

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AHJUCAF : Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du Français

ANC: African National Congress

CE : Conseil d'État

CSM : Conseil Supérieur de la Magistrature

Bull.crim : Bulletin Criminel

C.Cas : Cour de Cassation

CMP : Code des Marchés Publics

Crim. : Cour Criminelle

IED : Investissements étrangers Directs

PIB : Produit Intérieur Brut

PME : Petites et Moyennes Entreprises

TA : Tribunal Administratif

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE I — OBJET DES RECOURS AU NIVEAU DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS DE 2005 À 2009	I
---	----------

ANNEXE II — OBJET DES RECOURS AU NIVEAU DU CONSEIL D'ÉTAT DE 2005 À 2009	II
---	-----------

RÉSUMÉ

Découlant d'une lignée de jurisprudence en continuelle évolution, la définition de l'impartialité du juge administratif est la résultante de la combinaison de deux (2) monômes inséparables : l'impartialité subjective ou personnelle, celle à laquelle est soumise le juge en tant qu'homme tant dans sa vie professionnelle qu'extra-professionnelle, et l'impartialité fonctionnelle ou organique, celle qui gouverne principalement la composition d'une Juridiction Administrative. Ce principe ne peut et ne doit surtout pas rester une promesse démagogique à l'égard du justiciable. L'institutionnalisation des débats au niveau de la Juridiction, l'établissement des divers remparts pour dissuader le juge de tomber dans le piège de l'impartialité, concrétisent la volonté d'instaurer la Justice. Toutefois, ces efforts, aussi louables soient-ils, ne suffisent plus. La Société, mais surtout le justiciable, attend de la Juridiction Administrative malgache une implication plus poussée dans la consécration de l'impartialité fonctionnelle. Cela par le biais d'une réforme au niveau de son fonctionnement ainsi que dans sa composition. Combinée avec les modes de préventions classiques de l'impartialité, la réforme proposée assurera une justice administrative soucieuse des réalités malgaches et respectueuse des normes internationales.

Mots-clés : impartialité objective — impartialité subjective — préjugé — préjugement – cumul de fonction – système de rotation – fihavanana

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS

LISTE DES ABRÉVIATIONS

LISTE DES ANNEXES

RÉSUMÉ

INTRODUCTION GÉNÉRALE

**PREMIERE PARTIE — L'IMPARTIALITÉ DU JUGE ADMINISTRATIF
MALGACHE, UNE EMPREINTE DE SON ENVIRONNEMENT**

CHAPITRE PREMIER — L'indépendance du magistrat administratif, un préalable à son impartialité

CHAPITRE II — L'impartialité subjective du juge administratif et les valeurs culturelles malgaches

CONCLUSION DE LA PARTIE PREMIÈRE

PARTIE II — LA DIMENSION DE L'IMPARTIALITÉ DU JUGE ADMINISTRATIF

CHAPITRE PREMIER — Les enjeux de l'impartialité du juge administratif pour Madagascar

CHAPITRE II — L'exigence de la protection de l'impartialité du juge administratif malgache

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

CONCLUSION GÉNÉRALE

ANNEXES

BIBLIOGRAPHIE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Les États modernes se proclament être des États de droit. Ce concept exige la soumission de tous aux règles juridiques en vigueur. Le terme « tous » implique aussi bien les administrés que, et surtout, l'Administration. Pour cette dernière, un principe a été érigé spécialement pour traduire son assujettissement au droit : le principe de légalité. Celui-ci répond à la volonté de protéger les individus contre l'arbitraire auquel ils seraient exposés si l'Administration n'était astreinte à aucune règle préalable. Ainsi, les autorités administratives sont tenues, dans leurs activités, de se conformer à la loi au sens large du terme. La légalité ne va jamais seule : une juridiction la complète, une juridiction à qui l'administré lésé par une action administrative peut faire appel. À cet effet, il doit disposer d'un droit à la justice. Sans l'accès à la justice, il n'y aurait pas de droit, or toute personne a besoin d'être assurée par le droit pour avoir accès à la justice. L'accès à la justice permet donc à un individu qui a intérêt légitime et qui présente les qualités requises d'accéder à une juridiction pour que celle-ci l'écoute et statue sur sa prétention. L'accès au droit et le droit à la justice avec l'État de droit mettent au cœur du système juridique le droit de l'administré au juge. Les quatre (4) notions sont intimement liées, voire même interdépendantes. L'absence de l'une d'entre elles fait disparaître le tout. La structure ainsi mise en place semble parfaite, mais si le justiciable avait accès à un juge partial, elle serait vide de son sens. L'impartialité de l'ordre juridique qui est le principe cardinal de la liberté moderne n'a vu le jour qu'avec la destruction de la société des statuts et des privilèges. Comme le disait Thomas JEFFERSON¹ 'Equal rights for all, privileges for none »²

Dans la mythologie grecque, Thémis³, déesse de la justice apparaît avec un glaive, une balance, symbole d'équité, et les yeux recouverts par un bandeau, pour représenter son

¹ L'un des fondateurs de la République des États-Unis, Thomas JEFFERSON, accède à la présidence en 1800. Il sera réélu en 1804. Sans le vouloir expressément, Jefferson renforce le pouvoir présidentiel ; en 1803, il achète à la France la Louisiane et contribue ainsi à étendre les pouvoirs du gouvernement fédéral.

² Littéralement : « L'égalité des droits pour tous, nul n'a de privilèges ».

³ Fille d'Ouranos et de Gaïa, avec laquelle elle se confond parfois, Thémis ou Justicia dans la mythologie romaine est, parmi les Titanides, la déesse de la Loi. Elle est, après Mêtis, la seconde des épouses divines de

impartialité, car la justice est aveugle. Cette image est aujourd'hui maintenue dans les pays occidentaux, mais aussi dans les autres continents pour symboliser la Magistrature et le Droit. Encore en 1999⁴, le *Chief Justice*⁵ Lord Thomas Henry Bingham of Cornhill y faisait référence en affirmant que '*Justice is portrayed as blind not because she ignores the facts and circumstances of individual cases but because she shuts her eyes to all considerations extraneous to the particular case*'⁶.

Traiter de l'impartialité a séduit de nombreux philosophes. HUME⁷, par exemple, s'attache à la théorie utilitariste⁸ de l'impartialité. Dans cette conception utilitariste, elle est fondamentale et se traduit, selon BENTHAM⁹ par l'idée suivante : « chacun doit compter pour un, et aucun pour plus d'un ». Dans *La théorie de la justice*¹⁰, RAWLS exige la réunion de l'égalité¹¹ et de l'unanimité pour fonder les principes de la justice. Il conçoit l'impartialité comme une équité, et fait appel à la notion « voile d'ignorance »¹².

Zeus. Avec ce dernier, elle engendre les trois Heures (Eunomia, Dikè et Eirènè) qui veillent sur les actions des hommes, les trois Moires (les Parques), qui décident du bien et du mal pour les mortels, la vierge Astrée, personnification de la justice, et les nymphes de l'Éridan.

⁴ *Locabail (UK) Ltd v Bayfield Properties Ltd & Anor* [1999] EWCA Civ 3004.

⁵ Le *Chief Justice* est deuxième juge dans la hiérarchie des tribunaux anglais et gallois (*Courts of England and Wales*) après le Lord Chancelier.

⁶ Littéralement « la Justice est représentée par un aveugle non pas parce qu'elle ignore les faits et les circonstances de chaque cas, mais parce qu'elle ferme les yeux à toutes considérations étrangères au cas particulier ».

⁷ David HUME est un philosophe écossais perçu comme le fondateur de la philosophie moderne, le précurseur du kantisme et de la phénoménologie.

⁸ La philosophie utilitariste exige de l'individu qu'il accepte une diminution de son propre bien, dès lors que cela permet un bien plus grand pour autrui. Il ne considère plus chaque individu comme une personne séparée, dont les droits seraient inviolables. L'utilitarisme accepte donc ainsi l'idée que certains individus puissent être sacrifiés, si cela permet de maximiser le bien-être général.

⁹ En associant « le principe du plus grand bonheur du plus grand nombre d'individus » à une « arithmétique des plaisirs », le juriconsulte et philosophe britannique Jeremy BENTHAM, théoricien de l'utilitarisme moral, a donné un de ses principaux fondements à l'idéologie bourgeoise du XIXe siècle.

¹⁰ John RAWLS, *Théorie de la justice*, Ed. Points, collection Essais, 2009, Paris, 668 pages.

¹¹ Dans l'organisation de la vie sociale chaque personne a droit à une égale considération, c'est-à-dire à être traitée de manière équitable.

¹² Placé sous le voile de l'ignorance, c'est-à-dire ne connaissant pas leur position réelle dans la société, les participants amenés à décider des principes d'organisation des institutions de base de la société se trouverait forcé d'adopter un point de vue impartial et universel.

L'impartialité du juge se trouve ainsi au cœur des réflexions qui s'ensuivent, en particulier de celle d'un juge spécial : le juge administratif, d'où le titre de ce mémoire « *De l'impartialité du juge administratif malgache* ». Le choix de ce thème n'est point le fruit du hasard. Il résulte avant tout de la réputation du juge administratif, qui « *au regard d'une opinion encore assez répandue [...] est marquée par "ses relations coupables" avec l'administration active* »¹³. Mais le choix de ce thème part aussi du constat que l'obligation d'impartialité, surtout pour le juge administratif, n'a jamais fait l'objet d'une étude approfondie à Madagascar¹⁴ alors que la particularité de ce magistrat, avant toute chose, c'est son pouvoir exceptionnel de juger l'Administration. À travers ce mémoire donc, nous essayerons d'apporter notre modeste contribution dans l'analyse de la conception malgache de l'impartialité du juge administratif. En même temps, nous tenterons d'éclairer et d'apporter un regard sur les difficultés que rencontre le Juge administratif malgache dans la sauvegarde de son impartialité.

Bien que non-inscrite dans aucun article de la Constitution malgache, donc n'ayant pas de valeur constitutionnelle, la jurisprudence administrative la considère comme faisant partie des principes généraux applicables à la fonction de juger¹⁵. Dans le droit positif malgache, l'impartialité du magistrat est précisée dans le décret n° 2005-710 du 25 octobre 2005 portant Code de déontologie des magistrats en son article 7 qui dispose que « *le magistrat exerce ses fonctions sans favoriser quiconque ni prendre parti* » avant de poursuivre que « *le magistrat veille à ce que sa conduite professionnelle et extraprofessionnelle mérite la confiance du public, du barreau, des auxiliaires de justice et des plaideurs, en l'impartialité du magistrat et de la justice* ».

Pour la doctrine, l'impartialité du « diseur de droit » est « *l'objectivité dans la subjectivité* »¹⁶, elle « *traduit le principe de neutralité du juge, qui s'oppose à ce qu'un*

¹³ Xavier LAUREOTE, *Le procès équitable devant le juge administratif français* (en ligne), consulté le 23 juin 2012, https://halshs.archivesouvertes.fr/halshs00419087/file/Le_proces_equitable_devant_le_juge_administratif_francais_LAUREOTE_Xavier.pdf.

¹⁴ L'ancien Garde des Sceaux et Ministre de la Justice, Analet IMBIKY, dans son ouvrage *Déontologie et responsabilité des Magistrats à Madagascar* paru aux éditions Créons en 2013, traite l'impartialité du magistrat mais se limite à un état des lieux des règles éthiques auxquelles ses derniers doivent respecter.

¹⁵ CE 3 déc. 2003, *Lazennec*.

¹⁶ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « 2+1 = la procédure », in « La justice, l'obligation impossible », Ed. Autrement, 1999, Paris, p.203

magistrat tienne compte dans la décision qu'il rend, de l'inclinaison ou de la réserve qu'il éprouve à l'égard de l'un des plaideurs, ou des contraintes plus ou moins diffuses de son milieu social ou de ses engagements personnels »¹⁷. Jamais ce principe n'a suscité autant d'intérêt qu'au cours de la dernière décennie. Hiam MOUANNES¹⁸, lors du VI^e Congrès des Constitutionnalistes a déclaré dans son intervention sur le thème « *Le Conseil d'État et la notion d'impartialité ou, la variable équation* » que « *la réflexion sur le devoir d'impartialité du juge demeure inépuisable tellement l'actualité nous donne du grain à moudre* ».

Mais pour un pays en voie de développement comme Madagascar où la tradition détient une place prépondérante dans la société, la problématique est double. Il est nécessaire de se demander pourquoi l'impartialité du juge administratif peine à s'ancrer. En même temps, il est important de rechercher quelles sont les raisons, autres que juridiques, qui accéléreront la consécration effective de l'impartialité comme condition *sine qua non* de la justice administrative. Pour ce faire, nous analyserons les réalités vécues par le juge administratif malgache dans son quotidien à travers une approche pluridisciplinaire, faisant appel à la sociologie, aux sciences économiques, mais aussi à l'anthropologie.

Ainsi, dans le cadre de notre étude, nous nous focaliserons dans un premier temps sur les relations entre le degré de l'impartialité du juge administratif malgache et son environnement (Première Partie). Ce sera ensuite que nous apporterons une lumière sur la dimension de cette impartialité du juge administratif pour Madagascar (Deuxième Partie).

¹⁷ Serge GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, 5e éd., Dalloz-Sirey, 2006, Paris, n° 211.90.

¹⁸ Maître de Conférences à l'Université des Sciences Sociales de Toulouse I ; membre du Centre d'Études et de recherches constitutionnelles et politiques.

PREMIÈRE PARTIE

L'IMPARTIALITÉ DU JUGE ADMINISTRATIF MALGACHE, UNE EMPREINTE DE SON ENVIRONNEMENT

Dans le *Vocabulaire juridique*, l'impartialité se définit comme *l'abstention de tout favoritisme ; l'obligation rigoureuse exigée d'un juge de n'avantager aucun plaideur, de ne jamais statuer au profit de l'un d'eux pour d'autres raisons que celles qui tiennent au bien-fondé de ses prétentions*¹⁹. Cet attachement français de l'impartialité du juge administratif est le fruit d'une Histoire, d'une philosophie façonnant la morale. Il a fallu plusieurs siècles avant que l'impartialité soit considérée comme un principe fondamental qui doit concerner tous les pouvoirs publics et non pas seulement les pouvoirs juridictionnels. « *La Cour rend des arrêts, pas des services* ». Ces mots prononcés par M. SEGUIER lors du procès de La Quotidienne en réponse à une sollicitation gouvernementale, sous le règne de Louis XVIII au XIXe siècle, témoignent de l'enracinement de l'impartialité dans la culture française.

Aujourd'hui, cette impartialité est imposée dans la Justice malgache. Son effectivité se heurte alors à de nombreuses barrières nées du choc de cultures²⁰ (CHAPITRE II). Mais au-delà de ce choc, il est nécessaire de souligner que la concrétisation de l'impartialité du juge administratif est tributaire de celle de son indépendance (CHAPITRE PREMIER).

¹⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8e éd., mise à jour 2007, Paris, p.458.

²⁰ Raja CHOUEIRI, *Le « choc culturel » et le « choc des cultures »*, Géographie et cultures, n°68, 2008, p. 5-20. Selon l'auteur, le choc des cultures ne doit pas être confondu avec le choc culturel. Dans le « choc des cultures », le mot de culture reprenait une vigueur identitaire. Irréductible, passionnelle de toutes les rigueurs de l'identité héritée, cette confrontation théorisée entre blocs civilisationnels, même dirigée exclusivement vers le registre des faits culturels ou mentaux, loin de toute violence matérielle, renforce les identités, creuse les différences, sonne la mobilisation de groupe et survalorise le legs du passé en réduisant les possibilités de rénovation et de brassage. Dans cette optique, l'identité est à fleur de peau, facilement mobilisable pour réfuter les autres cultures comme on réfute un argument antithétique avec son raisonnement. Certes, il n'est pas nécessaire que le choc des cultures tourne à l'affrontement déclaré. Il peut le plus souvent prendre la voie d'un repli, d'une volonté de séparation infranchissable dans l'idée de maintenir intacte l'intégralité du patrimoine reçu. Par « choc culturel », par contre, est désigné avant tout un mécanisme personnel, subjectif et objet de l'idiosyncrasie personnelle. C'est le processus anodin par lequel tout un chacun découvre, étonné ou intrigué, ce qui lui est nouveau et autre.

CHAPITRE PREMIER

L'INDÉPENDANCE DU MAGISTRAT ADMINISTRATIF, UN PRÉALABLE A SON IMPARTIALITÉ

De par son importance et de par sa valeur, l'indépendance d'un tribunal et du juge est un principe qui ne se négocie pas. Elle est sans aucun doute la pierre angulaire sur laquelle repose tout le système judiciaire d'un État. Sa signification est telle qu'un nombre considérable d'instruments internationaux ont été établis pour que son effectivité soit réelle. La Déclaration universelle des Droits de l'Homme²¹ en est le document phare. En son article 10, cette dernière énonce en effet que « *Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». Des recommandations diverses émanant des différentes organisations internationales confirmeront plus tard cette règle régissant le procès²². L'existence de l'indépendance des juges est reconnue dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques²³. Dans l'Ancien Continent, la Convention européenne

²¹ Déclaration adoptée le 10 décembre 1948 à Paris par les 58 États Membres qui constituaient à cette époque l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.

²² L'Organisation des Nations Unies avait adopté lors de son septième congrès, organisé du 26 août au 6 septembre 1985 à Milan, les *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*. Ces principes ont été ensuite confirmés par les résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985. Dans le même esprit, les *Recommandation/Rec (94) 12 F 13 octobre 1994 sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges* et *Recommandation CM/Rec (2010) 12 du comité des ministres aux États membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités* du Conseil de l'Europe viennent conforter la place de l'indépendance de la justice dans un État de droit.

²³ Article 14 : 1. « *Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. (...)* »

des droits de l'homme²⁴ ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁵ réitèrent et confirment la nécessité pour les États membres du respect du principe.

Bien que l'indépendance soit intimement liée à l'impartialité, ce sont deux notions tout à fait différentes. Comme disait Serge GUINCHARD²⁶, lorsqu'il a traité « *L'impartialité du juge et de l'arbitre* », la source même de l'impartialité réside dans la réalité de l'indépendance. Selon ses propres termes, « *l'indépendance est un préalable à l'impartialité ; on ne peut être impartial si, déjà, on n'est pas indépendant* »²⁷.

À partir de cette définition apportée par Serge GUINCHARD, nous pouvons d'ores et déjà, affirmer que, sans indépendance, il ne peut donc y avoir d'impartialité. Et sans cette impartialité, c'est l'essence même de la Justice qui disparaît. Pour le pouvoir judiciaire, notamment pour la Justice administrative, l'indépendance est la valeur qui la met à l'abri des pressions et toutes formes de mainmise pouvant être exercée par les autres pouvoirs constitutionnels, Exécutif et Législatif, mais aussi par des pouvoirs de fait²⁸.

²⁴ Article 6. — Droit à un procès équitable : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...) »

²⁵ Article 47 : Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial : « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice » .

²⁶ Professeur émérite de droit privé de l'Université Paris 2, Panthéon-Assas, Serge Guinchard est connu spécialement pour ses recherches axées sur la Justice et le droit du procès, mais aussi pour ses profondes analyses dans le domaine de la Procédure civile et pénale.

²⁷ GUINCHARD (S.), « *L'impartialité du juge et de l'arbitre — Étude de droit comparé* » — Étude de droit comparé, éd. Bruylant, 2006, Louvain, 336 p.

²⁸ Au cours de son intervention lors de l'allocution d'ouverture du Deuxième congrès de l'Association des Hautes Juridictions de Cassation des Pays en partage l'Usage du Français (AHJUCAF), le 7 novembre 2007 à Dakar, M. Papa Oumar SAKHO, Premier président de la Cour de Cassation du Sénégal et Président de l'AHJUCAF, avait qualifié de pouvoirs de fait les médias, les parties aux procès, par opposition aux pouvoirs prévus par la Constitution.

Une autre définition de l'indépendance a été aussi avancée par Anaclet IMBIKY²⁹. Selon lui, « *il faut comprendre que l'indépendance de la justice s'entend comme l'obligation et le pouvoir, pour le juge, de décider dans une procédure juridictionnelle, en toute liberté, d'après sa conscience, sur la base des faits avérés et contextes sociologiques existants, sans influence ni pression ou menace de qui que ce soit* »³⁰.

