invalidée par le législateur. Le juge a ainsi deux actions régulatrices, l'une particulière tendant à garantir la légalité des rapports interpersonnels, l'autre générale complétant la règle générale existante ou la créant.

En sus de cette fonction initiale commune, le juge malgache en exerce une autre, essentielle. De droit ou de fait, il remplit en effet une fonction particulière de conciliation. Via celle-ci, dans le cadre de la résolution des conflits fonciers privés ou publics et de la sanction des comportements dérogatoires, le juge civil, pénal ou administratif garantit le respect des règles et des hiérarchies légales, traditionnelles et populaires. Il assure de la même manière l'existence et le maintien de relations sociales harmonieuses.

Le rôle de conciliation du juge civil

Soucieux de la paix sociale, de garantir une composition sans heurt du droit

fins, il lui a par ailleurs attribué et aménagé un rôle évident de conciliateur (en sus de celui possible grâce au pouvoir commun d'adaptation aux réalités sociales).

La compétence spéciale du juge civil en matière foncière

Le juge civil est le principal magistrat traitant de questions foncières. Il est le premier protecteur du domaine de l'Etat. Lui seul peut en effet juger des litiges soulevés « soit par une administration, soit par un particulier relativement à l'acquisition, à l'exercice ou à l'extinction d'un droit réel intéressant un immeuble du domaine privé » (article 68 de la Loi n° 60-004 du 15 février 1960 relative au domaine privé national). Il protège aussi le domaine public dont il garantit « le recouvrement des produits, redevances, portions de fruits, participation aux bénéfices du domaine public corporel ou incorporel ou la recette des droits, actions et créances qui en dépendent » (article 29 de l'Ordonnance n° 60-099 du 21 septembre 1960 réglementant le domaine public modifiée par ordonnance n° 62-035 du 19 septembre 1962). Le juge civil est tout autant le garant du respect de la propriété privée des particuliers. Il est ainsi le juge de l'expropriation. Il la décide et fixe l'indemnité d'expropriation (articles 13 et suivants et articles 23 et suivants de l'Ordonnance n° 62-023 du 19 septembre 1962 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique, à l'acquisition amiable de propriétés immobilières par l'Etat ou les collectivités publiques secondaires et aux plus-values foncières). Il peut également ordonner l'expulsion de personnes temporairement autorisées à exploiter des terres aménagées en rizières non exploitées (article 19 de la Loi n° 66-025 du 19 décembre 1966 tendant à assurer la mise en culture des terres à vocation agricole). En cas de dol (mensonge) au cours d'une procédure d'immatriculation, il peut allouer des dommages et intérêts à « toute personne dont les droits ont été lésés par suite [de cette] immatriculation » (article 122 de l'Ordonnance n° 60-146 du 3 octobre 1960 relative au régime foncier de l'immatriculation).

Un rôle supplémentaire de conciliateur

Le juge civil a un rôle légal de conciliateur. En effet, suivant l'article 021 du Code de procédure civile promulgué par la loi n°2001-022 du 09 avril 2003 modifiant et complétant le code de procédure civile : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Il s'agit là d'une reconnaissance ancienne. Ce pouvoir figurait déjà aux articles 154 et suivants du Code de procédure civile promulgué par l'Ordonnance n° 62-058 du 24 septembre 1962. La procédure de conciliation est facultative, sauf dans un cas, celui de la saisie-arrêt sur les rémunérations dues à toutes les personnes salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs quels que soient le

conciliation peut intervenir « tout au long de l'instance » soit à l'initiative des parties elles-mêmes, soit à l'initiative du juge (article 154 du Code de procédure civile). « Lorsqu'elle est à l'initiative du juge, la conciliation est tentée, sauf disposition particulière, aux lieu et moment qu'il estime favorables » (article 155 du Code de procédure civile). « Les magistrats conciliateurs n'exercent pas de juridiction quand ils siègent en cette qualité. Leur rôle consiste à écouter les dires et observations des plaideurs, à calmer leur irritation ou leur animosité, à leur suggérer une base raisonnable de transaction, à leur présenter les avantages que celle-ci revêtirait pour eux (rapidité, absence de dérangement, de frais importants, etc.), à leur expliquer en équité où se situent leurs droits et obligations au regard de la loi, en un mot à les concilier. Mais la conciliation ne comporte ni instruction, ni jugement »[19]. Si les parties se mettent d'accord même partiellement, celui-ci « est constaté dans un procès-verbal signé par le juge et les parties. Si elles ne savent signer, il en est fait mention. Ce procès-verbal n'est susceptible d'aucune voie de recours » (article 157 du Code de procédure civile). Il est possible de délivrer des extraits du procès-verbal qui, revêtus de la formule exécutoire, valent titre exécutoire (article 158 du Code de procédure civile). L'exécution du procès-verbal de conciliation peut être forcée ou à l'amiable sur réquisition du créancier, dès que la décision est devenue exécutoire (article 482 du Code de procédure civile).