De ces deux (2) définitions, nous pouvons préalablement déduire que l'indépendance s'acquiert. Elle n'est pas automatique. Au contraire, elle exhorte la personne chargée de la mission de dire le droit, à l'occasion des litiges présentés devant elle, de se libérer, de s'affranchir de toutes formes de contraintes extérieures. À cet effet, le Code malgache de Déontologie des Magistrats³¹ est clair et ne se prête à aucune interprétation : il est impératif tout d'abord que chaque magistrat s'organise pour qu'il reste indépendant par rapport à la société et les parties au litige³². Il est aussi de son obligation, afin de préserver son indépendance, d'éviter d'alimenter des liens inadéquats avec les parlementaires et les membres de l'Exécutif³³ tout comme il est astreint à se détacher de ses collègues dans sa prise de décision. Vue de cette manière, et l'acception formulée par IMBIKY est explicite sur ce point, l'indépendance est une obligation. Autrement dit, quelles que soient les circonstances, le juge ne peut y renoncer. L'indépendance est une vertu indispensable et indiscutable. Et en cas de défaillance, dans l'hypothèse catastrophique où cette indépendance venait à disparaître, le juge ne sera plus partial et s'expose à des sanctions, car il ne serait plus possible ni de promouvoir ni de sauvegarder l'État de Droit.

Aussi, pour ne pas se perdre dans les confusions, il nous paraît plus qu'important d'écarter toute forme de méprise pouvant, dans le futur, fausser le fil de notre raisonnement. C'est la raison pour laquelle nous choisirons avant tout d'apporter une précision à propos du cadre juridique de l'indépendance des Juges Administratifs (I). Nous

²⁹ Ancien Garde des Sceaux et Ministre de la Justice de Madagascar, Premier Président honoraire de la Cour Suprême de Madagascar.

³⁰ Anaclet IMBIKY, « Les limites à l'indépendance du juge » in *Revue ETIKA*, n° 11, 2014, p.2

³¹ Décret n° 2005-710 du 25 octobre 2005 portant Code de déontologie des magistrats.

³² cf. article 3 : « *Le magistrat doit s'efforcer d'être indépendant vis-à-vis de la société en général et des parties prenantes dans les différends qu'il est chargé de solutionner* ».

³³ cf. article 4 : « *Le magistrat doit s'abstenir d'entretenir des relations inappropriées avec les membres du législatif, de l'exécutif et de toutes autres organisations et associations, et se défendre de toute influence de leur part* ».

passerons ensuite à l'examen des menaces réelles à l'indépendance du juge administratif. Ces menaces constituent en effet une porte ouverte sur les dérives de partialité (II).

I- Cadre juridique de l'indépendance de la magistrature, et notamment de la justice administrative à Madagascar

Préalablement à toute description et réflexion portant sur cette indépendance de la Justice à Madagascar, spécialement celle de la Justice administrative, nous estimons qu'il est plus qu'important de porter une précision sur la structure de la Justice et de l'Organe Judiciaire tel qu'elle est prévue par la Constitution.

Partant de l'article 121 de la Loi Fondamentale, Madagascar a opté pour une Justice formée par trois (3) ordres de juridiction : l'ordre judiciaire, l'ordre administratif et l'ordre financier. Chaque ordre est coiffé respectivement par la Cour de Cassation, le Conseil d'État et la Cour des Comptes. En tant que juridiction composante de l'organe juridictionnel, chaque ordre bénéficie, dans l'exercice de ses fonctions, de l'indépendance, c'est-à-dire de la règle qui lui permet d'être libre de toute instruction ou influence des autorités de l'État. Que ce soit donc le juge judiciaire, ou le juge administratif ou le juge financier, les principes régissant leurs fonctions sont les mêmes³⁴.

Cette brève remarque nous amène donc à l'analyse de l'indépendance de l'organe juridictionnel à Madagascar et particulièrement celle de la justice administrative.

A- L'indépendance de la justice, un principe constitutionnel garanti par le Président de la République

Contrairement à ce qu'on retrouve en Mauritanie, où l'indépendance de la justice n'est pas textuellement garantie, Madagascar est recensée parmi la majorité des pays qui ont inscrit, dans leur Constitution respective, l'indépendance de la justice. Malheureusement, la

³⁴ En France, l'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958, relative à l'indépendance de la magistrature, ne concerne que les magistrats de l'ordre judiciaire. Pour les juges administratifs, leur indépendance a été consacrée par la Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État. Cette indépendance du magistrat administratif a été ensuite érigée en « *principe fondamental reconnu par les lois de la République* » par le Conseil Constitutionnel depuis la décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980.

Constitution s'arrête à la simple proclamation sans prendre la peine de donner une délimitation précise de la notion³⁵.

Solennellement, l'indépendance de la Justice est consacrée dans l'article 107 de la Constitution de la Quatrième République de Madagascar³⁶. La Loi fondamentale proclame que cette règle à valeur constitutionnelle est garantie par le Président de la République. En même temps, les rédacteurs de la Constitution ont précisé que dans cette mission, le Président sera assisté par le Conseil Supérieur de la Magistrature dont il préside³⁷.

Les Constitutions qui se sont succédé à Madagascar n'ont pas toujours confié au Président de la République la garantie de cette indépendance de la justice. En effet, dans la Constitution du 29 avril 1959, mis à jour le 1^{er} juillet 1969, aucune disposition constitutionnelle ne prévoyait qu'une quelconque autorité ou Institution de la République soit le garant de l'indépendance judiciaire. Il y est simplement précisé dans le Préambule que « *Pour assurer la séparation des pouvoirs, la loi garantit l'indépendance de l'autorité judiciaire et l'inamovibilité des magistrats du siège* ». C'est dans la Constitution du 31 décembre 1975, en son article 83 alinéa 3, que fut proclamé pour la première fois que « *le Président de la République est le garant de l'indépendance des magistrats du siège. Il est assisté par le Conseil Supérieur de la Magistrature qu'il préside et dont l'organisation, les attributions, et le fonctionnement sont fixés par la loi* ». La version primitive de la constitution de 1992³⁸ reste une véritable exception : en effet, elle soulignait dans le titre VI intitulé « Du pouvoir judiciaire » que la garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire

³⁵ Selon les données fournies par l'Association des Hautes Juridictions de Cassation des Pays ayant en partage l'usage du Français (AHJUCAF) lors de son deuxième congrès en 2007, à Dakar, il existe encore des pays qui ont décidé de ne pas définir ce qu'on entend par « *indépendance de la justice* », ni dans la Constitution ni dans les textes de loi. À part Madagascar, la République tchèque, le Cameroun, le Burkina Faso, la Guinée et le Cameroun se trouvent dans cette même situation. Et jusqu'à ce jour, aucune jurisprudence du Conseil Supérieur de la Magistrature malgache ou des juridictions administratives ou judiciaires n'est venue éclaircir ce que l'on entend par cette « *indépendance de la justice* ».

³⁶ Constitution promulguée le 11 décembre 2010

³⁷ Selon cet article 107 de la Constitution, « *Le Président de la République est garant de l'indépendance de la justice.*

À cet effet, il est assisté par un Conseil Supérieur de la Magistrature dont il est le Président. Le Ministre chargé de la Justice en est le Vice-président ».

³⁸ Constitution adoptée par référendum le 19 août 1992 et promulguée le 18 septembre de la même année.

relèverait de la Cour constitutionnelle administrative et financière et de la Cour suprême³⁹. Mais depuis la loi constitutionnelle n° 98-001 du 8 avril 1998⁴⁰, en vertu de l'article 98 de la Constitution dont la teneur et l'écriture ont été ensuite reprises par les différentes lois fondamentales successives⁴¹ le Président de la République est redevenu le garant de l'indépendance de la justice et est assisté par le Conseil Supérieur de la Magistrature dans cette mission.

B- La mise en œuvre de l'indépendance de la justice administrative à Madagascar

« (...) Ancrer le principe d'indépendance dans la Constitution est en définitive assez aisé et ne porte pas véritablement à conséquences. Ne pas constitutionnaliser le principe inquiète ; le consacrer rassure. Mais doit-on s'en contenter ? Non évidemment, car ça n'est pas tant la consécration du principe qui importe que sa mise en œuvre effective » disait Fabrice HOURQUEBIE⁴² dans son article sur *L'indépendance de la justice dans les pays francophones*⁴³. À cette affirmation se rejoint la déclaration-clé lors du Congrès de l'AHJUCAF en 2007 selon laquelle *« (l') indépendance exige que le recrutement des juges, le déroulement de leur carrière et la sanction disciplinaire de leurs manquements éventuels soient soustraits à toute ingérence politique et régie par des règles transparentes et démocratiques »*. Qu'en est-il alors pour Madagascar ? Quelles ont été les étapes déjà franchies dans l'instauration de l'indépendance de la justice administrative ?

³⁹ Telle qu'elle était prévue par la Constitution de 1992 dans son article 97, *« Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif. La Cour constitutionnelle administrative et financière et la Cour suprême sont les garants de cette indépendance »*.

⁴⁰ Suite à la révision constitutionnelle votée par référendum le 15 mars 1998.

⁴¹ Voir notamment l'article 103 de la loi constitutionnelle n° 2007 - 001 du 27 avril 2007.

⁴² Fabrice HOURQUEBIE, est professeur de droit public, agrégé des universités. Il enseigne le droit et contentieux constitutionnel français et comparé à l'université Montesquieu – Bordeaux IV. Il est directeur adjoint du Centre d'études et de recherches comparatives sur les constitutions, les libertés et l'État (CERCCLE) et directeur du master 2 « Contentieux publics ». Spécialiste du pouvoir juridictionnel et plus largement des questions touchant à la justice dans l'État, il est expert en justice auprès de l'Organisation internationale de la Francophonie.

⁴³ Fabrice HOURQUEBIE, *L'indépendance de la justice dans les pays francophones* in *Les cahiers de la justice*, 2012, 2^e trimestre, p.47.

1) Le recrutement des nouveaux magistrats à travers le système de concours

Le recrutement des nouveaux magistrats est toujours une étape cruciale. Si l'Ordonnance n° 2005 -005 du 22 mars 2006 portant Loi organique relative au statut de la magistrature pose comme principe un recrutement par concours (a), une procédure dérogatoire est aussi prévue (b).

a) Le système de concours, le principe dans le cadre de l'entrée dans la magistrature

Le choix du système de recrutement de nouveaux magistrats varie selon les pays et les cultures. Par exemple, dans les pays anglo-saxons, la connaissance du Droit et l'expérience acquise en tant qu'avocat au barreau sont les éléments fondamentaux lors de la nomination d'un juge. Au Canada, les conditions requises pour être nommé magistrat sont nombreuses. En effet, à la maîtrise parfaite du processus judiciaire et à la connaissance du rôle du juge s'ajoute une expérience d'une dizaine d'années. Les juges qui seront nommés suivront des formations de perfectionnement dispensées par l'Institut National de la Magistrature. Pour d'autres pays, par contre, c'est le concours qui prévaut. Les candidats qui réussissent le concours ont vocation à être nommés juges.

À Madagascar, l'accès à la magistrature se fait par nomination des personnes issues de l'École Nationale de la Magistrature et des Greffes, donc l'accès est subordonné à la réussite d'un concours national. L'article 23,7 ° l'Ordonnance n° 2005 -005 du 22 mars 2006 portant Loi organique relative au statut de la magistrature prévoit que le recrutement des magistrats, en vue de la formation dispensée au sein de l'École Nationale de la Magistrature et des Greffes de Madagascar, se fait par voie de concours⁴⁴. Cela signifie que des épreuves, en pratique écrite et orale, seront organisées et à travers ces dernières, les candidats entreront en compétition pour un nombre limité de places. Ce choix n'est pas sans intérêt, car le recrutement par voie de concours est reconnu comme une garantie fondamentale. Il concilie les exigences de l'intérêt du service (la compétence des agents recrutés) et le principe d'égal

⁴⁴Article 23.7 : « (...) avoir suivi le cycle d'études théoriques et les stages pratiques de l'École Nationale de la Magistrature et des Greffes, filières judiciaire, administrative ou financière, et obtenu le diplôme de fin d'études délivré par cette école dont l'organisation, le fonctionnement et le concours d'entrée seront fixés par décret ».

accès des citoyens aux emplois publics⁴⁵ (le concours écarte toute nomination discrétionnaire).

b) Le mode de recrutement dérogatoire : la nomination directe ou recrutement sur titre

La nomination directe ou recrutement sur titre, qui est une exception au recrutement par concours est une méthode dérogatoire prévue dans l'Ordonnance n° 2005 -005 du 22 mars 2006 portant Loi organique relative au statut de la magistrature. Cette procédure est inscrite, en ce qui concerne les magistrats du Conseil d'État, dans l'article 25 de l'Ordonnance précitée⁴⁶.

La procédure étant exceptionnelle, l'Ordonnance n° 2005 -005 du 22 mars 2006 est venue, elle-même, limiter le recours à celle-ci. La première limite étant le nombre de postes vacants pouvant être occupés par des magistrats administratifs recrutés sur titre. Au maximum, selon le texte, seul le quart des postes vacants pouvait faire l'objet de nomination directe. La deuxième limite porte sur les conditions auxquelles les postulants devaient remplir, outre les conditions classiques d'entrée dans la magistrature⁴⁷. Celles-ci concernent les compétences et les profils requis pour prétendre à la nomination directe.

⁴⁵ Georges DUPUIS, *Droit administratif*, Sirey Université, 10^e éd., 2007, Paris, p.360

⁴⁶ Article 25 : « Dans la limite du quart des postes vacants s'ils remplissent les conditions prévues à l'article 23, paragraphes premier à 5 inclus, et sous réserve d'une période probatoire d'un an précédant leur titularisation, peuvent être nommés directement magistrats au Conseil d'État ou à la Cour des Comptes de la Cour Suprême :
1° dans le troisième grade, les avocats ayant dix (10) années d'exercice de leur profession ainsi que les fonctionnaires titulaires de l'un des diplômes énumérés à l'article 23-6 ° et ayant sept (7) années de service dans la fonction publique après l'obtention du diplôme ;
2° dans le deuxième grade, les titulaires du diplôme de docteur en droit ainsi que les fonctionnaires titulaires de l'un des diplômes énumérés à l'article 23-6 ° et occupant à leur entrée dans la magistrature depuis au moins sept (7) ans un emploi égal ou supérieur à celui du directeur dans une administration centrale ;
3° peuvent être nommés directement magistrats des tribunaux administratifs ou des tribunaux financiers sous réserve d'une période probatoire d'un an précédent leur titularisation, les fonctionnaires recrutés au titre de l'article 192 nouveau de la loi n° 2001-025 du 09 avril 2003 relative au Tribunal Administratif et au tribunal financier ».

⁴⁷ Article 23 de l'Ordonnance ° 2005-005 du 22 mars 2006 : « Nul ne peut être nommé aux fonctions de magistrat s'il ne satisfait aux conditions suivantes :

Ainsi, ne pouvaient être recrutés sur titre que :

- les avocats ayant dix (10) années d'exercice de leur profession,
- les fonctionnaires titulaires de la maîtrise ès sciences juridiques ou ès sciences économiques ou en gestion des entreprises ou de la licence en droit (régime de 4 ans), ou d'un diplôme national, reconnu par l'État sanctionnant une formation universitaire d'une durée au moins égale à quatre années d'études après le baccalauréat et occupant à leur entrée dans la magistrature depuis au moins sept (7) ans un emploi égal ou supérieur à celui du directeur dans une administration centrale ;
- les fonctionnaires titulaires de la maîtrise en droit, en économie, en gestion ou d'un diplôme équivalent, appartenant depuis sept (7) ans au moins au cadre A de la Fonction publique après l'obtention du diplôme requis et avertis des problèmes administratifs ou financiers et les magistrats de l'ordre judiciaire avertis également des problèmes administratifs ou financiers.

Cette dernière catégorie de personnes a été décidée exceptionnellement par le législateur⁴⁸ lors de la mise en place initiale des Tribunaux Administratifs dans les six (6) provinces de Madagascar, compte tenu du nombre réduit des magistrats administratifs à l'époque. De plus, le recrutement de tels fonctionnaires et magistrats n'a été possible que dans les trois (3) ans qui suivaient la promulgation de la Loi n° 2004-021 du 19 août 2004.

2) La gestion de la carrière par le Conseil Supérieur de la Magistrature

Le système de carrière prévaut dans la magistrature malgache (a). Si en soi il permet de garantir une certaine indépendance des magistrats malgaches, des réformes sont à prévoir pour renforcer les acquis (b).

1° être national Malagasy ou avoir acquis depuis cinq ans au moins, à quelque titre que ce soit, la nationalité Malagasy ;

2° avoir 21 ans révolus ;

3° jouir de ses droits civils et politiques, être de bonne moralité ;

4° remplir les conditions d'aptitude physique exigées des candidats aux fonctions publiques ;

5° être en position régulière à l'égard des lois et règlements sur le service national ; (...) »

⁴⁸ Cf. 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 et financier.

a) La Magistrature malgache, le Conseil Supérieur de la Magistrature et le système de carrière

À travers le monde, il existe principalement deux (2) systèmes pour organiser la magistrature. Le premier, comme celui qu'on retrouve au Canada, repose sur un système d'emploi. Cela signifie que le juge est recruté pour occuper un emploi précis. Dans le cadre de ce recrutement, le lieu d'affectation et les principales missions du juge sont connus d'avance. Et tout au long de la période pendant laquelle il occupe son poste, c'est-à-dire entre sa nomination et son départ à la retraite, il est impossible de songer à un changement de situation comme une mutation ou une quelconque promotion.

À l'opposé du système d'emploi, nous retrouvons le système de carrière. Dans ce régime, la nomination du juge va lui permettre de faire une carrière sur une période plus ou moins longue, allant jusqu'à une quarantaine d'années. Au cours de sa carrière, contrairement au système d'emploi, le juge est sujet à des évolutions : il sera appelé plusieurs fois à changer de spécialité et de fonctions. Le système de carrière est ainsi étroitement lié à l'idée de notation et de promotion. C'est ce système qui est appliqué dans la Magistrature malgache.

Selon les dispositions de l'article 107 de la Constitution de la IV^e République de Madagascar, le Conseil Supérieur de la Magistrature⁴⁹ (CSM) est l'organe qui est chargé d'assister le Président de la République, garant de l'indépendance de la Justice. Dans cette optique, les rédacteurs de la Constitution ont chargé ledit Conseil de veiller à la sauvegarde de l'indépendance. En outre, il s'occupe de la gestion de carrière des magistrats ainsi que des sanctions dans le cadre des mesures disciplinaires.

Pour assurer l'indépendance des juges administratifs, notamment pour éviter toutes formes de discriminations et de pressions tout au long de leur carrière, les textes ont été organisés de façon à ce que leur avancement d'échelon se fasse automatiquement tous les

⁴⁹ Cet organe est régi par la Loi organique n° 2007-039 du 14 janvier 2008 portant Loi organique relative au Conseil Supérieur de la Magistrature.

deux (2) ans⁵⁰. Cet automatisme prévu par les textes offre une certaine garantie d'indépendance par rapport au pouvoir Exécutif. En effet, celui-ci, à travers le ministre de la Justice, ne dispose d'aucun pouvoir que de constater par voie d'arrêté l'avancement du magistrat⁵¹.

L'avancement de grade est plus complexe que l'avancement d'échelon et fait intervenir plusieurs acteurs dont le chef hiérarchique du magistrat concerné, le ministre de la Justice, le Conseil Supérieur de la Magistrature et le Président de la République, en sa qualité de Président du CSM. D'une part, comme le prévoit l'article 41 alinéas 6 et 7 de l'Ordonnance n° 2005-005 du 22 mars 2006 portant Loi organique relative au statut de la magistrature, les activités du juge administratif sont appréciées annuellement *« pour les magistrats du siège d'un Tribunal Administratif (...), par le premier président de la Cour Suprême après avis du procureur général de ladite Cour, au vu des notes attribuées par le président du Conseil d'État (...) et de celles attribuées par le président du Tribunal Administratif (...) après avis du chef du parquet de cette juridiction ; pour les magistrats du parquet d'un Tribunal Administratif (...), par le procureur général de la Cour Suprême après avis du premier président de ladite Cour, au vu des notes attribuées par le commissaire général de la loi (...) et de celles attribuées par le chef du parquet du Tribunal Administratif (...) après avis du président de cette juridiction »*. Ces notes et appréciations seront ensuite présentées au ministre de la Justice, par ordre de mérite, par les chefs de Cour⁵². Et à son tour, le ministre transmettra la proposition au secrétariat du Conseil Supérieur de la Magistrature pour l'établissement de la liste contenu dans le tableau d'avancement. Le tableau définitif contenant la liste des magistrats susceptibles d'être promus à un grade supérieur sera ensuite arrêté définitivement, par ordre de mérite, par le Président dudit Conseil qui n'est autre, rappelons-le, que le Président de la République.

L'avancement de grade se fait donc au mérite, et le Conseil Supérieur de la Magistrature joue un rôle majeur dans la décision d'accorder ou non une promotion de grade.

⁵⁰ cf. article 39 alinéa 1^{er} de l'Ordonnance n° 2005-005 du 22 mars 2006 portant Loi organique relative au statut de la magistrature : *« Les magistrats bénéficient, dans le même grade, d'un avancement automatique d'échelon au bout de deux ans d'ancienneté dans l'échelon immédiatement supérieur »*.

⁵¹ cf. article 39 alinéa 2 de l'Ordonnance n° 2005-005 du 22 mars 2006 précité : *« Les avancements d'échelon des magistrats (...) sont constatés par arrêté du Ministre de la Justice »*.

⁵² cf. article 44 de l'Ordonnance n° 2005-005 du 22 mars 2006.

Bien que celui-ci soit indépendant, il n'est pas exagéré d'affirmer que le Conseil dispose d'une large marge de manœuvre et un certain pouvoir discrétionnaire dans ce domaine. Or, compte tenu du fait que, d'une part, c'est le Président de la République, en tant que Président dudit Conseil, qui arrête le tableau d'avancement et, d'autre part, en l'absence de dispositions légales qui prévoient qu'il est lié par la proposition de liste émise par les chefs de Cour, le pouvoir Exécutif dispose toujours d'une mainmise sur la carrière et l'indépendance des magistrats.

b) La réforme nécessaire de la promotion de grade : le système de concours

Le pouvoir que dispose l'Exécutif, à travers le Président de la République, sur la carrière des magistrats administratifs est considérable. De par sa simple volonté, celui-ci peut refuser l'inscription d'un juge administratif dans la liste du tableau d'avancement. C'est pourquoi il est temps de mettre en place un système plus objectif pour assurer pleinement l'indépendance des magistrats dans leur carrière ainsi qu'une réelle réforme dans le domaine de la gouvernance du personnel judiciaire.

La promotion de grade par voie de concours, organisée sans l'intervention du Ministère de la Justice, à quel que stade que ce soit, serait l'idéal pour assurer l'objectivité et écarter toute idée de favoritisme ou de représailles. Il serait louable, par exemple, qu'un organe indépendant tel que le Conseil Supérieur de la Magistrature prenne en main l'agencement des épreuves prévues à cet effet. Les avantages de cette procédure sont nombreux. Il y a lieu, par exemple, de souligner le fait qu'il permet d'assurer la compétence et le savoir-faire des magistrats aspirant à un grade plus élevé. Le système, outre qu'il écarte toute possibilité d'intervention du pouvoir Exécutif et du pouvoir Législatif, rehaussera considérablement la qualité de la justice en général.

II- Les menaces réelles à l'indépendance du juge administratif : une porte ouverte sur les dérives de partialité

L'évaluation de l'indépendance de la Justice Administrative malgache est appréciée, comme dans tous les pays modernes, par rapport à la disponibilité des moyens à sa disposition pour réaliser ses missions, ses moyens matériels, mais surtout ses moyens financiers (A). Figurent aussi parmi les paramètres devant être pris en compte dans l'appréciation de l'indépendance de la juridiction, les garanties offertes aux juges, garanties se traduisant

principalement par son inamovibilité (B). Enfin, et non le moindre, surtout dans les pays sous-développés comme Madagascar, l'indépendance de la justice est estimée par rapport au respect de l'écart entre le pouvoir judiciaire et l'Exécutif (C).

A- Les dépendances budgétaire et administrative chroniques de la justice administrative

L'indépendance de la justice est une notion qui peut et doit être analysée sous plusieurs angles. Au-delà des moyens pour garantir l'indépendance des juges vis-à-vis des autres pouvoirs et au-delà des questions d'ordre pécuniaire, notamment le salaire et les indemnités que doivent percevoir les magistrats pour éloigner toutes tentations possibles, il est impensable de ne pas mettre la lumière sur l'indépendance financière des juridictions. En effet, quand bien même les magistrats seraient à l'abri des pressions dans leurs activités juridictionnelles, l'indépendance serait vide de sens si la juridiction n'avait pas les moyens de subvenir de manière autonome à ses besoins afin d'accomplir les missions qui lui sont dévolues. Il est généralement admis qu'un financement approprié est essentiel au fonctionnement d'une justice efficace et indépendante⁵³. Comme l'a dit subtilement Fabrice HOURQUEBIE « *protéger l'indépendance, c'est aussi donner à ses titulaires les moyens d'exercer leurs fonctions. Les garanties financières s'adressent non seulement aux juges, mais aussi aux juridictions* »⁵⁴.

Dans cette partie donc, il nous revient d'approfondir la question des budgets du système judiciaire. Il est important toutefois de préciser que notre étude ne s'étalera pas sur l'indépendance de la justice malgache tout entière. Elle se limitera à la justice administrative et principalement au Conseil d'État de la Cour Suprême de Madagascar. Ce choix n'est pas anodin, puisque cette Cour est avant tout la plus haute Juridiction Administrative de Madagascar. Il lui incombe aussi d'exercer un contrôle technique sur les juridictions administratives. Son degré d'indépendance donc pourra, le cas échéant, être projeté sur les tribunaux administratifs implantés dans les six (6) provinces.

⁵³ *Accès à la justice : l'indépendance, l'impartialité et l'intégrité de la magistrature*, Compilation d'outils d'évaluation de la justice pénale, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, Vienne, 2008.

⁵⁴ Fabrice HOURQUEBIE, *L'indépendance de la justice dans les pays francophones* précité, p.50.

1) Une brève présentation du Conseil d'État de la Cour Suprême de Madagascar

Deuxième Cour composant la Cour Suprême de Madagascar, l'existence du Conseil d'État est prévue dans l'article 121 de la Constitution de Quatrième République⁵⁵. Ses attributions peuvent se diviser en trois (3) : les activités juridictionnelles, les activités consultatives, et les activités que nous pouvons classer comme étant des activités extrajudictionnelles.

En tant que juridiction, l'article 129 de la Loi organique n° 2004-036 du 1^{er} octobre 2004 confie au Conseil d'État malgache la mission de juge de droit commun du contentieux administratif. Autrement dit, il se prononce, à travers le recours pour excès de pouvoir ou recours en annulation, sur la légalité des actes pris par les autorités administratives centrales ou provinciales. En tant que juge du plein contentieux, ladite Cour statue sur les requêtes tendant à faire condamner ces mêmes autorités pour les faits dommageables qu'ils occasionnent à l'occasion de leurs activités. De même, les réclamations contentieuses relatives aux impôts d'État relèvent aussi du Conseil d'État⁵⁶. Enfin et non le moindre, outre le fait qu'il juge des contentieux électoraux déterminés par la loi, notamment les contentieux communaux, régionaux et provinciaux, le Conseil d'État statue en appel ou en cassation sur les décisions rendues par les juridictions administratives dans les provinces autonomes.

En dehors des activités juridictionnelles prévues par la loi, le Conseil d'État assure aussi des missions consultatives. Ainsi, l'article 129 alinéa 5 de la Loi organique n° 2004-036 1^{er} octobre 2004 prévoit qu'il peut, à travers des avis, se prononcer sur des « *textes de loi et sur l'organisation, le fonctionnement ou les missions des services publics* » sur demande du

⁵⁵Article 121 : « *La Cour Suprême veille au fonctionnement régulier des juridictions de l'ordre judiciaire, administratif et financier.*

Elle comprend :

- la Cour de Cassation ;
- le Conseil d'État ;
- la Cour des Comptes »

⁵⁶Article 20.02.20 du Code Général des Impôts : « *Les décisions rendues par l'administration sur les réclamations contentieuses en matière d'assiette et qui ne donnent pas satisfaction au réclamant peuvent être portées devant le Conseil d'État de la Cour Suprême pour les impôts d'État (...)* »

Premier ministre, des Gouverneurs des provinces autonomes ou de certaines autorités publiques⁵⁷.

Enfin, rappelons-le, le Conseil d'État exerce un contrôle technique sur les juridictions administratives. Cette tâche lui revient de droit, puisque c'est la Juridiction Administrative suprême. En tant que tel, il accompagne et encadre les six (6) Tribunaux Administratifs établis dans les six provinces de Madagascar.

2) Quid du budget du Conseil d'État de la Cour Suprême de Madagascar ?

Le budget du Conseil d'État de la Cour Suprême ne correspond pas du tout aux missions qui lui reviennent. Déjà que la Haute Juridiction Administrative ne dispose pas d'une autonomie budgétaire (a), échappent aussi entre ses mains son élaboration et son vote (b) à tel point que son budget de fonctionnement est réduit chaque année (c).

a) Une juridiction privée d'une autonomie budgétaire

L'indépendance financière de la Justice est une expression du respect de la séparation des pouvoirs. Elle fait donc ressortir le lien direct qui existe entre la position qu'elle occupe dans l'État et l'autonomie financière dont elle bénéficie. À travers les ateliers internationaux organisés depuis plusieurs années, les associations et autres entités sont, toutefois, unanimes sur un point : les juridictions fonctionnent dans des conditions matérielles et financières médiocres pour pouvoir assurer pleinement leurs missions et assurer une bonne administration de la justice. Cette pénible situation financière à laquelle les Cours et les tribunaux doivent faire face prend une telle ampleur dans les pays africains que c'est leur crédibilité même qui est remise en cause⁵⁸.

La majorité des juridictions africaines souffrent de l'absence d'une autonomie budgétaire. Seul le Gabon fait exception. Dans ce pays, les Cours établissent leur budget à partir de leurs besoins, lequel budget sera voté avec la loi de Finances par le parlement, sans

⁵⁷ Dans la pratique, ces autorités publiques sont représentées par les Directeurs et les Directeurs Généraux dans les Ministères et les établissements publics.

⁵⁸ Alioune Badara FALL, *L'indépendance de la justice, Acte du deuxième congrès de l'Association des Hautes Juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français*, Sous-thème I, Nov 2007, Dakar, Sénégal. pp.40-70, 2007, AHJUCAF.

qu'il fasse l'objet de discussion. Contrairement aux Cours gabonaises, Madagascar n'échappe pas à la triste règle, le Conseil d'État ne dispose pas d'une autonomie budgétaire.

Financé par le Budget Général de l'État voté chaque année par le Parlement, le budget du Conseil d'État de la Cour Suprême de Madagascar est rattaché à celui du Ministère de la Justice⁵⁹. À cette situation s'ajoute le fait que ce budget se résume seulement en un budget de fonctionnement qui retrace uniquement les opérations financières nécessaires à la gestion courante de la Cour. Cette anomalie n'est pas aussi surprenante comme on puisse le croire, puisqu'avant l'année 2009, la Loi de Finances prévoyait un budget d'investissement⁶⁰, mais il n'y a jamais eu de crédits de paiement⁶¹.

b) Un budget confectionné et présenté par le Ministère de la Justice devant le Parlement

« Les tribunaux bénéficient-ils d'une autonomie financière et administrative suffisante pour être en mesure d'exercer leur mission sans interférence des autres corps de l'État ? Là est la question. L'indépendance des tribunaux suppose que ceux-ci aient la maîtrise de tous les éléments de leur administration qui ont une influence directe sur l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles ». Tels sont les propos de Nicole DUPLE⁶² lors du Congrès de l'AHJUCAF en 2007.

Pour le cas du Conseil d'État de la Cour Suprême de Madagascar, cette maîtrise est encore loin d'être acquise. En effet, dans la pratique, l'Ordonnateur Secondaire de la Haute Juridiction n'établit que des prévisions qui seront transmises au Ministère de la Justice, Ministère auquel il est rattaché, pour que ce dernier confectionne et établisse le projet final de budget qui sera présenté devant le Parlement. De plus, selon toujours le Comptable du Conseil d'État, il existe un décalage réel entre la prévision et le crédit accordé par la Loi des Finances.

⁵⁹ cf. à titre d'exemple le Tome II - Document Budgétaire Annexe à la Loi n° 2015-050 du 29 décembre 2015 portant Loi de Finances pour 2016.

⁶⁰ Contrairement au budget de fonctionnement, le budget d'investissement est prévu pour les projets de réaménagement et de rénovation, des dépenses de mobiliers et équipements ou les dépenses relatives aux réaménagements majeurs.

⁶¹ Informations recueillies auprès du Comptable de du Conseil d'État de la Cour Suprême.

⁶² Professeure titulaire à la faculté de droit de l'université de Laval (Canada)

L'autonomie financière de la justice est exceptionnelle. Seuls quelques pays l'adoptent. Toutefois, pour que l'indépendance des Cours soit assurée, une procédure qui tient compte de leurs avis est mise en place avant le vote du budget. Une telle procédure n'est pas prévue à Madagascar. Les chefs de Juridictions, même au niveau de la Cour Suprême, ne sont pas invités à soutenir et défendre leurs prévisions budgétaires devant l'Assemblée Nationale et le Sénat.

c) Une réduction annuelle du budget du Conseil d'État

Déjà dépourvu d'autonomie financière, les prévisions budgétaires n'étant pas respectées dans la Loi de Finances, le Conseil d'État doit aussi faire face à un autre problème de grande envergure depuis l'année 2010 : la réduction de son budget.

La Haute Juridiction Administrative souffre, depuis 2010, d'une réduction constante de son budget. En effet, si, pour l'année 2011, le Conseil d'État pouvait engager 147 000 000 Ariary⁶³, cette somme a été réduite de 93,51 % en 2015. Ce qui correspond à un montant de 9 580 000 Ariary⁶⁴. À cela s'ajoutent, d'une part, un taux d'engagement ou taux de régulation⁶⁵ établi par le Ministère des Finances qui limite considérablement les marges de manœuvre de la Cour et d'autre part, de fréquents blocages de crédits⁶⁶.

Cette amputation budgétaire n'est pas sans conséquence pour le Conseil d'État de la Cour Suprême de Madagascar. La plus flagrante, à titre d'exemple, concerne le compte 6261 relatif aux Frais postaux comme il ressort des Bordereaux des Crédits Sans Emploi (BCSE) de ladite Cour. Si cette dernière pouvait engager 2 300 000 Ariary en 2010⁶⁷, pour les timbres postaux, ce montant a été revu en baisse avec 2 000 000 Ariary en 2011⁶⁸, puis à

⁶³ Données recueillies dans le Tableau de régulation des dépenses du Conseil d'État pour l'année 2011.

⁶⁴ Données recueillies dans le Tableau de régulation des dépenses du Conseil d'État pour l'année 2015.

⁶⁵ Ce taux répartit la dépense tout au long de l'année, par exemple trimestriellement, éventuellement mensuellement, jusqu'à parvenir à un taux d'exécution légèrement inférieur ou égal à 100 %.

⁶⁶ Il consiste en une annulation des crédits, en montant et non en pourcentage, soit à la suite d'insuffisance de recettes, soit à la suite de dépenses imprévues.

⁶⁷ Données fournies dans le Bordereau des Crédits sans Emploi de l'année 2010

⁶⁸ Données fournies dans le Bordereau des Crédits sans Emploi de l'année 2011

500 000 Ariary pour les années 2012⁶⁹ et 2013⁷⁰. Pour l'année 2014, il ne restait plus que 200 000 Ariary⁷¹ pour finir à 0 Ariary en 2015⁷².

Or, cette rubrique Frais postaux est d'une importance capitale pour la Justice administrative. En effet, les procédures devant celle-ci sont principalement écrites. Cela implique que les parties doivent présenter leurs conclusions et leurs moyens sous la forme de mémoires écrits qu'elles adressent au juge qui assure la communication aux parties adverses pour garantir le caractère contradictoire de la procédure.

L'absence de budget relatif aux Frais postaux porterait ainsi gravement atteinte au fonctionnement de la Justice administrative, notamment au Conseil d'État. Outre le fait que le principe du contradictoire ne sera plus respecté, faute de budget, c'est la crédibilité même de la Justice administrative qui sera remise en cause, tant pour sa lenteur déjà pointée du doigt⁷³ que pour ses compétences.

B- L'inamovibilité du juge du siège, une règle mise à mal au cours de ces dernières années

Quel que soit l'ordre de juridiction, judiciaire, administratif ou financier, les juges du siège bénéficient de l'inamovibilité consacrée par l'article 109 de la Constitution actuelle⁷⁴. À partir de cette disposition constitutionnelle, nous devons d'abord définir ce que les constituants entendent par « *magistrats du siège* » (1) pour que nous puissions déterminer le contenu du principe de l'inamovibilité (2). Cette démarche nous permettra ensuite de mieux appréhender l'affaire des affectations de juges du siège, qualifiée d'abusives, qui a secoué la Magistrature malgache en 2015 (3).

⁶⁹ Données fournies dans le Bordereau des Crédits sans Emploi de l'année 2012

⁷⁰ Données fournies dans le Bordereau des Crédits sans Emploi de l'année 2013

⁷¹ Données fournies dans le Bordereau des Crédits sans Emploi de l'année 2014

⁷² Données fournies dans le Bordereau des Crédits sans Emploi de l'année 2015

⁷³ Voir sur ce point *Consolidation de l'Etat de droit* (en ligne), consulté le 30 janvier 2016, http://eeas.europa.eu/delegations/madagascar/eu_madagascar/dev_cooperation/government/consolidation/index_fr.htm.

⁷⁴ Article 107 : « *Les Magistrats du siège sont inamovibles ; ils occupent les postes dont ils sont titulaires en raison de leur grade ; ils ne peuvent recevoir sans leur consentement, aucune affectation nouvelle, sauf nécessité de service dûment constatée par le Conseil Supérieur de la Magistrature* ».

1) Qu'est-ce qu'un magistrat du siège ?

À défaut d'une réelle définition, le magistrat du siège est celui dont le rôle principal est d'écouter les parties et les avocats à un procès pour ensuite appliquer la loi et dire le droit à travers une ordonnance, un jugement ou un arrêt, selon le cas. Son appellation vient du fait qu'il prononce les décisions de justice en étant assis. Le magistrat du siège est donc le « juge classique ».

Par opposition aux juges du siège, il y a les « magistrats debout », qui doivent se lever lorsqu'ils s'adressent à la Cour ou au Tribunal lors de la formulation de leurs réquisitoires⁷⁵ ou conclusions⁷⁶.

Aux termes de la Constitution⁷⁷, les magistrats du siège sont inamovibles. Cette disposition constitutionnelle a été ensuite confirmée et reprise telle qu'elle par l'article 9 de l'Ordonnance 2005 -005 du 22 mars 2006 portant Loi organique relative au statut de la magistrature⁷⁸. À la lecture de ces deux articles précités, la première conclusion que nous pouvons en tirer est que les magistrats debout ne peuvent jouir et ne peuvent se prévaloir d'une quelconque inamovibilité.

2) En quoi consiste l'inamovibilité des juges du siège ?

« À l'aube du troisième millénaire, l'inamovibilité des magistrats du siège apparaît clairement érigée au rang de garantie de référence, en vue d'assurer l'indépendance des

⁷⁵ Acte de réquisition écrit et lu en audience, par lequel le ministère public expose ses arguments aux magistrats de la juridiction répressive afin d'ouvrir une information, de renvoyer le prévenu devant une juridiction répressive ou de conclure à un non-lieu.

⁷⁶ Devant les juridictions administratives et financières, les conclusions sont des exposés formulés et lus en public par le Commissaire Général de la Loi ou le Commissaire Général du Trésor Public. À travers ses exposés, et en toute indépendance, le magistrat présente les questions de droit posées par l'affaire, livre ses opinions et propose une ou plusieurs solutions possibles aux juges du Siège.

⁷⁷ Article 109 : « Les magistrats du siège sont inamovibles ; ils occupent les postes dont ils sont titulaires en raison de leur grade ; ils ne peuvent recevoir sans leur consentement, aucune affectation nouvelle, sauf nécessité de service dûment constatée par le Conseil Supérieur de la Magistrature ».