Les PV des conciliations participent de la jurisprudence…

Les magistrats civils exercent leur fonction de conciliation sans en réalité se référer aux dispositions légales (on peut douter de leur méconnaissance n'étant pas récentes en droit procédural malgache). Ils estiment que cela relève de leur devoir en tant que garant de la paix social, de l'équilibre au sein de la communauté sociale concernée (famille, *fokonolona*, etc.). Certains ont également évoqué le fait d'être interpellés directement par les parties par la formule « Vous en tant que *Ray amandreny*, pouvez- vous….. ».

Le fait d'avoir un jugement ou un PV de conciliation écrit peut satisfaire la personne qui se trouve être en conflit avec une autre. Le jugement peut être assimilé non comme une obligation mais seulement comme le résultat d'une lutte visant à reconnaître les droits d'une personne. Ce jugement émis peut ainsi ne pas être appliqué: le fait d'avoir raison peut le satisfaire pleinement, l'application du jugement n'étant qu'accessoire. Par là même, un juge pourrait reconnaître le droit de propriété d'une personne sur une terre immatriculée sans que l'occupant ne cesse d'exploiter cette même terre gratuitement à l'issue de l'intervention du juge.

Le rôle de conciliation du juge pénal

Si le juge civil traite des conflits interpersonnels, le juge pénal intervient sur la base du constat (plainte, contravention, …) d'un comportement incriminé par la loi. Lors du jugement, le procureur représente l'intérêt général (la société) et il apprécie l'incidence de ce comportement sur la paix sociale. Ainsi, si une plainte est déposée, l'affaire sera jugée et le jugement exécutoire, ceci même si la plainte est retirée.

A l'instar du juge civil, le juge pénal connaît de litiges fonciers. Mais à la différence de celui-là, il n'a pas un pouvoir spécial de conciliation. Il l'exerce néanmoins via son pouvoir normal d'adaptation qu'il conserve. Il l'exerce en particulier lorsqu'il est confronté au *dina*, mode traditionnel de régulation pénale au sein des populations malgaches.

Les conflits fonciers portés devant le tribunal pénal

Le juge pénal peut être amené à connaître de conflits fonciers. Très souvent, il les traite indirectement en statuant notamment sur des cas de coups et blessures volontaires ayant en fait à leur base des problèmes fonciers. Il sanctionne aussi directement les cas d'atteintes au droit de propriété et ses démembrements. Il est par exemple saisi des cas de stellionat (article 131 de l'Ordonnance n° 60-146 du 3 octobre 1960 relative au régime foncier de l'immatriculation). « Est réputé stellionataire : quiconque fait immatriculer en son nom un immeuble dont il sait ne pas être propriétaire ; Quiconque fait inscrire un droit réel sur un titre qu'il sait ne pas lui appartenir ; Quiconque fait immatriculer un immeuble en omettant sciemment de faire inscrire les hypothèques, droits réels ou charges dont cet immeuble est grevé ; Quiconque, frappé ou non d'incapacité, contracté avec une tierce personne à l'aide d'une déclaration mensongère. Les officiers ministériels ayant participé à la rédaction des actes entachés de stellionat peuvent être poursuivis comme complices » (article 132). Il intervient également à l'encontre d'occupants sans titre de terrains titrés (Ordonnance n° 60-121 du 1er octobre 1960 visant à réprimer les atteintes portées à la propriété). Le juge pénal peut aussi aider à la constitution de la propriété par voie de prescription (mise en valeur paisible et durable des terres) en sanctionnant les cas de destruction de cultures (article 444 du Code pénal).

Des pouvoirs classiques d'adaptation du juge

Le juge pénal n'est pas, au contraire du juge civil, légalement habilité à faire de la conciliation. Il connaît cependant l'importance que revêt le contexte social local pour l'application d'une décision, même judiciaire. Il sait également l'utilité comparative de la conciliation comme mode de règlement des différends. Il va chercher à intégrer l'un et l'autre dans sa pratique et ses décisions. Malgré la nature particulière du conflit pénal, il va en particulier tendre à créer un espace de discussions entre les personnes au conflit et leur donner le temps de le résoudre

droit pénal (Code pénal et Code de procédure pénale) : circonstances atténuantes, complément d'enquête, descente sur le terrain, sursis à statuer, etc. Dans certains cas, spécialement les conflits impliquant des membres d'une même famille, le juge pénal prend lui-même l'initiative au cours de l'audience de concilier les personnes en conflit. « Faites attention, il s'agit d'un conflit familial et non entre personnes qui ne se connaissent pas ». Le juge souligne aux personnes en conflit l'importance des liens de parenté et les conséquences désastreuses que pourrait avoir le jugement sur ces liens. Dans une affaire analysée (coups et blessures volontaires dans le contexte d'un partage de terres d'un père à ses fils), suite à l'intervention du juge, le fils a retiré sa plainte et a pardonné à ses frères et à son père pour le mal qu'ils lui avaient infligé. Dans cette situation, le Procureur peut requérir un non-lieu probablement accepté par le juge. Malheureusement, le père n'a pas retiré sa plainte car il trouvait que son fils en faisait un peu trop. Le magistrat a alors de nouveau insisté sur l'importance des liens de parenté et donc sur la nécessité d'aboutir à une conciliation. Il a à cette fin accorder un délai de réflexion au père par un renvoi du délibéré à une date ultérieure. Il a précisé que, si au terme du délai accordé, aucune conciliation n'était intervenue, il serait dans l'obligation de juger suivant les termes de la loi et donc au détriment des liens de parenté (en l'espèce condamnation pour coups et blessures volontaires à l'encontre du père et de ses fils les faits étant avérés).