⁷⁸ Article 9 : « Les magistrats du siège sont inamovibles. Ils occupent les postes dont ils sont titulaires en raison de leur grade ; ils ne peuvent recevoir sans leur consentement, aucune affectation nouvelle sauf nécessité de service dûment constatée par le Conseil Supérieur de la Magistrature ».

juges ». Telle est la vision d'Olivier PLUEN dans sa thèse de doctorat⁷⁹. De nombreuses fois, l'inamovibilité des juges est citée sans que l'on ne sache réellement ni sa signification, ni sa portée, ni ses limites.

a) L'inamovibilité dans le langage courant

Dans le langage courant, le dictionnaire Le Robert propose deux (2) définitions de l'adjectif « amovible »⁸⁰. Tout d'abord, est amovible celui qui peut être déplacé, changé d'emploi, révoqué. Dans cette première acception, il fait référence à un fonctionnaire ou à un magistrat. Synonyme de « révocable », le mot « amovible » évoque donc une fonction qui peut être retirée d'un fonctionnaire pour être attribuée à d'autres. La deuxième définition du mot est relative à celui qui peut être enlevé ou remis à sa place à volonté. À la lumière de ces deux définitions, et en suivant un raisonnement *a contrario*, nous pouvons donc dire qu'est inamovible ou bénéficie d'une inamovibilité la personne, principalement un fonctionnaire ou un magistrat, qui ne peut être mutée ou révoquée sans motif précis ou être affectée de manière arbitraire à une quelconque localité.

b) L'inamovibilité vue par la doctrine

Dans le langage juridique, plusieurs définitions sont proposées, dont celle du professeur CORNU⁸¹. Selon lui, et c'est la définition classique, est amovible le fonctionnaire qui peut changer d'emploi, être déplacé, dans l'intérêt du service et en dehors de toute sanction disciplinaire, par décision discrétionnaire d'un supérieur hiérarchique⁸².

⁷⁹ Olivier PLUEN, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse de doctorat soutenue le 22 novembre 2011, Université Panthéon-Assas (Paris 2) École doctorale de droit public, science administrative et science politique, p.16.

⁸⁰ Étymologiquement, « amovible » vient du latin médiéval *amovibilis* et du latin *amovere* dont le sens est « écarter ».

⁸¹ Gérard CORNU a été professeur de droit à la faculté de droit de Poitiers (qu'il a rejoint grâce au Professeur Jean Carbonnier), doyen de cette faculté, puis professeur à l'Université de Paris II Panthéon-Assas. Il fut membre du Conseil supérieur de la magistrature français, nommé en 1967 par le général de Gaulle, alors Président de la République française.

⁸² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 7e éd., 2005, p. 54.

Mais au fil des siècles, notamment depuis le XXe siècle, la doctrine a essayé de cerner et de préciser le sens de l'inamovibilité des juges. Dans un premier temps, les définitions proposées faisaient référence à une garantie contre l'arbitraire du Gouvernement. À titre d'exemple, nous pouvons citer Monique PAUTI qui est convaincue que l'inamovibilité du juge du siège est indéniablement une protection contre la « volonté arbitraire du Gouvernement »⁸³. À l'unanimité, les membres de la doctrine s'accordent sur un point : seule la loi fixe les limites de cette inamovibilité. « *Les magistrats sont inamovibles, ce qui revient à dire qu'ils ne peuvent être destitués (...) déplacés que dans les conditions prévues par la loi* » disait le Professeur CUCHE.

En consacrant qu'une inamovibilité constitue un rempart contre l'arbitraire de l'Exécutif, mais aussi du pouvoir Législatif, les auteurs n'écartent point la possibilité pour un juge du siège de faire l'objet d'une révocation, d'une suspension, d'un déplacement ou même d'une mise à la retraite d'office à la suite d'une procédure disciplinaire encadrée par la loi en cas de faute professionnelle grave. « *Le fonctionnaire inamovible — et notamment, le magistrat du siège — ne peut être puni disciplinairement que par la décision, ou sur l'avis conforme (ce qui revient pratiquement au même) d'un organe juridictionnel, ou offrant les garanties juridictionnelles, et selon une procédure présentant les garanties que chaque justiciable est en droit d'attendre d'une procédure juridictionnelle* » expliquait WALINE⁸⁴.

En ce XXIe siècle, la relève décline l'inamovibilité en quatre (4) propositions :

« – Pendant la durée préétablie de ses fonctions, le magistrat peut uniquement être désinvesti dans les cas et dans les conditions prévus par son statut ;

- Le magistrat est titulaire de sa fonction du siège ;

- Le magistrat ne peut être sanctionné par l'autorité de nomination, et la compétence disciplinaire est transférée à un organe juridictionnel ;

- Le magistrat ne peut faire l'objet d'une affectation nouvelle sans son consentement, même en avancement »⁸⁵.

⁸³ Monique PAUTI, *Les magistrats de l'ordre judiciaire*, ENAJ, Paris, 1979, p. 165.

⁸⁴ Marcel WALINE, *Pouvoir exécutif et justice, La justice VII*, PUF, Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés, Université d'Aix-Marseille, 1961, pp. 100-101.

⁸⁵ Olivier PLUEN, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?* précité, p.26.

3) Le scandale de l'atteinte à l'inamovibilité en 2015 à Madagascar

a) Le contexte

Si les violations du principe de l'inamovibilité ont toujours existé⁸⁶, la magistrature malgache a été secouée, au cours de l'année 2015, par un scandale touchant l'inamovibilité des juges. Une telle situation a fait couler beaucoup d'encre et a été dénoncée par le Syndicat des Magistrats de Madagascar (SMM) à travers la presse. *« Ces derniers temps (...) des juges de sièges entre autres, ont été frappés par des mesures d'affectation »* a dit le président du SMM hier en conférence de presse⁸⁷. Cette affectation massive⁸⁸ telle qu'elle était qualifiée par les journalistes concernait des magistrats siégeant dans les juridictions de Manakara, Antalaha, Toamasina, Antananarivo, Ambositra, Toliara et Tsiroanomandidy. *« La nécessité de service invoquée comme raison de toute affectation n'est nullement expressément motivée, en violation grave du principe d'inamovibilité des juges de siège, principe constitutionnel et statutaire »* a martelé le Président du syndicat⁸⁹.

b) L'inamovibilité, la nécessité de service et les abus

Pour rappel, *« l'inamovibilité est la garantie habituelle retenue par l'indépendance de la justice ; c'est une règle qui cherche à supprimer toute tentation de pression sur les magistrats par le biais de déplacement d'office. Elle est considérée comme une borne opposée traditionnellement à l'introduction de l'arbitraire dans l'administration de la justice ; son but est de protéger les magistrats contre un éventuel empiètement du pouvoir exécutif ; elle est adoptée pour contrebalancer le pouvoir de nomination des magistrats et la gestion de leur carrière attribuée au pouvoir exécutif »*⁹⁰.

L'article 9 de la Loi organique portant Statut de la Magistrature énonce que : *« Les magistrats du siège sont inamovibles. Ils occupent les postes dont ils sont titulaires en raison*

⁸⁷ Quotidien *La Vérité* du mardi, 05 Mai 2015.

⁸⁸ Quotidien *Midi Madagasikara*, 6 mai 2015.

⁸⁹ Quotidien *La Vérité* précité

⁹⁰ Hassouni Kaddour BEN MOUSSA, *Le Conseil supérieur de la magistrature et le principe de l'inamovibilité des juges* (en ligne), consulté le 12 mars 2016 http://www.libe.ma/Le-Conseil-superieur-de-la-magistrature-et-le-principe-de-l-inamovibilite-des-juges_a42302.html.

de leur grade ; ils ne peuvent recevoir sans leur consentement, aucune affectation nouvelle sauf nécessité de service dûment constatée par le Conseil Supérieur de la Magistrature ». Or dans le scandale de 2015, aucune consultation des juges intéressés⁹¹ n'a été effectuée lors de la prise de la décision portant leur affectation. Il n'est pas exagéré d'affirmer que, dans cette pratique, le fonctionnement dudit Conseil n'est pas favorable à l'effectivité de l'indépendance et de l'inamovibilité solennellement inscrites dans les textes.

Pis encore, l'expression « nécessité de service » est une notion nébuleuse. Et comme elle n'est pas clairement définie, c'est une porte vers de nombreux abus⁹².

Lors de son intervention⁹³, le Conseiller Supérieur de la Magistrature, RANDRIANARIVONANTOANINA Tiana Ifanomezantsoa a précisé que « *La nécessité de service, bien qu'elle ne soit pas définie expressément par la loi ou par la jurisprudence, est intimement liée à la continuité des services publics. La Justice, en tant que service public, doit en effet satisfaire et faire primer l'intérêt général. Et cet intérêt général, à côté de l'exigence d'un bon fonctionnement de l'Administration de la Justice, exige un minimum de personnel au niveau d'une juridiction* ». Cette position du Conseiller Supérieur n'est pas le fruit du hasard. Elle rejoint un courant d'idée selon laquelle l'inamovibilité n'est pas un principe sans limites. Il arrive que dans le cadre de la gestion du personnel de la Justice, notamment en cas de juridiction en manque de magistrats, le Conseil Supérieur de la Magistrature doive faire primer le fonctionnement du tribunal au détriment de l'inamovibilité des juges du siège. Les contraintes de gestion humaines disponibles peuvent donc justifier une dérogation au principe d'inamovibilité⁹⁴.

⁹¹ « Nous ne sommes pas contre une affectation, mais elle doit se faire selon les dispositions constitutionnelles. Le texte stipule clairement qu'avant son affectation, un magistrat doit être entendu. Ce qui n'a pas été le cas lors de la dernière vague d'affectations » déclarait le Président du Syndicat des Magistrats de Madagascar dans le journal en ligne Newsmada, <http://www.newsmada.com/2015/05/20/affectations-abusives-les-magistrats-haussent-le-ton/> consulté le 14 janvier 2016.

⁹² Quotidien La Vérité précité.

⁹³ Intervention lors de la rencontre entre les Conseil Supérieur de la Magistrature malgache et français

⁹⁴ Transparency International, *Combattre la corruption : enjeu et perspectives*, Karthala, 2002, Paris, p.156

Le problème⁹⁵ réside toutefois dans le fait que le Conseil Supérieur de la Magistrature malgache dispose d'un puissant pouvoir pour neutraliser l'inamovibilité en arguant simplement la nécessité de service, et cela sans qu'il lui soit nécessaire de prouver cette exigence⁹⁶. La réalité de la nécessité de service relève ainsi d'une appréciation souveraine du Conseil. Or cette appréciation constituerait une menace pour l'indépendance du juge si la réalité de la nécessité de service n'est pas fondée sur des chiffres exacts, liés au nombre de dossiers traités au sein d'une juridiction et proportionnellement au nombre de magistrats y travaillant.

La question qui se pose est donc de savoir par quel moyen il serait possible de contrôler la réalité de la nécessité de service invoquée par le Conseil Supérieur de la Magistrature, car « *à la différence du fonctionnaire ordinaire, un magistrat ne peut faire l'objet d'une affectation d'office dans l'intérêt du service. Son consentement préalable est requis* »⁹⁷.

c) La nécessité de service, une notion à encadrer

La première solution que nous proposons se fonde à partir de la définition de l'inamovibilité formulée par les Professeurs GARSONNET et CEZAR-BRU. Cette dernière s'énonce comme suit : « *les magistrats du siège ne peuvent être dépossédés de leurs fonctions, pendant le temps qu'elles doivent durer, sauf dans les cas et suivant les formes déterminées par la loi* ». La clé de voûte de cette définition réside dans la limitation de la période pendant laquelle un magistrat occupe la fonction de juge, et par conséquent, une limitation de son inamovibilité pendant la période précise durant laquelle il occupe son poste. Son inamovibilité qui est temporaire devra ainsi durer tant qu'il exercera en tant que juge. Pendant cette période, déterminée d'avance précisons-le⁹⁸, en aucun cas le Conseil Supérieur de la Magistrature ne

⁹⁵ En Afrique, comme il ressort du Congrès de l'AHJUCAF en 2007, il est de pratique que les Conseils de la Magistrature procèdent à des déplacements de magistrats sans solliciter leur accord, et surtout sans que cela ne soit objectivement commandé par les impératifs du service.

⁹⁶ cf. la déclaration du Président du Syndicat des Magistrats de Madagascar, M. ANDRIANJAFIMAHERY Alphonse, dans le quotidien *L'Express de Madagascar* du 06 mai 2015.

⁹⁷ Olivier PLUEN, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?* cité plus haut, p.25.

⁹⁸ En France, par exemple, depuis l'entrée en vigueur de la Loi organique 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature et modifiant l'Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, il est prévu que « *Nul ne peut exercer plus de sept années la fonction de président ou de*

pourra l'affecter ou le muter. De cette manière, l'inamovibilité sera conçue comme étant une propriété individuelle du juge, « *une sorte de propriété du siège, qui (...) assure une très forte possession de leur titre* »⁹⁹.

La deuxième solution, qui a pour mérite d'être plus pratique, serait l'établissement d'une cartographie des juridictions à Madagascar. Cette cartographie recouperait le nombre de magistrats dans chaque juridiction. De cette manière, la gestion des ressources humaines se fera de manière transparente et la réalité de la nécessité de service sera facilement décelée. Une mise à jour régulière en fonction des affectations opérées et des départs à la retraite, ou le cas échéant, des décès des magistrats serait par contre fortement conseillée pour que le système puisse être viable et fonctionner normalement. En définitive, l'établissement de la cartographie sera une barrière contre les affectations arbitraires des magistrats du siège déguisées en de service.

C- La présence du Président de la République au sein du CSM, un facteur de malaise

Calquée sur le modèle français, la présidence du Conseil Supérieur de la Magistrature dans les pays francophones, comme c'est le cas de Madagascar, qui revient au Président de la République est sujette à de nombreuses controverses. Cette situation dans laquelle c'est le Président de la République qui garantit l'indépendance des juges, alors qu'il est le Chef de l'État¹⁰⁰ exerçant la fonction exécutive¹⁰¹ avec le Gouvernement, ne fait pas l'unanimité. Loin de là, elle est fréquemment pointée du doigt, car pour l'opinion générale, elle reflète une atteinte flagrante au principe de la séparation des pouvoirs¹⁰². Elle serait même, selon une grande partie des observateurs, un symbole de la mainmise de l'Exécutif sur le Judiciaire.

procureur de la République d'un même tribunal de grande instance ou de première instance ou d'un même tribunal supérieur d'appel. À l'expiration de cette période, s'il n'a pas reçu une autre affectation, le magistrat est déchargé de cette fonction par décret du Président de la République et exerce au sein de la Cour d'Appel ou du tribunal de grande instance les fonctions auxquelles il a été initialement nommé ».

⁹⁹ Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900, Paris, 1900, p. 596.

¹⁰⁰ cf. art. 45.1 de la Constitution de la IVe République

¹⁰¹ cf. art. 44 de la Constitution de la IVe République

¹⁰² Afin de limiter l'arbitraire et d'éviter en même temps les abus des tenants du pouvoir, John Locke et Montesquieu ont théorisé la séparation des pouvoirs. Classiquement, cette théorie prône l'exercice des trois

La présence même du Président de la République et du ministre de la Justice dans la structure chargée de « la sauvegarde, de gestion de carrière et de sanction des Magistrats »¹⁰³ dénote une dépendance du Conseil Supérieur de la Magistrature à ces autorités précitées. Comme l'a souligné Alioune Badara FALL¹⁰⁴ au cours du Congrès de l'AHJUCAF en 2007, « dans beaucoup de pays ayant en commun l'usage de la langue française, existe un Conseil Supérieur de la Magistrature qui vient assister le Président de la République garant de l'indépendance de la justice (...) n'ont pas toujours fait l'objet de commentaires élogieux ».

D'autre part, l'article 108 de la Constitution malgache confirme l'indépendance des juges du Siègre lors de l'exercice de leurs fonctions c'est-à-dire au cours de leurs activités juridictionnelles. Aux termes de cet article, il a été précisé explicitement que « Dans leurs activités juridictionnelles, les Magistrats du siège, les juges et assesseurs sont indépendants et ne sont soumis qu'à la Constitution et à la loi. À ce titre, hors les cas prévus par la loi et sous réserve du pouvoir disciplinaire, ils ne peuvent, en aucune manière, être inquiétés dans l'exercice de leurs fonctions ».

La remise en cause de la présidence du Conseil Supérieur de la Magistrature par le Chef de l'Exécutif est plus que nécessaire¹⁰⁵. En effet, bien qu'il soit, en vertu de la Constitution, le garant de l'indépendance de la Justice à Madagascar, aucune balise concrète n'est prévue pour assurer la neutralité du Président de la République au sein du CSM. De plus, le rôle du Président de la République en tant que « garant de l'indépendance de la Justice » est trop vague et sujet à interprétation. « Au sens juridique du terme, être garant suppose un pouvoir, soit négatif, consistant à empêcher ou à sanctionner une atteinte à cette

fonctions exécutive, législative et juridictionnelle par trois organes différents pour aboutir à un équilibre des pouvoirs. La théorie de la séparation des pouvoirs rejette ainsi leur confusion et leur détention par une seule et même personne, comme ce fut le cas dans un régime de la monarchie absolue.

¹⁰³ cf. art. 107 al.3 de la Constitution de la IV^e République.

¹⁰⁴ Professeur de droit public à l'université Montesquieu Bordeaux IV (France) agrégé des facultés en droit public, et Directeur Adjoint du Centre d'études et de recherches sur les droits africains et sur le développement institutionnel des pays en développement (CERDRADI).

¹⁰⁵ En France, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 : le président de la République ne préside plus le Conseil supérieur de la magistrature afin de mieux inscrire le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

indépendance, soit positif, c'est-à-dire une compétence à cet effet, un pouvoir d'agir. Qu'en est-il ici ? »¹⁰⁶ se demandait Roger ERRERA¹⁰⁷.

CHAPITRE II

L'IMPARTIALITÉ SUBJECTIVE DU JUGE ADMINISTRATIF ET LES VALEURS CULTURELLES MALGACHES

Après sa nomination et avant toute prise de fonction, le juge administratif malgache doit prêter serment. Cette condition est une exigence légale, compte tenu de l'importance et de la mission qui est dévolue au magistrat¹⁰⁸. L'article 21 de l'Ordonnance n° 2005 -005 du 22 mars 2006 portant Loi organique relative au statut de la magistrature précise le contenu du serment qui est prêté devant la Cour Suprême. Selon les termes de cet article, le serment s'énonce comme suit : « *Mianiana aho fa hanatanteraka an-tsakany sy andavany ny andraikitro ka hitsara araka ny lalàna, ny rariny sy ny hitsiny, tsy hijery tavan'olona, hitana sy tsy hamboraka na oviana na oviana ny tsiambaratelon'ny diniky ny fitsarana, hitandro lalandava ny fahamarinana sy ny fahamendrehana takian'ny maha-Mpitsara ahy* ».

Ce qui nous intéresse et qui fera l'objet d'une analyse dans les prochaines parties de notre développement est cette affirmation « *hitsara (...) tsy hijery tavan'olona* »¹⁰⁹ qui traduit l'obligation d'impartialité subjective ou personnelle du juge administratif pour ne

¹⁰⁶ Roger ERRERA, *Sur le Conseil supérieur de la magistrature français : réflexions et perspectives*, in « *Justice - Justiz - Giustizia* », 2009/2 consulté 3 janvier 2016, disponible sur http://rogererrera.fr/institutions_judiciaires/docs/errera_csm-fr.pdf

¹⁰⁷ Conseiller d'État honoraire, ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature (1998-2002), Roger Errera était, jusqu'en 2010, « Visiting Professor » à l'université d'Europe centrale à Budapest.

¹⁰⁸ Selon la définition donnée par le dictionnaire *Le Grand Robert*, le serment est une affirmation ou promesse solennelle faite en invoquant un être ou un objet sacré. Le serment sert de garantie sur laquelle le jureur, c'est-à-dire celui qui prête serment, transfère sa responsabilité.

¹⁰⁹ Dans une traduction libre, cette expression signifie « *juger sans considération de la personne présente en face de moi* ».

pas aboutir à cette détestable situation décrite par Jean DE LA FONTAINE¹¹⁰, « *selon que vous soyez puissant ou misérable, les jugements de Cour vous rendront blanc ou noir* »¹¹¹. En effet, dans la pratique, la règle de l'impartialité doit nécessairement se heurter à des valeurs sacro-saintes intégrées dans la mentalité et dans la culture même du Malgache (II). Ces valeurs sont d'une part, le *Fihavanana* qui est un repère cardinal qui résonne dans la conscience des Malgaches¹¹², selon les propos du professeur RARIVOMANATSOA Lala¹¹³, et d'autre part le *Firazanana* ou ancestralité, notion en deux volets principaux composés des relations inter-castes et inter-ethniques. Mais avant que nous nous focalisions sur ces points, il nous paraît indispensable de cerner ce que la doctrine occidentale et la jurisprudence, principalement françaises, entendent par impartialité subjective (I).

I - L'impartialité subjective ou personnelle du juge administratif

L'impartialité subjective du magistrat est la conception classique de l'impartialité. Cette impartialité est « *celle qui tient le juge en tant qu'homme* », comme l'a déclaré le commissaire du gouvernement Emmanuel Glaser dans l'arrêt *Commune de Rogerville*¹¹⁴. Il s'agit ici d'impartialité « *matérielle* », celle qui se rattache au juge lui-même, à ses convictions personnelles, à ses opinions, à ses attitudes. Cette impartialité empêche le juge administratif, dans ses fonctions, de ne pas tomber dans le piège de ce qu'on appelle le *préjugé*.

En 2008, une communication relative à une fiche méthodologique a été publiée par la Cour de Cassation française pour réaffirmer l'exigence de l'impartialité du juge dans le procès civil. À travers cette communication, il a été rappelé que le juge se doit de garantir aux parties qu'il se détermine en « *science et conscience* » dans le respect du droit positif, sans être limité a priori dans sa capacité de jugement de l'affaire par ses opinions personnelles ou ses relations personnelles avec l'une des parties. L'impartialité personnelle se présume, en référence à la jurisprudence de la Cour européenne de Droits de l'Homme. Cela signifie que pour la Cour de

¹¹⁰ Poète français né le 8 juillet 1621, Jean de La Fontaine est un excellent académicien. La Fontaine s'est essayé dans tous les genres de littérature, mais ce sont les fables qui constituent toute sa gloire.

¹¹¹ Jean de la Fontaine, *Fables, Les Animaux malades de la peste*, VII, 1.

¹¹² Lala RARIVOMANATSOA, *Que reste-il du Fihavanana*, Capricorne, n° 16, 2^e Trimestre, 2001, p.16

¹¹³ Ancien Directeur du Département de Philosophie de la Faculté des Lettres et des Sciences Humaines de l'Université d'Antananarivo.

¹¹⁴ CE Sect. 12 mai 2004.

Strasbourg, elle peut être réfutée par une preuve contraire lorsque le magistrat en charge de l'affaire tranche la cause qui lui est soumise par les parties¹¹⁵.

L'impartialité subjective ou personnelle exige du juge administratif à ce qu'il n'ait, dans son for intérieur, un quelconque parti pris, un préjugé favorable ou défavorable. De par sa fonction, il doit obligatoirement s'efforcer de dépasser les préjugés sexuels, culturels, idéologiques, de religion ou de race qui influent sur l'interprétation et l'application des normes. L'existence d'un préjugé défavorable correspond au cas où le juge éprouverait une animosité personnelle à l'égard du destinataire de l'acte. Si un tel cas se produit, la partie lésée peut soulever ce déséquilibre.

Toutefois, il appartient à celle qui pense que le juge est partial d'en apporter la preuve. Cela s'avère difficile, mais la méthode du « faisceau d'indices » permettra d'établir la preuve de la partialité personnelle. Si elle ne peut être prouvée directement, elle peut être prouvée par différents indices objectifs, qui vont en ce sens.

La question qui se pose est donc de savoir quels pourraient être les indices pouvant conduire à affirmer qu'il y a violation du principe d'impartialité subjective. Selon la Cour européenne des Droits de l'Homme, il existe, à titre essentiel, quatre (4) indices objectifs, pouvant laisser penser que le juge n'a pas été impartial en son for intérieur à savoir l'existence d'un lien de parenté entre le magistrat et l'une des parties au procès (A), l'affiliation du juge à une entité à laquelle est aussi rattachée le requérant (B), les appréciations données par le magistrat en charge du dossier sur l'issue du litige (C), et enfin l'existence d'une décision qualifiée d'injurieuse à l'une des parties (D).

A- Un lien de parenté entre le juge administratif et l'une des parties au procès

La Loi est explicite sur la question relative à la parenté : en aucun cas un juge ne peut siéger si l'une des parties est un membre de sa famille. Pour éviter que cette règle ne souffre d'une quelconque exception, le Législateur est intervenu pour délimiter ce qu'il entend par parenté (1). La jurisprudence est ensuite venue pour confirmer la délimitation légale et donner un sens encore plus large à la définition du lien de parenté (2)

¹¹⁵ CEDH, affaire X... c/France du 6 juin 2000, req. n° 34130/96, spéc. paragraphes n° 40-41

1) Le lien de parenté vu par le Législateur

L'article 16 de l'Ordonnance n° 2005 -005 du 22 mars 2006 portant Loi organique relative au statut de la magistrature¹¹⁶ et le Code de Procédure Civile relèvent du bon sens en condamnant l'existence de lien de parenté entre le juge et l'une des parties, car cette situation ne fait que favoriser la partialité subjective. Dans ce dernier texte, l'article 43,1 ° et suivants donne la liste exhaustive des personnes qui peuvent être qualifiées de parents pour le juge administratif¹¹⁷. Une jurisprudence abondante en la matière vient confirmer ces dispositions légales et témoigne de la valeur de la règle d'impartialité personnelle¹¹⁸.

2) Le lien de parenté selon la jurisprudence

En poussant encore plus loin son raisonnement par rapport au Législateur, la jurisprudence a d'abord élargi le sens de la parenté à l'alliance qui existe entre le magistrat et le justiciable devant lui. La partialité était déjà, à titre d'illustration, retenue au XIXe siècle, car le prévenu, dans le cadre d'une affaire pénale, était le beau-frère du juge¹¹⁹.

¹¹⁶ « Ne pourra, à peine de nullité, être appelé à composer une juridiction tout magistrat, quand l'un des conseils représentant ou assistant l'une des parties intéressées au procès ou la partie elle-même, lui est conjoint, parent ou allié jusqu'au troisième degré inclusivement ».

¹¹⁷ Article 43 « (...) 1° S'il est parent ou allié des parties, ou de l'une d'elles, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement ;

2° Si la femme du magistrat est parente ou alliée de l'une des parties ou si le magistrat est parent ou allié de la femme de l'une des parties, au degré ci-dessus, lorsque la femme est vivante ou qu'étant décédée, il en existe des enfants ; si elle est décédée et qu'il n'y ait point d'enfant, le beau-père, le gendre ni les beaux-frères ne peuvent juger.

La disposition relative à la femme décédée s'applique à la femme divorcée, s'il existe des enfants du mariage dissous ;

3° Si le magistrat, sa femme, leurs ascendants et descendants, ou alliés dans la même ligne, ont un différend sur pareille question que celle dont il s'agit entre les parties ; (...) »

¹¹⁸ V. p. ex CE 2 oct. 1996, *Commune de Sartrouville* : le Conseil d'État avait considéré comme impartial le juge administratif qui n'était autre que la fille d'un conseiller municipal de la commune dont l'arrêté était examiné ; CE 8 juil. 1897, *Election Saint André de Tallano* : une décision a été censurée à cause d'une composition irrégulière d'une juridiction ; la partie à l'instance était le cousin germain de l'un des membres de la juridiction.

¹¹⁹ Crim. 11 décembre 1851, Bull.crim. n° 514

Toujours dans ce même ordre d'idée, il a été décidé que le juge civil qui a une connaissance personnelle de l'une des parties, soit en raison de son passé professionnel, soit en raison de liens familiaux ou personnels (relation d'amitié ou d'inimitié, de concubinage avec l'une des parties ou son entourage), ne peut se prévaloir d'une impartialité subjective et encourt de ce fait une récusation¹²⁰.

Enfin, un arrêt encore récent du Conseil d'État français estime qu'un simple lien entre le juge et l'une des parties suffit pour établir qu'il y a méconnaissance du principe d'impartialité comme ce fut le cas dans l'arrêt du 28 décembre 2009, *Sylvanise*. En l'espèce, il y a partialité du simple fait que le juge qui a pris, dans le cadre d'un référé, une ordonnance, était le client de l'avocat de la défense lors de son divorce.

B- L'appartenance du juge et de l'une des parties à la même affiliation

L'affiliation du juge et de l'une des parties à une même entité peut être perçue, par l'opinion publique, comme une porte vers une partialité de la décision de justice (1). La jurisprudence affiche cependant une certaine souplesse, sans pour autant être trop permissive sur cette question (2)

1) L'affiliation à une même entité et la partialité

Selon le dictionnaire Le Grand Robert, l'affiliation signifie une *adhésion spirituelle*. À partir de cette définition, nous sommes légitimement habilités à nous poser la question suivante : l'appartenance philosophique, religieuse ou syndicale d'un juge administratif peut-elle avoir une incidence sur l'obligation de respecter l'impartialité ?

¹²⁰ Soc., 18 novembre 1998, Bull. 1998, V, n ° 506, pourvoi n° 94-43.840 : en l'espèce, un arrêt de la Cour d'Appel a été censuré pour violation de l'article 6§1 de la Convention européenne qui prévoit que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». La violation dudit article découle du rejet de la demande de récusation d'un Conseiller devant la juridiction prud'homale alors que le salarié demandeur devant la juridiction vivait maritalement avec la nièce de ce Conseiller, d'autant plus que ce dernier avait explicitement refusé de s'abstenir de siéger à l'audience.

A priori, la réponse à cette question est positive, puisque l'impartialité personnelle prend en considération les convictions personnelles du juge sur un sujet donné¹²¹. L'affiliation du juge constitue une menace réelle à la conservation de sa liberté d'esprit d'une part, et à l'élaboration d'un jugement reflétant une application loyale du droit, ainsi qu'une égale considération de l'argumentation de chaque partie, d'autre part.

2) Une position plus souple de la jurisprudence

Dans la pratique, la jurisprudence a une position moins rigoureuse à l'égard des magistrats : le fait pour un juge et l'une des parties d'être parents n'est pas un indice de la partialité de ce juge. Elle ne suffit pas pour caractériser la partialité du magistrat.

À propos de la franc-maçonnerie, par exemple, la Cour européenne de Droits de l'Homme a estimé que « *la liberté d'association revêt une importance qu'elle ne peut subir une quelconque limitation, même pour une personne candidate à une charge publique, dans la mesure où l'intéressé ne commet pas lui-même, en raison de son appartenance à l'association, aucun acte répréhensible* »¹²². La même position a été adoptée en France : l'affiliation d'un juge à une obédience maçonnique ne constitue pas en elle-même une cause de partialité justifiant une récusation¹²³.

¹²¹ Fabrice HOURQUEBIE, *op.cit.*, p.49

¹²² CEDH 02 août 2001, *Grand Oriente d'Italia*. En l'espèce, le requérant a appartenu à une loge maçonnique de 1981 à mars 1993. Une action disciplinaire fut engagée contre lui en novembre 1993 qui s'est conclue par un avertissement du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) par application d'un décret de 1946 venant préciser les obligations du juge et l'interdiction de « *comportement qui le rend indigne de la confiance et de la considération dont il doit jouir, ou qui porte atteinte au prestige de l'ordre judiciaire* ». Une loi du 25 janvier 1982 affirmait d'une part l'interdiction des loges secrètes telle la loge maçonnique P2, sans toutefois interdire toutes les loges maçonniques. Puis une première directive du CSM du 22 mars 1990 affirmait que « *la participation de magistrats à des associations comportant un lien hiérarchique et solidaire particulièrement fort [...] pose des problèmes délicats de respect des valeurs de la Constitution italienne* ». Une seconde directive du CSM du 14 juillet 1993 constatait l'incompatibilité du statut de magistrat avec l'appartenance à franc-maçonnerie en Italie, en raison du caractère secret de cette association, des moyens d'action et des buts poursuivis par les loges maçonniques dans ce pays. La Grande chambre a estimé que même un juge ne pouvait prévoir l'incompatibilité de son appartenance à la franc-maçonnerie avec ses fonctions judiciaires.

¹²³ CSM, 19 avril 2000, éd. JO, p. 15

Enfin, les juges de la Cour d'Appel refusent de faire droit à une demande de récusation sur le simple fait que le plaideur et son juge aient été élèves de la même école. Il en est de même si les magistrats concernés par une telle demande étaient issus du même secteur d'activité que les parties en l'absence de toute imputation précise ou si en apparence aucun doute légitime ne remet en cause son impartialité¹²⁴.

Toutefois, quelques réserves doivent être émises, notamment lorsque le juge a un quelconque intérêt personnel dans le litige ou que cette même affiliation est accompagnée par des éléments particuliers internes à l'objet du procès¹²⁵. Il en est de même pour les affiliations politiques : le militantisme politique, tout comme l'affiliation d'un magistrat à un parti politique est, non seulement pernicieux pour l'image de la juridiction, puisqu'elle fait perdre à cette dernière toute sa crédibilité aux yeux du justiciable, mais ils sont aussi inadmissibles. De plus, le militantisme qui est, rappelons-le, une forme de violation de l'obligation de réserve favorise les tentations de l'outrance médiatiques et leur exploitation par les adversaires des institutions¹²⁶.

C- Le juge donne des appréciations sur l'issue du litige

Est un indice objectif pouvant légitimement faire douter de l'impartialité personnelle du juge le fait que celui-ci se soit exprimé, en dehors du cadre du litige, de façon telle qu'il laisse entendre qu'il est déjà convaincu de l'issue de la procédure. C'est certainement cette attitude que le Code de déontologie des magistrats veut éviter lorsqu'il dispose en son article 10 qu'*« en toute circonstance, le magistrat doit s'abstenir de tout commentaire pouvant affecter le résultat du procès dont il a la charge ou de toute question soumise à son appréciation dans le cadre de ses activités professionnelles »*.

Si un membre de tribunal a fait des déclarations antérieures touchant l'objet même du litige dont il est saisi, il n'en résulte pas nécessairement une crainte raisonnable de préjugé.

¹²⁴ 2e Civ., 13 juillet 2005, Bull. 2005, II, n° 206, pourvoi n° 04-19.962

¹²⁵ CE 27 oct. 2006 *Parent*

¹²⁶ Patrick de FONTBRESSIN, *Le militantisme politique du juge, un danger pour les libertés ?* RTDH, n°58, 2004, p.433.

Mais si les déclarations antérieures constituent l'expression d'une opinion définitive sur la question, surtout si elles sont médiatisées, elles ne pourront que dénoter une partialité¹²⁷.

Cette dernière hypothèse n'est pas impossible au regard du pouvoir grandissant que détiennent les médias ainsi que de leur attitude provocatrice aujourd'hui. D'autant plus que, depuis quelques années, le juge administratif malgache est de plus en plus sollicité pour statuer sur des affaires considérées comme délicates.

Le Conseil Supérieur de la Magistrature en tant qu'organe disciplinaire a déjà eu l'occasion de se prononcer sur un cas de partialité du fait que le juge a « *obligé la partie civile à faire un arrangement à l'amiable en la forçant à accepter une voiture de marque Polo sur cale et le fait d'être intervenu en faveur d'un justiciable et d'avoir cautionné une personne impliquée dans une procédure dont elle est saisie* »¹²⁸.

D- La décision est injurieuse à l'une des parties

Est injurieux un jugement ou un arrêt qui contient des propos blessants ou offensants à l'égard du justiciable. Cela revient à dire que dans la rédaction des motivations de sa décision juridictionnelle, le magistrat rapporteur utilise des termes manifestement incompatibles avec son obligation d'impartialité. Sont donc qualifiés comme telle l'utilisation de locutions racistes, ou encore l'usage de propos excessifs ou révisionnistes.

Une décision injurieuse est une preuve flagrante de la partialité d'un magistrat. Tel cas ne s'est pas encore présenté dans un procès administratif, mais en France, la Cour de Cassation avait déjà annulé une décision juridictionnelle dans laquelle le juge de proximité¹²⁹

¹²⁷ Crim, 21 août 1990, *M.X*, *Bull. crim.* n° 305 : dans cet arrêt de principe, un juge d'instruction a manifesté publiquement et a reconnu ses propos hostiles à la personne du prévenu rapportés dans la requête, en indiquant à un inspecteur de police : « *Je ne veux pas le voir celui-là. Ah ! C'est plus fort que moi, je ne peux pas le voir* ».

¹²⁸ Arrêté n° 14917/08 du 11 juillet 2008 portant rétrogradation du magistrat X.

¹²⁹ En France, Les juridictions de proximité ont été créées par la loi du 9 septembre 2002 pour connaître des petits litiges du quotidien selon une procédure simple et rapide. Elles ne sont pas composées de magistrats professionnels, mais de juges de proximité dont le statut est prévu par la loi du 26 février 2003. Ces juges sont recrutés parmi les anciens magistrats, les personnes de plus de 35 ans que leur compétence et expérience qualifient pour ces fonctions et qui sont titulaires d'un diplôme juridique, les personnes justifiant de 25 années d'expérience dans des fonctions de direction dans le domaine juridique ou encore certains anciens fonctionnaires et auxiliaires de justice. Contrairement aux magistrats professionnels qui doivent suivre une formation de trente-

avait rédigé qu'« Attendu que, pour condamner Mme M., le jugement retient notamment « la piètre dimension de la défenderesse qui voudrait rivaliser avec les plus grands escrocs, ce qui ne constitue nullement un but louable en soi sauf pour certains personnages pétris de malhonnêteté comme ici Mme M., dotée d'un quotient intellectuel aussi restreint que la surface habitable de sa caravane, ses préoccupations manifestement strictement financières et dont la cupidité le dispute à la fourberie, le fait qu'elle acculait ainsi sans état d'âme et avec l'expérience de l'impunité ses futurs locataires et qu'elle était sortie du domaine virtuel ou elle prétendait sévir impunément du moins jusqu'à ce jour, les agissements frauduleux ou crapuleux perpétrés par elle nécessitant la mise en œuvre d'investigations de nature à la neutraliser définitivement »¹³⁰.

E- Quelques observations sur l'impartialité subjective ou personnelle

À part les quatre (4) indices de partialité cités plus haut, il est nécessaire de préciser qu'un comportement, au cours de l'audience et même antérieurement à celle-ci, peut conduire à soupçonner la partialité d'un juge administratif. Le Code de déontologie des magistrats lui-même exige du magistrat à ce que « *sa conduite professionnelle et extraprofessionnelle mérite la confiance du public, du barreau, des auxiliaires de justice et des plaideurs, en l'impartialité du magistrat et de la justice* ». Le principe de base qui guide pour qualifier cette situation est le suivant : les membres de tribunaux sont censés avoir la maturité requise pour faire abstraction de leurs idées préconçues ou de leurs comportements antérieurs plus ou moins tendancieux.

1) Les comportements du juge au cours de l'audience

Les comportements d'un magistrat au cours d'un procès ainsi que la manière dont il tient une audience sont des éléments objectifs pour déterminer s'il est ou non partial. Au Québec, par exemple, l'impartialité de la juridiction peut être remise en cause à la suite d'une

et-un (31) mois à l'École Nationale de la Magistrature, les juges de proximité bénéficient d'une formation de quelques jours et d'un stage probatoire, pour être ensuite nommés pour une durée non renouvelable de 7 ans par le Conseil supérieur de la magistrature. Soumis aux mêmes devoirs que les magistrats professionnels, les juges de proximité ne font cependant pas partie du corps judiciaire au même titre que les magistrats professionnels. Ils peuvent d'ailleurs exercer une autre activité professionnelle en parallèle de leurs fonctions judiciaires.

¹³⁰ 2e Civ., 14 septembre 2006, Bull. 2006, II, n° 222, pourvoi n° 04-20.524.

altercation entre le juge et l'une des parties¹³¹. De même si un membre du tribunal adopte une attitude franchement hostile à l'égard de l'une des parties, il y a matière à craindre avec raison que ce membre de tribunal ait déjà un quelconque préjugé, d'où une possibilité de récusation, de disqualification ou d'annulation de la décision rendue.

Toutefois, il convient de limiter la portée de cette règle, car, très souvent, la voix peut monter au cours d'une audience. Il n'est pas superflu de préciser qu'une audience est une affaire de mots au cours de laquelle l'enthousiasme et la passion des parties, mais aussi du juge, peuvent amener à des dérapages. Aussi, le doute sur la partialité du juge ne pourra être relevé que si l'hostilité est nettement caractérisée.

Cependant, certaines situations sont considérées comme trop graves pour que ne s'efface pas dans l'esprit de la personne raisonnable la crainte sérieuse de préjugé. Ainsi, à titre d'illustration, IMBIKY Anaclet exhorte le magistrat à ne pas utiliser des expressions pouvant laisser présager que l'intéressé, de condition modeste, ne mérite pas que sa cause soit entendue par la Justice¹³². Parmi ces expressions péjoratives, il y a lieu de citer, entre autres, selon l'auteur, « *Itena* », « *Ialahy* », « *Ity bandy ity* », ou encore « *Ity tanavolahy ity* ».