Le dina et la prise en considération de la dimension communautaire par le juge

Le *dina* est l'outil principal de régulation du *fokonolona*, que ce soit sous sa forme traditionnelle ou légale. Par les sanctions qu'il prévoit, il garantit la stabilité au sein de cette communauté y compris dans le domaine foncier. De par ce caractère, le juge pénal ne peut l'ignorer et ne l'ignore pas.

– La nature des institutions communautaires de régulation foncière

Avec les méfaits de l'application jugée trop stricte des normes régissant la société par l'intermédiaire de ses tribunaux, le gouvernement *(fanjakana)* décida en 1885 de remettre aux mains des *ray aman-dreny,* des responsables de la circonscription et du *fokonolona,* l'autorisation de poursuivre les activités de régulation du fonctionnement de la société. Le Tribunal pénal n'intervenait dans ce contexte que dans affaires d'importance majeure. L'idée de justice reposait alors pour les malgaches sur trois piliers : la loi, les juges et le *fokonolona*.

Le *fokonolona*

Le *fokonolona* est une instance traditionnelle à Madagascar, au moins sur les Hautes terres. Elle peut être définie comme étant « un clan (ou parfois un lignage) mystique où le groupe vient trouver sa cohésion »[20]. Le *fokonolona* remplit régulièrement plusieurs fonctions au nom et pour le compte de ses membres. En particulier, et non des moindres, il administre les biens fonciers, en détermine l'affectation et les règles de gestion. Il résout les conflits les concernant.

Les réalités matérielles, sociales et culturelles du pays ont conduit l'Etat à s'appuyer sur l'institution du *fokonolona* pour mener et sécuriser leurs politiques de développement rural. Il l'a à cette fin en tout ou en partie légalisé. Ainsi, dans les années 1970[21], il fut accordé au *fokonolona* un important pouvoir de régulation sociale reconnu par les textes. Plus précisément, l'ordonnance de 1973 portant structuration du monde rural pour une maîtrise populaire du développement pose que le *fokonolona* est responsable de son *fokontany* (territoire). Il en gère le patrimoine. Il y assure la tranquillité, l'ordre public, l'hygiène et la voirie (article 7). Il décide et exécute les programmes de développement (article 8). Dans le domaine foncier, ses pouvoirs sont variables suivant la nature du terrain concerné: sur les terres qu'il a mises en valeur, il en règle l'administration et l'exploitation (article 10) ; sur les terrains du domaine privé de l'Etat, il conserve « le droit de culture, le droit de parcours et de pâturage pour les troupeaux, le droit de récolte des produits qui s'y rencontrent à l'état naturel, le droit de pêche, le droit de coupe dans les forêts nécessaires aux usages domestiques ou de ramassage du bois mort » (article 11). Il lui est aussi reconnu un pouvoir de conciliation en cas de différends civils (article 7, § 3).

Aujourd'hui, même si le territoire du *fokonolona* n'est plus une division administrative disposant de la personnalité morale, le rôle du *fokonolona* reste prépondérant en matière de régulation sociale. Globalement, il continue à garantir la protection et la circulation des biens (article 34 du Décret n°2002-1170 fixant les règles relatives à l'organisation, au fonctionnement et aux attributions du *fokontany* et du *fokonolona*). Il participe toujours à la procédure d'immatriculation des terres (Ordonnance n° 60-146 du 3 octobre 1960 relative au régime foncier de l'immatriculation et Loi n°2003-029 du 27 août 2003 modifiant certaines dispositions de l'Ordonnance n°60-146 du 03 octobre 1960 relative au régime foncier de l'immatriculation).

Ce rôle social éminent du *Fokonolona* a été rappelé et ainsi conforté à l'occasion de la dernière révision constitutionnelle intervenue en 2007 (Loi constitutionnelle n° 2007-001 du 27 avril 2007):

> Préambule, 2ème alinéa : « Convaincu que le Fokonolona, organisé en Fokontany, constitue un cadre d'échange et de concertation participative des citoyens ».
>
> Article 35 : « Le Fokonolona est la base du développement. Le Fokonolona peut prendre des mesures appropriées tendant à s'opposer à des actes

---

20 [illegible]

susceptibles de détruire l'environnement, de le déposséder de ses terres, d'accaparer les espaces traditionnellement affectés aux troupeaux de bœufs ou son patrimoine rituel, sans que ces mesures puissent porter atteinte à l'intérêt général et à l'ordre public ».

- Le *dina*

Traditionnellement et légalement, le *fokonolona* adopte et exécute des *dina* afin d'exercer sa mission.