2) La jurisprudence et la qualification des propos tenus par le juge en audience

Les textes relatifs à la procédure administrative sont muets sur ce point alors que le Code de Procédure Pénale malgache est explicite sur l'organisation des débats. En effet, aux termes de l'article 429 de ce Code, il est rappelé que le Président interroge sans manifester son opinion¹³³. Mais comme les principes directeurs de la tenue d'audience et de la gestion des débats sont presque les mêmes, cette règle s'applique également devant la Juridiction Administrative bien que les observations orales y soient facultatives¹³⁴. Cette intervention du Législateur dans la tenue de l'audience n'est pas fortuite, puisque c'est le Président qui dirige

¹³¹ Conseil de la Magistrature, 4 février 2009, Québec, 2007 CMQC 96, *Judes Couvrette c. Claude Provost*.

¹³² IMBIKY Anaclet, *Déontologie et responsabilité des Magistrats à Madagascar*, Éd. Créons, 2013, p.62.

¹³³ Article 429 : « *Le président interroge l'accusé et reçoit ses déclarations. Il a le devoir de ne pas manifester son opinion sur la culpabilité* ».

¹³⁴ cf. article 153 de la Loi organique n° 2004-036 1er octobre 2004 relative à la Cour Suprême ainsi que l'article 33 de la Loi n° 2001-025 du 09 avril 2003 relative au Tribunal Administratif et au tribunal financier.

les débats. Tel n'est pas le cas dans le système de la *Common Law* où le juge n'est qu'un arbitre et où les parties elles-mêmes mènent les interrogatoires¹³⁵.

Une analyse de la jurisprudence française, notamment celle de la Cour Criminelle, nous permet d'affirmer que la position n'est pas encore tranchée dans la détermination de la partialité à partir des propos tenus par le juge en audience. En général, il y a deux (2) courants d'idées sur la question. Toutefois dans ses observations sur les arrêts de la Cour Criminelle *Gardechaux*¹³⁶ et *Zerquine*¹³⁷, Jean PRADEL¹³⁸ confirme qu'il est très difficile de trouver un critère de la manifestation d'opinion en cours d'audience¹³⁹.

D'un côté, une série d'arrêts, peu nombreux, remarquons-le, se montrent très stricts et décèlent une manifestation de l'opinion du juge dans les propos qu'il tient au cours de l'audience. Ont donc été qualifiées de partiales les paroles suivantes « *durant ma longue carrière, je n'ai jamais vu un crime aussi abominable* »¹⁴⁰, « *vous méritez le dernier des châtiments* »¹⁴¹ et « *l'accusé a commis deux crimes odieux et abominables* »¹⁴².

De l'autre côté, il existe une lignée de jurisprudence qui se montre plus souple dans la qualification des propos tenus à l'audience. Cette catégorie de décisions reflète l'opinion générale sur la manifestation de l'opinion par le juge. À titre d'illustration, la Haute Juridiction écarte toute idée de partialité dans le cas où le Président aurait publiquement déclaré qu'il ne croyait pas les déclarations de l'accusé¹⁴³. De même, il a été décidé que rien

¹³⁵ V. en ce sens Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 2^e éd.2002, n° 312 et John SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, PUF, 1998, p.86 et 87.

¹³⁶ Crim., 14 juin 1989, Bull. crim. n° 259

¹³⁷ Crim., 9 janvier 1991, Bull. crim. n° 16

¹³⁸ Agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université de Poitier et ancien juge d'instruction.

¹³⁹ Jean PRADEL, André VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 4^e éd., Dalloz, Paris, 2003, p.371.

¹⁴⁰ Crim., 18 janvier 1900, D. 1900.I.119

¹⁴¹ Crim., 32 mars 1911, Bull. crim. n° 617

¹⁴² Crim., 14 juin 1956, D.1956.733

¹⁴³ Crim., 25 juin 1970, Bull. crim. n° 216

n'empêche le juge de tenir des propos interrogatifs¹⁴⁴ ou exclamatifs à condition que ces derniers ne laissent présager aucune manifestation d'idée préconçue¹⁴⁵.

Pour conclure ce développement sur l'impartialité subjective, nous pouvons affirmer que si l'indépendance s'acquiert, l'impartialité demande impérativement au juge une force mentale et une volonté réelle de vaincre une résistance intérieure et de dépasser sa propre personnalité en mettant de côté son identité. Ainsi, afin qu'il puisse respecter son serment d'observer en tout temps son impartialité, le juge doit « *faire un effort particulier, qui consiste à faire abstraction dans son raisonnement, de tout ce qui constitue sa position personnelle : ses convictions religieuses, son sexe, son histoire, ou même son admiration possible pour les pouvoirs institués. La vertu est donc une prise de distance qui dépend du Magistrat (et non d'une seule différenciation institutionnalisée). Dans sa position "naturelle", le Juge est blanc ou noir, père ou mère de famille, de gauche ou de droite, propriétaire ou locataire, jeune ou vieux, etc. Or on lui demande de ne pas juger en tant que blanc, père de famille, propriétaire, etc. pour adopter cette position de recul, il lui faut faire cet effort spécifique pour faire abstraction de ses liens éventuels avec le pouvoir, avec des individus ou des particuliers. C'est pourquoi les vertus sont bel et bien des vertus intellectuelles : pour juger, on fait un effort pour ne pas tenir compte par exemple de ce que l'on pourrait penser des parties. Il s'agit d'une forme d'abstraction attachée au raisonnement du Juge* »¹⁴⁶.

II- L'impartialité subjective du juge et le Fihavanana

Les développements sur l'impartialité subjective ou personnelle du juge se sont construits sur le fondement de la doctrine et de la jurisprudence occidentales. Lorsque ces règles et principes sont transposés dans une société traditionnelle, les chocs culturels et les difficultés d'application sont inévitables. Cela tient principalement des caractéristiques des Sociétés traditionnelles telles qu'on retrouve en Afrique, et notamment à Madagascar. Ces dernières, étant essentiellement communautaires, la parenté et la solidarité sont fortement ancrées dans la mentalité si bien qu'il est impossible de les écarter. L'individu ne peut y exister sans sa famille ; s'il s'en écarte, il perd une partie de sa confiance en lui. La parenté

¹⁴⁴ Crim., 2 juillet 1985, Bull. crim. n° 253

¹⁴⁵ Crim., 28 mai 1997, Bull. crim. n° 209

¹⁴⁶ Antoine GARAPON, Julie ALLARD, Frédéric GROS, *Les vertus du juge*, Dalloz, 2009, Paris, p.37

devient ainsi le berceau même de l'organisation de la Société et ce lien sacré entraîne nécessairement une solidarité entre les parents et toutes les personnes pouvant appartenir à cette communauté clanique.

Cette organisation sociale traditionnelle se rencontre aussi, comme nous l'avons déjà précisé, à Madagascar. Si cette dernière n'est pas remise en cause ici, nous remarquons que cette structure influe sur le fonctionnement de l'Administration publique entraînant des conséquences néfastes qui anéantissent sa neutralité et son efficacité. En effet, avec le *Fihavanana*, valeur exclusivement malgache, l'Administration publique et les services publics souffrent des conséquences des sollicitations faites par les parents aux fonctionnaires. Dans le cadre de la justice administrative, l'impartialité du juge peut parfois être mise à mal.

A- Le *Fihavanana*, un essai de définition

Malgré les siècles durant lesquels il a été fait référence, le *Fihavanana* reste encore difficile à définir. Même le Malgache lui-même affiche une hésitation lorsqu'on lui demande d'expliquer ce mot. Est-ce une philosophie ou une valeur morale ? Les questions visant à déterminer de façon précise son sens ainsi que son contenu sont encore loin d'être épuisées (2). Seul le rattachement profond des Malgaches à la notion de *Fihavanana* est certain : la Constitution malgache y fait référence (1).

1) Le *Fihavanana*, une valeur reconnue dans la Constitution malgache

Patrimoine culturel laissé par la civilisation austronésienne du sud-est asiatique¹⁴⁷ qui constitue le socle de la Société malgache, source de la vie et fondement de toute relation, le sens de la famille est conçu dans la langue malgache par les termes *fihavanana* et *filongoa*. Ces deux mots sont utilisés indifféremment. Bien plus qu'une éthique, les Malgaches accordent une place prépondérante au *Fihavanana*. Sa promotion comme valeur essentielle de

¹⁴⁷ Cf. Philippe BEAUJARD, *Mythes et société à Madagascar (Tanala de l'Ikongo). Le chasseur d'oiseaux et la princesse du ciel*, L'Harmattan, 1991, Paris; DAMA-TSOHA, *L'évolution des races malgaches (Réfutation de la thèse de doctorat de Monsieur Louis Mollet « Le bain royal à Madagascar »)*, Imprimerie Volamahitsy, 1957 Tananarive; Paul OTTINO, *L'étrangère intime. Essai d'anthropologie de la civilisation de l'ancien Madagascar*, Archives contemporaines, 1986, Paris,

la Société fait en sorte qu'il figure dans les Constitutions successives à partir de celle 1992. Le texte constitutionnel est rédigé en français, mais le mot « *Fihavanana* » s'y retrouve sans traduction. Dans le Préambule de cette dernière, nous pouvons lire « *Le Peuple Malagasy souverain, Profondément attaché à ses valeurs culturelles et spirituelles, notamment le "Fihavanana", garant de l'unité nationale* ». La Constitution de 1992, dans sa version révisée en 1998 et en 2007 réitèrent l'attachement du peuple malgache cette notion en proclamant que « *Le Peuple Malagasy souverain, Résolu à promouvoir son héritage de société pluraliste et respectueuse de la diversité, de la richesse et du dynamisme de ses valeurs ethnico-spirituelles et socio-culturelles, notamment le "fihavanana" et les croyances au Dieu Créateur* ». Le Texte fondamental de la IV^e République, lui, énonce que :

« Le peuple Malagasy souverain (...) Convaincu de la nécessité pour la société malagasy de retrouver son originalité, son authenticité et sa malgachéité, et de s'inscrire dans la modernité du millénaire tout en conservant ses valeurs et principes fondamentaux traditionnels basés sur le fanahy malagasy qui comprend "ny fitiavana, ny fihavanana, ny fifanajàna, ny fitandroana ny aina", et privilégiant un cadre de vie permettant un "vivre ensemble" sans distinction de région, d'origine, d'ethnie, de religion, d'opinion politique, ni de sexe (...) ».

2) Le *Fihavanana*, un concept à plusieurs sens

Qu'est-ce qu'on entend donc par *Fihavanana* ? Dans son sens originaire, il se rattache indéniablement à la valeur de la famille (a). Il peut aussi traduire le lien qui unit deux personnes ou clans rattachés par le *fato-drà*¹⁴⁸ (b). Cela n'empêche pas, toutefois, qu'il dépasse ce cadre restreint puisque, si aucune traduction n'est possible pour donner un sens à cette valeur typiquement malgache¹⁴⁹, il n'est pas erroné de la concevoir comme la fraternité et le vouloir-vivre en commun (c).

a) Le *Fihavanana*, une valeur intrinsèquement liée à la notion de famille

¹⁴⁸ *Fati-drà* et *fato-drà* s'écrivent indifféremment.

¹⁴⁹ Christian ALEXANDRE, *Le Malgache n'est pas une île*, Foi et Justice, 2003, Série « Soatoavina malagasy – valeurs malgaches », Antananarivo, p.37.

Pour les sociologues et les anthropologues, le *Fihavanana*, qui est une notion exclusivement malgache dont on ne saurait traduire la signification dans une autre langue étrangère, prend pour racine le mot « *havana* » qui désigne les collatéraux, les cousins et parents. Il s'adresse avant tout à toutes les personnes qui peuvent invoquer la même ascendance ancestrale¹⁵⁰, une définition qui rejoint les explications données dans le *Rakibolana malagasy*¹⁵¹. S'il est ainsi impossible de donner une traduction univoque du terme *fihavanana*, son étymologie évoque explicitement le lien de consanguinité¹⁵². Dans ce premier sens donc, le *Fihavanana* correspond à ce que l'on appelle « famille élargie » qui fait référence à plusieurs générations et qui n'est pas fondé sur la notion de couple.

Ce lien peut être conçu de manière restrictive. Grâce à l'ethnologie, il a été plus facile de préciser la nature du lien de parenté. Celui-ci est, dans le domaine de l'ethnologie, la reconnaissance sociale de liens biologiques réels ou supposés, qui se créent par les naissances et les mariages. La continuité de toute société dépend de la procréation et de l'éducation des nouveaux membres. La légitimité des enfants engendrés est assurée par le système de parenté. Aux personnes et aux groupes responsables de veiller sur eux, de les former et de leur donner la place qui leur revient dans la société¹⁵³. De par cette acception, le *Fihavanana* peut être réduit à l'unité élémentaire, c'est-à-dire limitée aux membres de la famille nucléaire. Cette dernière, à l'opposé de la famille élargie, trouve sa source dans la volonté de deux personnes de former une communauté matérielle et affective potentiellement concrétisée par une relation sexuelle conforme à la loi¹⁵⁴. Cette théorie est renforcée par l'essai de définition du *Fihavanana* donnée par Sylvain URFER¹⁵⁵ et Patricia RAJERARISON¹⁵⁶ selon laquelle

¹⁵⁰ RARIVOMANATSOA Lala, *Que reste-il du Fihavanana*, op.cit.

¹⁵¹ Régis RAJEMISA-RAOLISON, *Rakibolana malagasy*, Éd. Ambozontany, 2003, Antananarivo, p.420 : « ireo olona misy fifandraisana noho ny razana iombonana na noho ny fanambadiana ».

¹⁵² Peter KNEITZ (sous la direction de), *Fihavanana- La vision d'une société paisible à Madagascar : perspectives anthropologiques, historiques et socio-économiques*, Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Schriften des Zentrums für Interdisziplinäre Regionalstudien, 2014, Halle an der Saale, p.279.

¹⁵³ Définition donnée par l'*Encyclopaedia Universalis* 2013.

¹⁵⁴ Benoît DE BOYSSON, *Mariage et conjugalité*, thèse LGDJ, 2012, n 404.

¹⁵⁵ Prêtre jésuite, enseignant et écrivain français vivant à Madagascar depuis 1974.

¹⁵⁶ Consultante experte en tourisme et en développement du secteur privé depuis 1992 et travaille sur des missions de développement économique et des projets d'investissement privé à Madagascar et à l'étranger

« Dérivé de havana (parent), le mot fihavanana désigne donc les relations sociales vécues sur le mode parental »¹⁵⁷

b) Le Fihavanana, pris en son sens strict, fondé sur le *fati-drà*

Le *Fihavanana* peut prendre aussi sa source, mis à part la même ascendance et le mariage, à travers le *fati-drà*¹⁵⁸. Conçu par certains comme étant un contrat¹⁵⁹, le *fati-drà* ou *ziva*¹⁶⁰ peut aussi être considéré comme une véritable institution¹⁶¹. Mais dans les deux cas, l'objet final de l'alliance est la création d'un lien indestructible et éternel tel qu'il existe entre frères utérins entre deux personnes éprouvant une profonde amitié.

c) Le Fihavanana conçu comme la fraternité

La lecture de dispositions constitutionnelles, depuis la Constitution de 1992, nous permet de dire que le *Fihavanana*, concept quasi sacré, qui serait l'une des caractéristiques

¹⁵⁷ Patricia RAJERARISON, Sylvain URFER, *Idées reçues : Madagascar, Histoire et Civilisations*, Éd. Le Cavalier Bleu, 2009, Paris, 128 p.

¹⁵⁸ Littéralement, le *fati-drà* signifie nœud de sang.

¹⁵⁹ Ernest NJARA, *Le Fihavanana*, Droit et Cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire, n° 24, 1992, p.153 : « Le *fati-drà* est un contrat solennel et verbal conclu entre hommes, quelques fois entre femmes ou entre un homme et une femme. La cérémonie s'effectue en présence de témoins membres de familles des deux contractants. Il est utilisé des objets tels que du son (écorce de grain ramassée quelque part, une sagaie, du gingembre, sept pousses d'herbes que l'on macère dans l'eau versée sur un van métallique. La sagaie, renversée, est plantée droit sur l'eau ainsi préparée, tandis que l'officiant débite des paroles incantatoires (...) Puis une incision est pratiquée sur la poitrine des deux contractants à l'endroit du cœur. Le gingembre, imbibé de sang, est avalé par les contractants qui jurent de ne pas se faire du mal sous peine de malédiction ».

¹⁶⁰ Ernest NJARA, *Le Fihavanana*, ibid. : le *fizivana* est un moyen par lequel deux groupes d'individus décident de se prendre pour frères, mais en fin de compte, c'est également un pacte verbal et solennel qui crée un lien de fraternité entre deux clans ou groupes de personnes issus d'ancêtres différents.

¹⁶¹ Jean-Paul ALAIN, *Dictionnaire de l'ethnologie malgache*, Publibook, 2015, Paris, p.126 : « Il s'agit d'une institution qui n'est pas propre à Madagascar établissant une alliance entre deux personnes éprouvant l'une pour l'autre une vive amitié. Chaque contractant boit un peu de sang de son nouvel allié. Ce pacte est scellé par un serment. Au cours de la cérémonie, l'officiant profère des imprécations à l'encontre de celui qui rahira la parole donnée en se détournant de son allié. L'institution a pour fonction de créer un lien indéfectible entre les contractants. L'un pourra toujours compter sur l'autre pour l'assister dans la vie quotidienne, pour le meilleur et pour le pire.

qui nous distingue le plus des autres peuples du monde¹⁶², est la clé de voûte de la sagesse malgache. Le *Fihavanana* tient de l'unité, de l'harmonie dans le dépassement des conflits, de la solidarité entre les gens de la même souche¹⁶³. Force de vie et d'amour, le *Fihavanana* relie tous les habitants de la Grande Ile et constitue le dernier rempart contre la violence¹⁶⁴.

Pour certains auteurs tels que Françoise RAISON-JOURD¹⁶⁵, le *Fihavanana* se rapproche de l'*Ubuntu*¹⁶⁶, apparu dans les textes de l'ANC¹⁶⁷ dès 1994, sous l'impulsion de Mandela¹⁶⁸. Ce mot fait appel au respect et à la compréhension d'autrui, à la cohésion d'un

¹⁶² Harisoa RASAMOELINA, *Croyances et instrumentalisation à Madagascar*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Antananarivo, 2012, Antananarivo, p.3

¹⁶³ Dominique RANAIVOSON, *100 mots pour comprendre Madagascar*, Maisonneuve & Larose, 2007, Paris, p.43

¹⁶⁴ Christian ALEXANDRE, *Violences malgaches*, Foi et Justice, 2007, Antananarivo, p.118

¹⁶⁵ Professeure honoraire de l'Université de Paris-Diderot (Paris 7).

¹⁶⁶ Peter KNEITZ (sous la direction de), *Fihavanana- La vision d'une société paisible à Madagascar : perspectives anthropologiques, historiques et socio-économiques*, op, cit., p.8

¹⁶⁷ African National Congress ou le Congrès national africain est un parti politique d'Afrique du Sud membre de l'Internationale socialiste. Fondé en 1912 à Bloemfontein pour défendre les intérêts de la majorité noire contre la minorité blanche, il fut déclaré hors-la-loi par le Parti national pendant l'apartheid en 1960. Il est à nouveau légalisé le 2 février 1990 alors que l'apartheid est aboli en juin 1991. Il aura également été classé comme organisation terroriste par les États-Unis de 1986 à 1993. En 1994, les premières élections législatives multiraciales au suffrage universel sans restriction permettent à l'ANC de conquérir le pouvoir et à Nelson Mandela, président de l'ANC, d'être ensuite élu président de la République sud-africaine. Depuis lors, L'ANC domine la vie politique sud-africaine (60-70 % des voix aux différentes élections générales de 1994, 1999, 2004 et 2009).

¹⁶⁸ Né le 18 juillet 1918, fils de chef de tribu, membre de la famille royale des Thembus, appartenant au peuple Xhosa, Nelson Mandela est formé pour faire partie de l'élite indigène utile à son peuple comme à l'administration blanche. Activiste politique dès son jeune âge, Mandela entre au Congrès national africain (ANC) en 1943, afin de lutter contre la domination politique de la minorité blanche et la ségrégation raciale menée par celle-ci. Devenu avocat, il participe à la lutte non-violente contre les lois de l'Apartheid, mises en place par le gouvernement du Parti national à partir de 1948. Après avoir fondé en 1961, une branche armée au sein de l'A.N.C, il est arrêté par la police sud-africaine, puis est condamné à la prison et aux travaux forcés à perpétuité lors du procès de Rivonia. Dès lors, il devient un symbole de la lutte pour l'égalité raciale et bénéficie d'un soutien international croissant. Après sa sortie de prison, le 11 février 1990, Mandela est élu, dès juillet 1991, président de l'A.N.C puis Président de la République le 9 mai 1994, par un Parlement composé en majorité des députés de l'A.N.C. Dès lors, il place sa présidence sous le signe de la réconciliation nationale et de la construction d'une nouvelle nation « arc-en-ciel ».

« vivre ensemble » organique. Selon l'explication de cet ancien Président de l'Afrique du Sud, propos recueillis par le journaliste Tim MODISE lors d'un interview, *Ubuntu* est un idéal spirituel, un mode de vie qui est conceptuellement représenté dans de nombreuses sociétés africaines subsahariennes. Alors qu'*Ubuntu* existe dans de nombreuses variations au sein de différentes cultures et de différentes langues africaines, chaque conceptualisation conserve le même noyau de sens qui est à la fois un objectif et un guide pour l'humanité. Une autre précision renforçant la similarité du *Fihavanana* avec l'*Ubuntu* découle des propos de Desmond TUTU¹⁶⁹ qui réitère que « L'*Ubuntu* est l'essence de l'être humain. *Ubuntu* signifie que vous ne pouvez exister en tant qu'être humain en isolation. *Ubuntu* rappelle notre interdépendance. Vous ne pouvez pas être un humain rien que vous seul ; et quand l'on vous reconnaît la qualité d'*Ubuntu*, vous êtes reconnu et réputé pour votre générosité. Nous nous pensons beaucoup trop souvent justes comme des individus, séparés des uns des autres, alors que vous êtes connectés et ce que vous faites affecte le monde entier ».

B- Les *adidy*¹⁷⁰, le *Fihavanana* et l'impartialité

Dans les rapports issus du *Fihavanana*, chacun doit à l'autre et reçoit de lui¹⁷¹. Les *adidy* sont faits pour entretenir ce lien sacré et inversement, le *Fihavanana* implique nécessairement des *adidy* (1). Une perversion des deux concepts est malheureusement constatée, entraînant une inégalité de traitement et une partialité au niveau de l'Administration publique, notamment au sein de la Justice (2).

¹⁶⁹ Archevêque anglican sud-africain, Desmond Mpilo Tutu est né le 7 octobre 1931 à Klerksdorp, au sud-est de Johannesburg. En 1978, Tutu accepte d'être nommé au poste de secrétaire général du Conseil œcuménique d'Afrique du Sud et devient l'un des principaux porte-parole des droits des Noirs dans son pays. Il se fait connaître au-delà des frontières sud-africaines, plaide pour des formes de protestations non violentes et engage les partenaires de l'Afrique du Sud à exercer des pressions économiques à l'encontre de son pays.

¹⁷⁰ Selon les explications données par Régis RAJEMISA-RAOLISON dans le *Rakibolana malagasy*, *adidy* signifie « *zavatra tsy maintsy atao takian'ny raharaha iandreketana, ny toerana misy ny tena na ny fifandraisana amin'ny hafa* », littéralement les obligations auxquelles une personne ne peut se soustraire du fait du poste qu'il occupe, de sa place (dans la société) ou encore de ses relations avec les autres membres de la Société.

¹⁷¹ RARIVOMANATSOA Lala, *op. cit.*

1) Les *adidy* sont inhérents au *Fihavanana*

Parce que le même sang coule dans leurs veines, les *mpihavana* ou parents sont soumis à la même éthique : les *adidy*. Il recouvre toutes les obligations, aussi bien celles à l'égard des parents par l'ancestralité ou par la parentèle ou par le mariage, qu'à l'égard de la communauté villageoise (*Fokonolona*), idéalement — et autrefois effectivement — formée de parents¹⁷². Ces *adidy* se traduisent par une assistance mutuelle, dans l'allégresse tout comme dans la détresse. RABEMANANJARA¹⁷³ était très clair sur ce point : « On était solidaire parce qu'on se réclamait de la même lignée. On était solidaire en raison du voisinage et de la proximité, face aux périls et aux nécessités. L'aide mutuelle s'exerçait spontanément dans de nombreux domaines et de nombreuses circonstances. On était ensemble pour le travail des rizières, pour l'entretien des terres des personnes malades ou absentes. On était ensemble pour réparer ou construire les tombeaux. On portait secours aux vieillards, aux infirmes, aux souffrants. En cas de décès, c'était la communauté qui se chargeait de tout. Dans le contrat social, on était les uns pour les autres » disait-il lorsqu'il devait préciser la nature des obligations découlant du *Fihavanana*¹⁷⁴. Sans entrer dans une étude anthropologique du *fihavanana*, mentionnons simplement qu'il est fondé, d'une part, sur le principe de l'entraide, de services rendus à autrui, et d'autre part, sur la réciprocité dans ce type d'actions¹⁷⁵.

Dans le milieu urbain du XXI^e siècle, le *Fihavanana* tend à disparaître et s'efface devant l'individualisme. Ce sont les habitants dans le milieu rural qui observent encore les règles de ce mode d'assistance réciproque. Pour ces derniers, le *Fihavanana* est une réalité

¹⁷² Paul OTTINO, *Les champs de l'ancestralité à Madagascar : parenté, alliance et patrimoine*, Karthala-Orstom, 1998, Paris, p.279

¹⁷³ Né le 5 mars 1917 à Antananarivo, Raymond William RABEMANANJARA a écrit de nombreux ouvrages dont la plupart évoquent sa terre natale notamment *Histoire de la Nation malgache*, *Madagascar sous la Rénovation malgache*, *Madagascar 1895. Chronique d'une saison carcérale à Madagascar*, *Géopolitique et Problèmes de Madagascar*. Il s'est fait le biographe d'Albert Rakoto RATSIMAMANGA - « l'homme du XX^e siècle malgache » - qui fût son fidèle compagnon de route pour le retour de Madagascar à l'Indépendance. Ensemble aussi, ils ont fondé en 1957 à Avarabohitra (Tananarive), le célèbre Institut Malgache de Recherches Appliquées, dont les travaux ont participé à la pharmacopée moderne.

¹⁷⁴ Raymond William RABEMANANJARA, *Le monde malgache. Sociabilité et culte des ancêtres*, L'Harmattan, 2001, Paris, p. 27.

¹⁷⁵ Frédéric SANDRON, *Le fihavanana à Madagascar : lien social et économique des communautés rurales*, *Revue Tiers Monde* 2008, 3 (n° 195), p. 509.

vécue au quotidien. Bien plus encore, le *fihavanana* constitue pour eux un capital social¹⁷⁶ restreint, au sens de « bien public communautaire », car son efficacité opérationnelle, donc son « rendement », est proportionnelle à l'investissement des acteurs des communautés malgaches dans l'entraide et la réciprocité¹⁷⁷.

Vue de cette manière, l'entraide réciproque n'a rien de sentimental. Elle est primordiale pour les ruraux. Le travail de la rizière irriguée demande une importante main-d'œuvre dans des épisodes qui demandent un travail à la fois dur et mené rapidement : retournement des mottes pour les hommes ou repiquage pour les femmes, ou la moisson pour les deux sexes. Le travail en groupe accélère la cadence du travail et rompt l'isolement¹⁷⁸.

2) La perversion des *adidy* au nom du *Fihavanana* : une menace pour l'impartialité

Au nom de la parenté et de la solidarité, les *adidy* sont imprégnés dans la Société malgache. De nombreux proverbes traduisent la solidarité, incitant les membres de cette dite Société à apporter leurs aides à ceux qui en ont besoin. À titre d'exemples, nous pouvons citer « *Raha voadona ny aty, marary ny afero* », ou encore « *Trano atsimo sy avaratra, izay tsy mahalen-kialofana* ».

¹⁷⁶ Selon Frédéric GANNON, dans son article *Le fihavanana comme capital social*, in Peter KNEITZ (sous la direction de), *op.cit*, p. 280, le capital social est analysé par les chercheurs en sociologie, économie et science politique, est récent, et les divergences sur sa définition théorique et ses mesures empiriques se cristallisent depuis une vingtaine d'années. Si, a priori, la notion de capital social semble apparentée à celui de capital humain conçu par Schultz (1961) et développé par Becker (1962, 1994), lorsqu'elle est envisagée au niveau individuel, elle s'en distingue dans sa dimension agrégée ou collective. Le capital social est connoté, par essence, aux réseaux sociaux, définis schématiquement par les graphes formés par un ensemble donné d'individus et leurs liens. En première analyse, le capital social individuel de ses membres constituerait une mesure interne de l'efficacité du réseau tandis que le capital social collectif spécifique au réseau en serait la mesure externe. Les externalités positives produites par l'investissement en formation de liens constituent une valeur intrinsèque du réseau. Cette valeur a la nature d'un bien public, ou, plus précisément, d'un bien de club, puisqu'elle n'est partagée que par les membres de ce réseau.

¹⁷⁷ Frédéric GANNON, *op.cit*, p.280.

¹⁷⁸ Georges CONDOMINAS, *Fokon'olona et collectivités rurales en Imerina*, ORSTOM Éditions, 1961, Paris, p.151.

Aujourd'hui, l'entraide mutuelle ne correspond plus à sa définition originelle. La Société étant en perte de repère¹⁷⁹, car devenue égoïste et violente¹⁸⁰, les *adidy* sont désormais l'une des principales origines des entrelacs entre le *Fihavanana*, le « bien commun »¹⁸¹ et le « bien public »¹⁸² dans l'Administration publique malgache. La confusion et la volonté de ne pas distinguer les intérêts privés des intérêts publics rompent ainsi l'égalité de tous devant le service public, puisque la prestation et la qualité même dépendront du lien de parenté entre l'agent public et l'utilisateur en face de lui.

Dans certains cas, le *Fihavanana* est utilisé comme alibi par les agents pour offrir des services ou s'abstenir d'exécuter une prestation, alors qu'en vérité, ce sont la pression sociale se traduisant par la peur du *tsiny* et du *tody*¹⁸³, la peur de l'exclusion¹⁸⁴ qui le poussent à

¹⁷⁹ Harisoa RASAMOELINA, *op.cit.*, p.6.

¹⁸⁰ Christian ALEXANDRE, *Violences malgaches, op. cit.*

¹⁸¹ Selon Françoise DAVID, militante et femme politique féministe et altermondialiste du Québec, le bien commun c'est le respect des droits fondamentaux inscrits dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans les diverses conventions et protocoles internationaux (...). C'est l'ensemble des valeurs, règles et institutions qu'une société se donne pour assurer le bien-être de toutes et tous. Le bien commun permet de lutter contre l'exclusion et de retisser les liens sociaux brisés. Il nous appelle à avoir le sens de l'autre, il nous convie à l'engagement pour la justice, l'égalité en droit et en fait, la solidarité et la liberté.

¹⁸² La notion de bien public renvoie à celle d'intérêt général ou d'utilité publique, ainsi que celle de l'accès indifférencié du bien à tous les membres de la collectivité.

¹⁸³ Richard Andriamanjato, *Le tsiny et le tody dans la pensée malgache*, L'Herne, 2013, Paris: « le "Tsiny" (traduit par "censure" ou "blâme"), une sorte de sanction pour qui a, malgré lui, transgressé les nombreuses règles et coutumes qui rythment la vie insulaire. De l'autre, le "Tody" (traduit par "retour" ou "représailles"), le retour éternel de ce que l'on a fait et qui s'exprime aussi bien dans la maladie que dans la catastrophe. Le "Tsiny" est une faille dans l'ordre des choses. Le "Tody" a pour fonction de le rétablir ».

¹⁸⁴ V. en ce sens Eugène Régis MANGALAZA, *Lien et délien de la « parentalité » (fihavanaña ou filongoa) à travers l'exemple malgache : tradition et modernité*, in Michel LATCHOUMANIN, Thierry MALBERT, *Famille et parentalité : rôles et fonctions, entre tradition et modernité : actes du colloque international du 16 au 18 novembre 2005*, L'Harmattan, 2007, Paris, p. 189 : « S'il est vrai que les membres d'une famille doivent se comporter à l'image des eaux d'un fleuve qui coulent toutes vers la même embouchure, il n'en demeure pas moins vrai qu'il y a toujours en eux cette fâcheuse tendance à vouloir se détacher parfois du groupe, par souci de singularité et de liberté. Mais si tous n'écourent ainsi que leurs élans pulsionnels, ils seront si écartelés des uns des autres au point de n'avoir plus rien à se partager entre eux, même en fin de course à vouloir s'étaler et s'écarter de leur lit, les eaux d'un fleuve ne finiront-elles pas, elles aussi, par assécher leur lit, par s'évaporer en chemin sans jamais atteindre l'embouchure ? C'est en restant soudés que les membres d'une famille deviennent

s'écarter volontairement de son éthique. L'agent public, intégré dans une hiérarchie précise qu'est la famille, veille en permanence à ce que ses actes ne soient pas interprétés comme une volonté de se détacher du groupe, au point qu'il serait très facile pour lui de se ranger du côté de ses parents et faillir à ses obligations professionnelles. Du fait du *Fihavanana*, le Malgache est manipulable, puisque chacun est jugé par rapport aux conséquences des actes qu'il a pris pour la communauté. La neutralité d'un agent public, sa prise de distance par rapport à ses pairs sont en tout temps considérées comme une pulsion mettant en danger le système de cohésion.

Dans le cadre de la Justice, la manipulation du *Fihavanana* et de l'*adidy* est pernicieuse pour la Société. Si un magistrat administratif mettait en avant ces deux concepts au préjudice de son obligation d'impartialité, au nom, par exemple du proverbe « *voin-kava-mahatratra* », il sacrifierait l'intérêt général¹⁸⁵ en annulant une décision administrative faisant grief à son parent. D'un autre point de vue, l'instrumentalisation du *Fihavanana* et de l'*adidy* incitera le juge à refuser toute annulation d'un acte administratif illégal si l'administrateur auteur de l'acte a un quelconque lien de parenté avec lui. Dans ce cas, la relation entre ces derniers primera au détriment des libertés fondamentales ou des droits des administrés bafoués.

III- Les interférences du *Firazanana*¹⁸⁶ avec l'impartialité subjective

Caste et ethnie sont des mots tabous à Madagascar. Les blessures profondes issues des rejets inter-ethniques et inter-castes se ressentent encore en ce XXI^e siècle. Aborder ces deux thèmes est donc important pour ne pas occulter la réalité de la Société malgache dans laquelle le Juge, astreint à une obligation d'impartialité, évolue.

aussi durs que le roc. Mais quand le lien familial se desserre sans pouvoir se renouer, le roc finira par s'effriter comme de vulgaires grains de sable que le vent balayera, au gré de ses caprices ».

¹⁸⁵ Alexandre PIRAUX, *L'éthique administrative à l'épreuve de ses usages*, in *Pyramides*, 16/1, 2008, pp.83-144 : « L'intérêt général est à la fois un concept juridique et une valeur. Il peut être défini de plusieurs manières. De façon générique, l'intérêt général peut être considéré comme désignant un objectif vers lequel doit nécessairement tendre toute l'activité de l'administration. L'intérêt général est ainsi le cadre référentiel de l'action publique et toute décision des autorités publiques se fonde par principe sur l'intérêt général. Tout comme l'éthique publique, l'intérêt général pourrait même être qualifié d'idéal régulateur »

¹⁸⁶ Terme qui se traduit exactement en français par celui d'« ancestralité » selon les explications de Paul OTTINO.

A- Les questions inter-ethniques à Madagascar

Depuis toujours, les différentes Sociétés installées dans des régions limitrophes créent des hiérarchies entre elles. En Grèce, par exemple, une distinction a été faite entre les *ethnè* (sing. *ethnos*) et la *polis* (cité). Étaient, à l'époque, qualifiés *d'ethnè*¹⁸⁷ les groupements d'individus qui n'étaient pas organisés en cités-Etats. L'ethnie qui, dans son sens originel, est un ensemble d'individus que rapprochent un certain nombre de caractères de civilisation, notamment la communauté de langue et de culture¹⁸⁸ a été revue au XIXe siècle par les théoriciens modernes en se référant exclusivement à la notion de race. Cette dernière s'attache à des caractères apparents, le plus souvent immédiatement visibles. Les plus frappantes de ces différences sont chez l'homme la couleur de la peau, la forme générale du visage avec ses traits distinctifs, le type de chevelure¹⁸⁹.

L'ethnie tient un rôle prépondérant dans l'Histoire de ce pays. C'est l'une des raisons pour laquelle les débats relatifs à ce sujet sont sources de tension. Déjà, sous la période précoloniale, les guerres entre les royaumes issus de différentes ethnies ou *foko*¹⁹⁰, aboutissant la réduction à l'esclavage des vaincus entraînaient de profonds malaises. Avec la colonisation française et l'application par le Général GALLIENI de la devise romaine « *dividere et impera* »¹⁹¹ ou diviser pour mieux régner, le clivage s'est renforcé avec la fragmentation des ethnies malgaches en les catégorisant en 18 tribus. Selon les explications de RATOSONASY Michel Sabir Michaël¹⁹², « les Français ont catégorisé la population de Madagascar en ethnies suivant les clans dominants dans les différentes régions. Par exemple, à Antananarivo, les Merina sont dominants, les habitants de la région d'Antananarivo et de ses environs sont donc des Merina, ainsi de suite. Cette identification ou catégorisation par ethnies se fait aussi en considérant les clans qui ont beaucoup d'élites par rapport à leurs

¹⁸⁷ Le terme *ethnè*, dans la langue française, se rapproche de celui de « tribu » ou « État tribal ».

¹⁸⁸ Définition de l'ethnie selon le dictionnaire *Le Grand Robert*.

¹⁸⁹ Explications fournies dans *l'Encyclopaedia Universalis 2013*

¹⁹⁰ Jean-Pierre Chrétien, *Les ethnies ont une histoire*, Éd. Karthala, 2003, Paris, pp.20-21 : « Le foko est un (...) groupe, dont la tendance unitaire est renforcée par la proximité généalogique des ancêtres des individus qui le composent ».

¹⁹¹ V. en ce sens Georges OZANEAUX, *Les Romains : Ou Tableau Des Institutions Politiques, Religieuses Et Sociales de La République Romaine*, Kessinger Publishing Whitefish, 2010. 408 p.

¹⁹² Docteur en philosophie

plus proches voisins. Par exemple, les Antefasy ont plus d'élites que les Zafisoro, donc l'ethnie s'appellera Antefasy. Mais il est un fait qu'à Madagascar, les Zafisoro prennent toujours comme une insulte qu'on les appelle Antefasy. Pour ce qui concerne certaines ethnies, les administrateurs français les ont identifiées et cataloguées selon les appellations locales : les Vezo seront donc tous ceux qui sont pêcheurs »¹⁹³. La catégorisation effectuée sous la période coloniale n'a pas été sans conséquence : elle a abouti à une obsession de la lecture raciale ainsi qu'à la dichotomie Merina¹⁹⁴/Côtier¹⁹⁵. Cette dualité défrayant les médias, particulièrement pendant les périodes de crise politique après l'accession de Madagascar à l'Indépendance, périodes au cours desquelles l'origine ethnique et tribale est soulevée pour créer les troubles sociaux.

B- Les relations inter-castes, particulièrement en Imerina¹⁹⁶

La Société merina d'avant la colonisation est connue pour sa stratification. L'utilisation de certains termes, en particulier celui de « caste », renvoie l'image d'une société dont la population est répartie entre différentes catégories sociales cloisonnées et régie par des statuts acquis à la naissance et conservés jusqu'à la mort¹⁹⁷.

La hiérarchisation était, à l'époque, organisée en fonction du lien de parenté qui existait entre l'individu et le souverain. Dans son article « *Construction d'identité et relations de dépendance : descendants d'anciens maîtres et descendants d'anciens "esclaves" en*

¹⁹³ Michel Sabir Michaël RATOSONASY, *La rivalité entre gens des hauts-plateaux et côtiers à Madagascar* (en ligne) SIK, 28 novembre 2012, consulté le 10 avril 2016, disponible sur <http://www.sik.no/article?117&lang=fr>.

¹⁹⁴ Françoise RAISON-JOURDE, Solofo RANDRIANJA, *La nation malgache au défi de l'ethnicité*, Éd. Karthala, 2002, Paris, p. 47 : Habitant des Hautes-Terres, « dans les textes étrangers sur Madagascar, les Merina étaient représentés comme un rameau de la race jaune, originaire de l'Asie du Sud-Est ».

¹⁹⁵ Françoise RAISON-JOURDE, Solofo RANDRIANJA, *ibid*, p.13 : « Le terme "Côtier" (ni une ethnie ni une tribu) tient son existence de son opposabilité au terme Merina ».