Le *dina* traditionnel ou Convention de *fokonolona* est « une convention ou accord entre les membres d'une communauté déterminée [le *fokonolona*] où chaque membre doit marquer son adhésion par des serments ou des imprécations et dans laquelle des sanctions ou malédictions sont prévues ou réservées à ceux qui ne respectent ou n'appliquent pas les termes convenus »[22]. Il est initié pour répondre à divers problèmes locaux concrètement vécus par les populations locales. Il l'est généralement par un individu « écouté du fait qu'il occupe une position sociale privilégiée : notable, homme politique ou personne considérée comme sacrée car possédant un pouvoir charismatique ou parfois magique et qui peut, de ce fait, rassembler les membres de la communauté »[23]. Le *dina* traditionnel est ensuite adopté par le *fokonolona* lors d'une réunion, et après ritualisation. La ritualisation consiste à instituer le dina auprès du *fokonolona* qui se l'appropriera.

Le *dina* prescrit des interdictions et des obligations à la charge des membres de la communauté. Le non respect des *dina* entraîne l'application des *vonodina*, sanctions également prévues. Il s'agit notamment de réparations pécuniaires (amende ou remboursement de la valeur en argent de la chose volée, etc.) ou en nature (restitution avec coefficient des bœufs volés, etc.), ainsi que de sanctions sociales (exclusion de la communauté, etc.). Ces sanctions peuvent également être bien plus lourdes à l'exemple de la peine de mort prévue dans le *dinan' ny menavozo* (région de Farafangana) à l'encontre des voleurs de bovidés, d'incendiaires de maison, des voleurs par effraction, des sorciers et des meurtriers. En outre, « le *dina* n'est pas seulement une convention entre la communauté des vivants mais c'est aussi un pacte avec le *Zanahary* (Dieu), les ancêtres et les esprits des lieux »[24]. Toute rupture avec les prescriptions inscrites dans le *dina* entraîne donc inévitablement une sanction indépendamment de celle prévue dans le *dina* (*tsiny* et *tody*).

Soucieux d'un côté de canaliser voire d'éliminer leurs défauts et désireux de l'autre de se réapproprier leurs qualités aux fins de la réalisation de sa propre politique, l'Etat institutionnalise ce type de procédures. Ainsi, dans un objectif

22 Razanabahiny, 1995.

général de désengorgement des tribunaux, une procédure d'homologation a été instituée pour les *dina* (Loi n° 2001-004 du 25 octobre 2001 portant réglementation générale des *dina* en matière de sécurité publique)[25]. Ce texte détermine la procédure d'élaboration, d'adoption et d'application du *dina*. Il en donne également un modèle non impératif. Le projet de *dina* envisagé par le *fokonolona* est soumis pour avis aux autorités communales ainsi qu'au Représentant de l'Etat (article 8). Ceci fait, le *dina* est adressé au juge qui doit l'homologuer (article 9), ou, le cas échéant, motiver son refus d'homologation. La décision du juge peut faire l'objet d'un appel (mais pas d'un pourvoi en cassation). Cette homologation rend exécutoire le *dina* (article 7). Une fois homologué, le *dina* est affiché « *dans chaque village et au bureau du Fokontany pour être consulté par le public* » (article 9).

L'application du *dina* se fait par le *fokonolona* seul sans intervention d'aucun magistrat (article 11).

Le juge peut toutefois être saisi de l'affaire soumise au *dina*. En effet, le *dina* est appliqué « sans préjudice » de toute action pénale et civile (article 10).

- Les modalités de prise en compte par le juge des institutions communautaires de régulation foncière

Le juge ne méconnaît pas le *dina* traditionnel qui continue d'exister bien qu'une procédure d'homologation ait été instituée en 2001.

- Cas où une personne lésée saisit le juge pénal pour non application d'un *dina* traditionnel

En présence d'un *dina* traditionnel, le juge n'a pas d'obligation légale à en tenir compte. Il va fonder son jugement sur les faits qui lui seront rapportés.

Si ces faits sont constitutifs d'une infraction, le juge prononcera une sanction pénale. Les sanctions prévues par le code pénal sont généralement très supérieures à celles prévues dans le cadre des *dina*. Un tel jugement aura également pour effet de permettre au *fokonolona* de requérir la force publique pour obtenir l'application du *dina*.

L'intérêt de la saisine judiciaire est donc d'obtenir du juge une décision conforme au *dina* bénéficiant dorénavant du secours de la force publique (exécution forcée suivant l'article 547 du Code de procédure pénale). Sauf cas d'abus (sanction exagérée voire marquée d'une suspicion d'intéressement), le juge valide généralement le *vonodina* et ainsi garantit légalement son exécution y compris par la force.

Si, au cours de l'instruction de l'affaire, le juge constate que les faits incriminés ne sont pas normalement constitutifs d'une infraction pénale, il va

rechercher un apaisement afin d'éviter le prononcé d'un non lieu, et donc la remise en cause de la capacité du *fokonolona* à garantir la paix sociale à l'échelle locale. Cet apaisement sera généralement trouvé dans la constatation d'une infraction (mineure) et le prononcé d'une sanction de courte durée[26].

- Cas où le juge pénal est saisi par une personne condamnée par un *dina* traditionnel qu'il conteste

Le juge va fonder son jugement sur les faits qui lui seront rapportés. Il prendra connaissance du *dina* contesté comme un élément du dossier.

Le juge prend connaissance du *dina*. S'il n'est pas conforme à la loi, le magistrat peut condamner les auteurs du *dina* et relaxer le délinquant.

Par contre, si le dina est conforme à la loi, le juge peut confirmer la sanction traditionnelle par une sanction légale (identique voire supérieure au *vonodina*). A cet égard, il apparaît qu'en pratique le juge tienne quand même compte du *vonodina* pour éviter de fait une double peine. Il tente concrètement de faire « coïncider » *dina* et loi. Le *vonodina* est alors considéré par le juge comme une transaction et le juge va réclamer au *fokonolona* la preuve du montant et du paiement du *vonodina*. Dans cette situation, il est possible qu'à l'occasion du jugement, le juge invite le *fokonolona* à engager une procédure d'homologation du *dina* en accord avec les termes de la loi.

- Cas où une personne lésée saisit le juge pénal pour non application d'un *dina* homologué

L'inexécution d'un *dina* homologué peut amener le *fokonolona* à recourir à la force publique en cas de refus d'une personne condamnée par un *dina* de payer le *vonodina* (article 12 de la loi n° 2001-004 du 25 octobre 2001 portant réglementation générale des *dina* en matière de sécurité publique). La force normative du *dina* homologué est en outre renforcée par le Code Pénal qui dispose que: « Seront punis d'une amende, depuis 400 Ariary jusqu'à 30 000 Ariary inclusivement et pourront l'être, en outre, de l'emprisonnement jusqu'à dix jours au plus : (...) 7° Ceux qui ne se seront pas conformés aux conventions de fokonolona régulièrement approuvées » (article 472 du Code pénal).

Il peut cependant arriver que la personne lésée par un comportement incriminé par un *dina* homologué saisisse le juge pénal parallèlement au *fokonolona*. Il ressort clairement des enquêtes que, bien qu'habilité à sanctionner le coupable sur la base du code pénal, le juge cherchera dans cette situation à éviter toute forme de double peine. En particulier, il allongera au maximum les délais

26 « La notion de vérité objective donnée une fois pour toutes n'existe jamais dans la pensée malgache. La vérité ne peut être appréhendée que par une série d'approches successives. C'est ainsi que dans les

avant de statuer, dans la limite légale. Si la victime s'est constituée partie civile lors du dépôt de la plainte, le montant du *vonodina* sera pris en considération par le juge dans le calcul des dommages et intérêts que la victime devra verser au plaignant. Il faut noter que le risque de double peine ne doit pas être exagéré dans la mesure où les *vonodina* sont d'un montant largement plus bas que celui des amendes.

- Cas où le juge pénal est saisi par une personne condamnée par un *dina* homologué qu'il conteste

Il peut également arriver qu'une personne condamnée par le *fokonolona* sur la base d'un *dina* porte plainte devant le juge pénal car il conteste le bien fondé de l'action du *fokonolona*.

La loi 2001-004 prévoit que toute partie s'estimant lésée par la décision du *fokonolona* appliquant le *dina* peut formuler un recours contre cette décision devant le Tribunal judiciaire qui alors statue en premier et dernier ressort (article 22, § 1 et 3). Ce recours ne suspend pas l'exécution du *vonodina* (article 22, § 2).

Dans cette situation, si le juge constate que les faits relèvent effectivement de l'incrimination faite par le *dina*, il confirmera le bien fondé du *vonodina*.

Il se peut cependant que l'appréciation des faits par le juge ne le conduise pas à qualifier de répréhensible le comportement incriminé par le *dina*. Le juge pourrait alors demander le remboursement du *vonodina*. Il est cependant extrêmement rare qu'un magistrat s'oppose explicitement à une décision du *fokonolona*. Le juge connaît en effet le poids du *fokonolona* dans la société. Bien que légitimé par l'Etat en tant que garant de la paix social, le juge ne peut s'opposer à une institution locale, également garante de la paix sociale à l'échelle locale. Une telle opposition pourrait avoir des conséquences dommageables, notamment pour la sécurité du plaignant.

Le juge tente alors de mobiliser les outils en sa possession pour retarder le prononcé du jugement.

Et le rôle du tribunal administratif ?

Le juge du tribunal administratif est juge de droit commun pour les collectivités territoriales décentralisées. Cependant, la mise en place de tribunaux administratifs sur l'ensemble du territoire de Madagascar n'a été initiée que très récemment. Selon les textes, le juge de la chambre administrative de la Cour suprême est juge de droit commun pour toutes les affaires concernant des actes administratifs relevant de l'administration de l'Etat, mais dans la pratique, dans l'objectif de palier aux insuffisances des tribunaux administratifs, il est compétent pour l'ensemble des affaires relatives au contrôle des actes de l'Administration.

spéciale en la matière. En outre, à l'instar du juge pénal, il remplit concrètement une fonction de conciliation.

Les conflits fonciers portés devant la chambre administrative de la Cour suprême

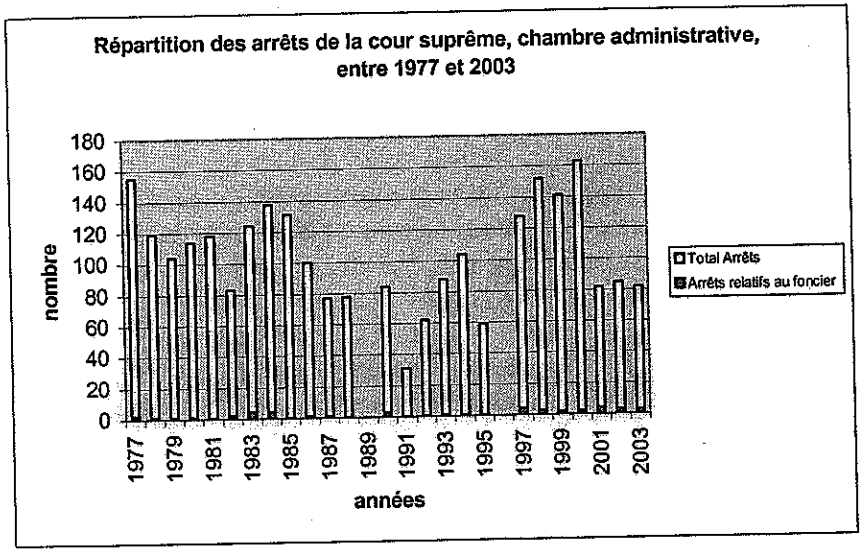
De manière générale, le juge administratif « contrôle la régularité des actes de l'Administration » (article 109 de la Constitution malgache). Il peut de ce fait être amené à juger de certains conflits fonciers. Cette compétence est en outre expressément prévue par exemple au juge du contentieux relatif aux actes de transfert publiés par l'Etat. Ces actes sanctionnent par le transfert « en toute propriété à l'Etat » les abus de droit de propriété constitués par le non-respect par le propriétaire foncier de son obligation légale « de mettre en exploitation, d'entretenir et d'utiliser les terres [rurales ou urbaines] qu'il possède » (Ordonnance n°74-021 du 20 juin 1974 portant refonte de l'ordonnance n°62-110 du 1er octobre 1962 sanctionnant l'abus de droit de propriété et prononçant le transfert à l'Etat des propriétés non exploitées).

En outre, le juge administratif est le principal protecteur du domaine public. Il a pour charge de « mettre obstacle aux usurpations et empiétements pratiques ou aux détériorations commises sur les dépendances du domaine public, comme aussi de réprimer les atteintes portées aux servitudes d'utilité publique qui s'y rattachent » (article 28 de l'Ordonnance n° 60-099 du 21 septembre 1960 réglementant le domaine public modifiée par ordonnance n° 62-035 du 19 septembre 1962).

Analyse des arrêts de la chambre administrative de la Cour suprême de 1977 à 2003

Le nombre d'arrêts établis par la chambre administrative de la cour suprême[27] varie d'une année à l'autre. Sans considérer les années 1989 et 1996 pour lesquelles les données ne sont pas disponibles, le nombre moyen d'arrêts rendus chaque année par la chambre administrative de la cour suprême est de 102. Les conflits fonciers ne représentent qu'une infime partie de l'ensemble des affaires saisies (43 arrêts sur 2559)[28], ce qui n'est pas surprenant du fait de la restriction des compétences du juge administratif en matière foncière.

27 CD-rom de la jurisprudence du Conseil d'Etat 1977-2003, juridica, coopération française & Ministère de la justice de Madagascar, 2005, Antananarivo



Source : CD-rom de la jurisprudence du Conseil d'Etat 1977-2003, juridica, coopération française & Ministère de la justice de Madagascar, 2005, Antananarivo

Sur les 42 cas analysés, le juge n'a pu statuer sur l'affaire dont il a été saisi, généralement à la suite d'une erreur de procédure (8), d'un désistement (3) ou d'une imprécision (1) du demandeur.

Par ailleurs, le juge administratif s'est déclaré incompétent dans 8 cas, qui, pour la plupart, relevaient de différents fonciers relatifs au domaine privé de l'Etat (5).

Dans 17 cas, le juge intervient dans le cadre général de ses compétences (art. 109), dans 4 cas, en application de l'ordonnance 74-021, et seulement dans un seul cas en application de l'ordonnance 60-099.

La durée moyenne entre l'enregistrement de la requête et le jugement est de 15 mois (si l'on considère les délais extrêmes de deux dossiers, l'un ayant été jugé en 20 jours et l'autre en 7 ans et demi). Les cas se répartissent sur l'ensemble du territoire, avec cependant une prédominance pour la province d'Antananarivo (15 cas).

Dans la moitié des cas (23), le demandeur (le plaignant) formule une requête individuelle auprès de la chambre administrative. Dans l'autre moitié des cas, le demandeur est une société (8), un collectif (8) et, parfois, une famille (3).

Il ne semble pas y avoir de disfonctionnement de l'administration judiciaire. Le juge administratif ne s'abstient pas de sanctionner l'Etat en cas de violation de normes, y compris en constatant sa responsabilité et en le condamnant à des dommages et intérêts parfois très élevé (plusieurs milliards d'ariary pour un refus

de remblaiement illégal, ou plusieurs millions d'ariary pour une double immatriculation)[29].

Des pouvoirs classiques d'adaptation du juge

A l'exemple du juge pénal, le juge administratif n'a pas une compétence expresse en tant que conciliateur en sus de celle de juge. *A priori* moins nécessaire que dans le cadre de la justice civile ou pénale (conflits privés), cette fonction apparaît pourtant concrètement tout aussi utile dans le contexte de la justice administrative: intensité et incidences humaines, politiques et sociales de certaines opérations foncières de l'Etat et de ses démembrements (expulsion, expropriation, etc.). Conscient de cela, le juge administratif mobilise certains des pouvoirs qui lui sont légalement conférés pour remplir ce rôle. Il tente ainsi d'offrir aux parties en conflit des espaces de discussion et spécialement de leur donner du temps en ne cherchant pas à sanctionner, à statuer immédiatement sur l'affaire. A cette fin, tout en évitant l'abus et de tomber dans l'illégalité, il profite (et fait profiter) au maximum des délais légaux (articles 17 et suivants de Loi n° 2004-021 du 19 août 2004 modifiant certaines dispositions de la loi n°2001-025 du 9 avril 2003 relative au Tribunal administratif financier) ou de l'absence de ceux-ci (article 21). Le juge administratif se pose aussi comme intermédiaire entre les parties et, dans ce cadre, cherche par la discussion avec chacune d'entre elles à rapprocher leurs points de vue. Pour ce faire, il utilise entre autres son pouvoir de descente sur les lieux (article 49), celui d'enquête (articles 50 et suivants) et d'interrogatoire (article 61). Il se sert spécialement de son pouvoir consultatif auprès des autorités administratives (article 10).

Conclusion

Le juge est indéniablement un régulateur en matière foncière. Au travers des conflits qu'il a à résoudre, et de la mobilisation du droit positif, des coutumes et des pratiques, il contribue en effet à la redéfinition de règles particulières de gestion d'espaces fonciers socialement acceptables et viables.

Ainsi incontournable, la prise en compte de la pratique judiciaire ne peut toutefois pas suivre les voies classiques (prise en compte de la seule décision finale et formation d'une véritable jurisprudence dans sa commune acceptation). En effet, le juge statue en la matière suivant des modes originaux, « para-judiciaires ». Ce faisant, il ne fait guère preuve d'innovation. Le juge, en tant que *Ray aman Dreny* ne fait que mobiliser l'ensemble des moyens dont il dispose pour remplir sa

29 10 jugements s'établissent à l'encontre du demandeur, 15 au bénéfice du demandeur et 17 dossiers

mission de pacification des relations sociales qui demeure son objectif fondamental. En recourant à la conciliation, il prolonge en fait une réflexion malgache sur le concept de justice et ses propres voies d'établissement. Dans ce contexte, l'analyse de la pratique judiciaire doit intégrer non seulement la décision rendue par le magistrat mais aussi le contexte historique, social et culturel de l'affaire ainsi que les cadres de réflexion (y compris personnels et familiaux) des intervenants et du juge.

Eu égard au contexte de connaissance et d'application du droit à Madagascar, le rôle de régulation de la société par le juge et sa contribution au Droit, devrait pouvoir être mieux valorisés. Mis en œuvre par les justiciables, le jugement, concrètement appréhendé sous la forme de « conciliation », est de fait diffusé au travers des liens familiaux restreints ou élargis. Sous certaines conditions, et parallèlement à sa diffusion au sein de l'administration judiciaire elle-même, le jugement pourrait être restitué à la population sous forme de *dina* ou de *kabary* (discours traditionnel répondant à certaines conditions de forme), et accroître ainsi sa portée. Cette institutionnalisation pourrait ainsi constituer une pierre à l'édifice permettant, en vue d'un développement viable et durable, le rapprochement des coutumes, des pratiques et des dispositions légales et réglementaires de Madagascar.

Résumé : A Madagascar, il existe des titres officiels de propriété : l'immatriculation individuelle et le cadastre. La pratique sociale en a créé un autre de force égale : « les petits papiers ». Elle tend en effet à conférer à des actes sous seing privé légalisés et authentifiés une valeur juridique identique à celle des titres officiels de propriété. Ceci est une réponse aux contraintes matérielles actuelles d'accès à ces titres. Cette pratique sociale peut néanmoins entrer en conflit avec des titres officiels présents ou à venir (revendications concurrentes de droits). Dans ce cas, seuls ces derniers devraient l'emporter. Toutefois, par le passé, les magistrats ont pu marquer une certaine tolérance à l'égard des « situations de fait » et ainsi ne pas nécessairement les sanctionner (Rarijaona, 1967).
Une étude en cours sur le traitement des conflits fonciers traités par l'administration judiciaire malgache nous permet, sur la base d'un travail d'enquêtes et de dépouillement d'archives, d'aborder le rôle joué aujourd'hui par le juge dans l'application et la création de normes de droit.
Il s'en suit que la pratique des acteurs malgaches interroge sur la pertinence du recours systématique au droit positif dans les stratégies de développement national. Des pistes de réflexion pour la constitution d'un ordre juridique viable dans un contexte de Pays en Développement sont proposées.
Mots-clés : Madagascar, foncier, jurisprudence, pratique du juge.

Bibliographie

ANDRIANTOANINA (R.F.) et *al*, 2006. « Comment dois-je faire pour accéder à un terrain de manière officielle ? Ahoana ny fomba hananako tany aradalàna eo anatrehan'ny fanjakana ? », *Lexique Foncier Franco-Malgache*, 2006, Projet Interreg SFAT, CIRAM, CIRAD, décembre 2005. 96 pages.

BERTRAND (A.), KARPE (P.), AUBERT (S.), « Le statut juridique des terres à Madagascar : perspectives historiques et sociales » In SANDRON (F.), *Population et Foncier à Madagascar*, IRD, 2007.

BILBAO (R.), « L'organisation judiciaire dans la République Malgache », *Recueil Penant*, Janvier-Mars 1961, n° 685, p. 47-55.

CONDOMINAS (G.), « Fokon'olona et collectivités rurales en Imerina », *L'Homme d'Outre-Mer* , nouvelle série, n° 4. Editions Berger-Levrault, Paris, 1960.

DORWLING-CARTER (R.), *Traité de procédure civile et commerciale malgache de droit moderne*, « Les Codes Bleus Malgaches », Editions de La Librairie de Madagascar, Antananarivo, 1963.

KARPE (P.), « L'accès au droit dans les pays du Sud : l'exemple du code de l'environnement malgache », *Bois et Forêts des Tropiques*, 2005, n° 286 (4) 83-85.

Lettre de politique foncière, République de Madagascar. Ministère de l'Agriculture, de l'Elevage et de la Pêche, Secrétariat Général, 2005.

PNUD, Madagascar, Coopération pour le développement. Un aperçu sur le financement du développement rural. Programme MAG/97/007-DAP1 « Gouvernance et Politiques Publiques pour un Développement Humain Durable ». République de Madagascar, 2000.

PNUD, Rapport National sur le développement humain : « Genre, Développement humain et Pauvreté », Madagascar, 2003.

RAKOTO (I.) & *al*, *Histoire des Institutions*, Faculté de Droit, d'Economie, de Gestion et de Sociologie, Université d'Antananarivo, Madagascar, 1995.

RAMAROLANTO (R.), « L'accès à la terre en droit rural malgache », *Revue internationale de droit comparé*, Année 1989, Volume 41, 1998, n° 3, 637-707

RAMAROLANTO (R.), *La propriété sans titre ou l'érosion de la propriété coutumière (plaidoyer pour les droits coutumiers de propriété)*, 2005, Document personnel des auteurs.

RANDRIAMBOAVONJY (N-R.), « Le Fokonolona comme institution judiciaire (1868-1885) », *Bulletin de Madagascar*, septembre-octobre 1972, n° 316-317, 638-650.

RARIJAONA (R.), 1967. « Le concept de propriété en droit foncier de Madagascar (étude de sociologie juridique) », *Etudes malgaches*, Faculté de droit et des sciences économiques, Volume 18. Editions Cujas, Paris, 1967.

RAZAFIMPAHANANA (B.), *Le paysan malgache*, Coll. « Points de vue sur la société malagasy », Antananarivo, 1972.

RAZANABAHINY (V.), « Le Dina (Convention entre membres de communautés villageoises), son opportunité ou non dans la conservation de la nature, Cas de la

Université d'Antananarivo, Ecole normale supérieure, filière Lettres malgaches (Anthropologie), 1995.

SAMBSON (G.), RAMANITRA (V.), « Rôle de la jurisprudence dans la codification en République Démocratique de Madagacar », *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, janvier-juin 1986, n°3-4, p. 365-375.

SIMLER (Ph.B.), *Cours de droit civil. Tome 1*. Université de Madagascar, Etablissement d'Enseignement Supérieur de Droit, d'Economie et de Gestion, 1972.

THÉBAUD (E.P.), *Traité de Droit civil malgache moderne. Tome 1er*. « Les Codes Bleus Malgaches », Editions de La Librairie de Madagascar, Antananarivo, 1951.

TSITOHAE (R.), « Dynamiques induites par les contrats de transfert de gestion : entre loi et coutume ? Analyse juridique des Dina. Transfert de gestion et décentralisation. Cas de Didy et d'Andapa », Rapport de Stage, URP 70 « Forêt et Biodiversité de Madagascar », Cirad, Laboratoire d'Anthropologie juridique, Université de Paris I, 2004.