¹⁹⁶ Le choix de l'Imerina, région des Hautes Terres, s'explique par le nombre d'ouvrages de références en la matière. Bien que la pratique de l'esclavage fût répandue à Madagascar, la majorité des études déjà entreprises sur le sujet se focalisait sur le cas de l'Imerina.

¹⁹⁷ Lolona Nathalie RAZAFINDRALAMBO, *Les statuts sociaux dans les Hautes Terres malgaches à la lumière des archives missionnaires norvégiennes*, Ateliers du LESC, n°32, 2008, mis en ligne le 22 août 2008, consulté le 09 avril 2016 disponible sur <http://ateliers.revues.org/2122>.

Imerina »¹⁹⁸, Lolona RAZAFINDRALAMBO¹⁹⁹ explique que les groupes les plus élevés sont ceux qui sont les plus proches du roi ou de la reine sur le plan généalogique. Ils sont connus sous la dénomination d'*Andriana*²⁰⁰ (nobles). Les plus bas sont les *andevo* (esclaves), individus assimilés à des biens de propriété qui peuvent être vendus, légués, achetés ou même faire l'objet d'un héritage. En aucun cas les *andevo* ne peuvent établir des liens de parenté conformément à la règle « *ny andevo tsy manan-draza* », littéralement les esclaves n'ont pas d'ancestralité²⁰¹. De même, ils ne sont pas autorisés à participer aux rituels qui marquent le statut de sujet et/ou de membre de la communauté²⁰². Au milieu de ce système se retrouvent les *Hova* (roturiers), hommes libres qui ne font pas partie de la caste des *Andriana*, mais qui ne sont pas non plus catégorisés parmi les *Mainty*²⁰³. En réalité donc, cette Société Merina peut être divisée en deux catégories : les hommes détenteurs de pouvoirs et libres, d'une part, et les *andevo* d'autre part.

Cette organisation sociale merina sous la royauté a pris fin après l'arrêté du 26 septembre 1896 pris par le Résident Général LAROCHE proclamant tous les habitants libres et mettant ainsi fin au système d'esclavage.

¹⁹⁸ Lolona Nathalie RAZAFINDRALAMBO. « Construction d'identité et relations de dépendance : descendants d'anciens maîtres et descendants d'anciens "esclaves" en Imerina », TALOHA, n° 14-15, 28 septembre 2005, consulté le 12 février 2016, disponible sur <http://www.taloha.info/document.php?id=131>.

¹⁹⁹ Chercheur associé à l'ICMAA, Université d'Antananarivo, chargée de cours au Département de Civilisations.

²⁰⁰ François CALLET, *Tantaran'ny Andriana*, Presy katolika, 1908, Antananarivo, 1258 p. : à l'intérieur du groupe des *Andriana* existent encore six sous-catégories qui sont les *Zazamarolahy*, les *Andriamasinavalona*, les *Andriatompokoindrindra*, les *Andrianamboninolona*, les *Andriandranando* et enfin les *Zanadralambo*.

²⁰¹ V. en ce sens Paul OTTINO, *Les champs de l'ancestralité à Madagascar : parenté, alliance et patrimoine*, op. cit. p.650 ; Henri MEDARD, *Traites et esclavages en Afrique orientale et dans l'océan Indien*, Éd. Karthala, 2013, Paris, 520 p. ; Jean-Pierre JACOB, Pierre-Yves LE MEUR, *Politique de la terre et de l'appartenance. Droits fonciers et citoyenneté dans les sociétés du Sud*, Éd. Karthala, 2010, Paris, 432 p.

²⁰² Jean Aimé RAKOTOARISOA, *La notion d'esclave en Imerina (Madagascar) : ancienne servitude et aspects actuels de la dépendance*. TALOHA, n° 14-15, 29 septembre 2005, consulté le 10 avril 2016, disponible sur <http://www.taloha.info/document.php?id=233>.

²⁰³ Les deux catégories, *Andevo* et *Mainty*, sont souvent sources de confusion dans la langue malgache alors qu'elles sont totalement différentes : les *Mainty* étaient des hommes libres qui, à la suite de la réorganisation des structures sociales entreprises par le roi Andrianampoinimerina au XVIIIe siècle avec l'institution des *Mainty enin-dreny* d'une part, ne jouissent plus, de leur situation privilégiée de proches du souverain et, d'autre part, n'exercent plus leur fonction guerrière.

C- L'impartialité du juge administratif malgache au défi de la persistance des discriminations inter-castes et inter-ethniques

Les risques de dérive liées aux problèmes inter-castes et inter-ethniques sont réels à Madagascar. La Justice continue aujourd'hui de souffrir des maux inhérents à ces « catégorisations » du peuple malgache. Nombreux sont les dossiers qui sont qualifiés de « sensibles », car « teintés de connotation politico-ethnique ou politico-tribaux ». Comme nous l'avons déjà soulevé dans les différentes parties de notre développement, les crises politiques majeures ravivent les tensions ethniques. La Justice peut témoigner de l'ampleur de ces malaises sociaux comme ce fut le cas en 2002. Son impartialité a été remise en cause et a fait l'objet de critiques virulentes de la part de l'opinion publique avec la délocalisation des dossiers de la crise.

Il en est de même pour la question des castes. Plus d'un siècle après cette libération des *Andevo*, les termes désignant les quatre catégories sont toujours utilisés. On continue à appeler *Andriana*, *Hova* ou *Mainty* ceux qui sont considérés respectivement comme descendants d'anciens *Andriana*, d'anciens *Hova* ou d'anciens *Mainty*. De même que ceux qui sont considérés comme descendants des anciens *Andevo* libérés en 1896 sont toujours appelés *Andevo*²⁰⁴. Réduite au silence, la discrimination est encore ancrée dans la mentalité merina tout comme le besoin d'affirmer que chacun doit rester à sa place²⁰⁵.

Dans tous les cas, il est inconcevable pour un magistrat administratif de continuer à siéger s'il estime que son impartialité risque de faillir sous les pressions raciales ou ethniques. Il lui incombe de se comporter en « bon juge » et de s'abstenir de siéger pour ne pas arriver à une procédure de récusation.

²⁰⁴ Lolona Nathalie RAZAFINDRALAMBO, *Inégalité, exclusion, représentations sur les Hautes Terres centrales de Madagascar*, Cahiers d'études africaines 3/2005 (n° 179-180), p. 879-904, consulté le 09 avril 2016, disponible sur www.cairn.info/revue-cahiers-d-etudes-africaines-2005-3-page-879.htm.

²⁰⁵ Sophie BLANCHY, Jean-Aimé RAKOTOARISOA, Philippe BEAUJARD, Chantal RADIMILAHY (dirs.), *Les dieux au service du peuple. Itinéraires religieux, médiations, syncrétisme à Madagascar*, Éditions Karthala, coll. « Religions contemporaines », 2006, Paris, p. 16.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

L'impartialité du Juge administratif malgache, comme n'importe quel juge dans le monde, est tributaire de son indépendance. La dimension de cette dernière, tant sur le plan juridique que sur le plan pratique, influe sur la conception même de l'impartialité. Pour le cas de Madagascar, un long chemin est encore à parcourir avant d'arriver à l'indépendance de la Justice. Autrement dit, l'impartialité du juge administratif n'aura qu'une application restreinte tant qu'aucune volonté politique dans ce sens ne sera entreprise. La réalité de l'impartialité dépend aussi des paramètres culturels que le juge administratif malgache dans lequel il évolue. Sans renier ses origines, il lui est indispensable, compte tenu de sa fonction, de se libérer de ses connaissances, de ses valeurs personnelles.

PARTIE II

LA DIMENSION DE L'IMPARTIALITÉ DU JUGE ADMINISTRATIF

Le principe de l'impartialité du juge est à la fois un droit procédural et substantiel, dont il convient de s'interroger sur la consistance, d'en déterminer la teneur et d'en cerner les contours. La doctrine a traditionnellement analysé l'impartialité judiciaire de façon fragmentaire, dans des débats déconnectés du sujet réel. En conséquence, les connaissances actuelles de l'impartialité judiciaire sont balkanisées, fragmentées. À travers les prochains développements, nous essayerons de concentrer et de conceptualiser l'impartialité de la juridiction administrative malgache, dans tous ses contextes. Dans cette démarche, il est nécessaire avant tout de trouver les raisons pour lesquelles l'impartialité constitue une valeur vulnérable pour un pays en voie de développement comme Madagascar (CHAPITRE PREMIER). C'est ensuite qu'il faut voir qu'il est plus facile d'appréhender cette obligation de résultat qu'est la sauvegarde de l'impartialité (CHAPITRE II).

CHAPITRE PREMIER

LES ENJEUX DE L'IMPARTIALITÉ DU JUGE ADMINISTRATIF POUR MADAGASCAR

L'office du juge administratif, tout en conservant ses caractéristiques fondamentales, a continué d'évoluer. Garant de l'équilibre entre les droits des citoyens et les prérogatives de la puissance publique, le juge administratif demeure un juge qui tient sa force de sa connaissance de l'administration, des instruments de contrôle que sa jurisprudence a forgés, de l'autorité que l'histoire a progressivement consacrée. Occulté par cette mission de gardien de la légalité, le rôle primordial que joue le juge administratif malgache dans le développement de l'économie nationale passe inaperçu (I). Lui-même, est-il conscient que ses décisions, silencieusement, mais sûrement, contribuent à la pérennisation des investissements ainsi que de la paix sociale (II) ?

I- L'impartialité du juge administratif, une garantie pour la stabilité et la sécurisation des investissements

Avec 315,2 \$ comme Produit Intérieur Brut (PIB) par habitant, Madagascar est classé cinquième pays le plus pauvre du monde par le Fond Monétaire International en 2015. Plusieurs moyens s'offrent au pays pour redresser cette situation. Parmi les solutions possibles, il existe les investissements étrangers directs qui sont incontournables (IED). Ils permettent d'atteindre les objectifs de développement par la croissance, et cela de plusieurs manières. Avant tout, d'importants investissements étrangers directs peuvent relancer la macroéconomie des pays en voie de développement. Ils favorisent les rentrées fiscales. En plus, ils génèrent des emplois et permettent de s'ouvrir sur de nouveaux marchés internationaux dans le cadre de l'exportation. Ensuite, *« l'IED peut aider à franchir les seuils d'investissement. Dans les pays pauvres tout spécialement, où les recettes publiques sont faibles, ou dont le système financier est peu profond, des compagnies étrangères sont peut-être les seules à investir dans les projets qui ont un seuil de financement minimum élevé,*

*comme dans le cas de l'infrastructure ou de l'extraction des ressources naturelles. L'IED peut aussi aider au lancement d'une dynamique d'investissement et de croissance qui va attirer de plus amples investissements nationaux et étrangers »*²⁰⁶. Enfin, outre l'augmentation de la productivité du pays d'accueil, les investissements étrangers directs diversifient les secteurs d'activités exploités dans les pays en voie de développement.

L'arrivée et l'implantation des investisseurs étrangers nécessitent toutefois un minimum requis : la solidité du climat d'investissement. Cette dernière se traduit par la stabilité politique²⁰⁷, la bonne gouvernance²⁰⁸ et la mise en place d'une Justice crédible. C'est dans cette optique que la Justice Administrative joue un rôle majeur. En droit des investissements, son rôle est d'équilibrer les parties en litige notamment en contentieux des marchés publics (B) et en contentieux fiscaux²⁰⁹ (B).

A- La fiscalité et le juge administratif malgache

Le défi de la mise en place d'une véritable justice fiscale étant lancé à Madagascar (2), la Juridiction Administrative statuant en tant que juge fiscal (1) a déjà posé les premiers jalons de la jurisprudence fiscale pour assurer la pérennité des investissements (3).

1) Un partage des compétences au sein de la Juridiction Administrative

Traiter des contentieux fiscaux relève en une partie de la Juridiction Administrative à Madagascar²¹⁰. En effet, à la lecture, d'une part, de l'article 129 de la Loi organique relative à

²⁰⁶ Rodney SCHMIDT et Roy CULPEPER, *L'investissement étranger privé dans les pays les plus démunis*, L'institut Nord-Sud, Ottawa, 2003, p.11.

²⁰⁷ V. sur ce point *Le développement économique en Afrique : catalyser l'investissement pour une croissance transformatrice en Afrique, Rapport 2014*, CNUCED, 4 juillet 2014, TD/B/61/4, 122 p.

²⁰⁸ Rodney SCHMIDT et Roy CULPEPER, *ibid.* : les auteurs décrivent la bonne gouvernance par une bonne gestion de l'économie, l'efficacité, la flexibilité ainsi que l'honnêteté de la fonction publique. Ils prennent en compte aussi, dans cette évaluation de la bonne gouvernance, l'intelligibilité des lois qui ne doivent pas être gênants ni trop directifs.

²⁰⁹ Rédaction de MCI, *Réflexion d'un juge sur l'environnement juridique des Investissements étrangers à Madagascar* (en ligne), 22 octobre 2012, consulté le 14 avril 2016 disponible sur <http://www.cabinet-mci.com/1117/le-juge-dans-ses-oeuvres-doctrinales-2/>.

²¹⁰ Une distinction est faite dans le Code Général des Impôts concernant les juridictions compétentes en matière de contentieux de l'assiette, contestations relatives aux décisions rendues par l'administration dans le cadre de l'établissement de l'assiette de l'impôt et qui ne donnent pas satisfaction au contribuable, de contentieux du

la Cour Suprême, « *le Conseil d'État (...) statue sur les réclamations contentieuses en matière fiscale* » et d'autre part, de l'article 9 de la Loi n° 2001-025 relative au Tribunal Administratif et au tribunal financier « *le Tribunal Administratif connaît (..) du contentieux des impôts et taxes conformément au Code Général des Impôts perçus au profit de ces mêmes collectivités et de leurs établissements publics* ». De ces deux textes donc, il importe de préciser que les contentieux des impôts locaux²¹¹ sont portés devant les Tribunaux Administratifs, contrairement aux impôts d'État²¹², qui, eux, sont contestés devant le Conseil d'État.

2) Le juge fiscal malgache au défi de la mise en place d'une véritable justice fiscale

Malgré la chute de la croissance économique²¹³ due principalement à la fermeture des entreprises et sociétés depuis le début de la crise en 2009, la Juridiction Administrative enregistre un accroissement constant des requêtes fiscales²¹⁴. Ce paradoxe n'est pas fortuit, il trouve une justification dans la vulgarisation des textes fiscaux, d'une part, et dans la Juridiction Administrative et de ses missions, d'autre part.

Depuis quelques années donc, le juge administratif malgache s'active dans un exercice complexe : celui de défricher les règles s'imposant au contribuable, mais surtout à l'Administration fiscale. Cette tâche s'avère difficile pour deux (2) raisons principales : la première c'est l'improductivité du juge fiscal qui se traduit par l'absence de véritables avancées jurisprudentielles depuis les années 70 dans le cadre du contentieux de l'impôt. La

recouvrement et enfin du contentieux répressif (litiges liés aux violations aux prescriptions du, non seulement Code général des Impôts, régissant les impôts, droits et taxes divers, mais aussi des textes d'application). Les deux premiers relèvent de la Juridiction Administrative tandis que le second est du ressort de la juridiction judiciaire.

²¹¹ Selon le Code Général des Impôts, il existe quatre (4) impôts et taxes locaux à savoir l'impôt foncier sur les terrains, l'impôt foncier sur la propriété bâtie, l'impôt de licence sur les alcools et les produits alcooliques et la taxe annuelle sur les appareils automatiques.

²¹² Figurent parmi les impôts d'Etat les impôts sur les revenus et assimilés, les droits d'enregistrement des actes et mutations, les impôts indirects ainsi que la taxe sur la valeur ajoutée.

²¹³ Les investissements Directs Etrangers (IDE) ont chuté de moitié entre 2008 et 2010 au niveau du secteur privé et restent stables jusqu'en 2012. Le nombre de Sociétés anonymes nouvellement créées diminue, il en est de même pour les entreprises franches.

²¹⁴ Noromalala Pierreine ANDRIANAY, *La Troisième Chambre du Conseil d'Etat : la Chambre du Contentieux des Contrats Administratifs et de la Fiscalité* in Lanjamira, n°3, novembre-décembre 2012, p.3.

seconde à l'inverse est la surproductivité de l'administration fiscale dans l'établissement de circulaires entraînant un pullulement par les documents internes, source d'opacité du droit fiscal²¹⁵.

Dans le cadre du contentieux fiscal, l'enjeu est énorme pour l'État, car l'impôt est sa principale ressource financière²¹⁶. Cela ne signifie pas pour autant que le contribuable peut être laissé sous le joug de la discrétion de l'administration fiscale lors de l'établissement et le paiement de ce prélèvement obligatoire²¹⁷. Il appartient au juge de rétablir et d'assurer l'égalité des deux parties et non pas favoriser l'Administration fiscale. Il est, en effet, facile de penser que pour un pays en voie de développement tel que Madagascar, où le ratio des impôts au PIB est l'un des plus faibles en Afrique subsaharienne et où le recouvrement des impôts reste parmi les moins efficaces, le juge fiscal ne peut qu'être partial et se hasarderait à annuler les impositions prononcées par le pouvoir public et, de cette manière, augmenter les charges publiques de telle manière que le contrôle juridictionnel rend difficile les tâches de la puissance publique²¹⁸.

a) Le juge fiscal malgache contemporain a déjà posé les premiers jalons de la jurisprudence fiscale pour assurer la pérennité des investissements

Le juge fiscal malgache travaille d'arrache-pied pour assurer son impartialité. Selon Henintsoa RASAMOELA²¹⁹, « *cette dernière impartialité constitue un rempart contre l'effondrement de l'économie malgache déjà chancelante. La jurisprudence fiscale malgache, établie ces dernières années, bien qu'elle soit encore en construction, les diverses étapes franchies dans le domaine fiscal (...) traduisent un attachement particulier de la Cour à la légalité ainsi qu'à l'égalité fiscale* ».

²¹⁵ Heliaritombo RASOARIVELO, *La règle applicable en matière de contentieux fiscal* in Lanjamira, n°5, mars-avril 2013, p.3.

²¹⁶ Noromalala Pierrelina ANDRIANAY, *ibid.*

²¹⁷ CE 27 juillet 1936 : corollairement au principe d'égalité des contribuables devant la loi fiscale, l'administration ne peut renoncer à prélever les impôts.

²¹⁸ Loïc PHILIP, *A propos d'un arrêt de la Cour Suprême : Les conséquences fiscales d'une fusion d'entreprises à Madagascar*, in *Revue Economique de Madagascar*, consulté le 12 avril 2016, http://madarevues.recherches.gov.mg/IMG/pdf/reveco3-4_14_.pdf.

²¹⁹ Magistrat de l'ordre administratif, Commissaire de la Loi au Conseil d'Etat de la Cour Suprême de Madagascar

Point d'orgue de cet attachement du juge fiscal à la légalité et à l'égalité devant l'impôt, nous soulignons ici la position de la Cour par rapport à la pratique administrative. Celle-ci, à travers sa doctrine²²⁰, s'abstient volontairement de recouvrer certains impôts. Pour le Conseil d'État, l'égalité devant les impôts est un principe qui ne peut souffrir d'une quelconque exception autre que celle que le législateur a prévu. Le recouvrement des impôts est une obligation pour l'administration publique, elle ne peut s'y soustraire. Pour l'administration fiscale, renoncer au recouvrement est une discrimination fortement préjudiciable pour les contribuables, puisqu'une porte s'ouvre à la puissance publique de traiter différemment les cas présentés devant elle.

Parallèlement à cette condamnation de toute forme de discrimination, le juge fiscal réaffirme l'obligation pour la puissance publique de respecter la légalité lors de l'établissement de sa doctrine : instructions et circulaires publiées par l'administration fiscale ne doivent pas être en contradiction avec la Loi fiscale.

Toujours dans cette volonté de sécuriser les investissements et les opérateurs économiques, le Conseil d'État, longtemps critiqué pour la complexité de la procédure portée devant lui dans le cadre du contentieux fiscal²²¹, a tenu à éclaircir les zones d'ombre auxquelles doivent faire face les requérants. Les textes fiscaux malgaches se distinguent par leur incohérence²²². Ce qui n'est pas sans conséquence pour le contribuable, puisqu'une lecture erronée du Code conduirait nécessairement soit à l'irrecevabilité de sa requête, soit au rejet de sa demande. Cela tient au fait qu'en matière fiscale, les dispositions légales sont d'interprétation littérale, autrement dit, elles n'ont pas d'autres portées que ce qu'elles prévoient. Il appartient alors au juge de donner aux mots leur sens usuel et leur fonction grammaticale²²³, un exercice auquel il s'est adonné dans le cadre de la procédure devant la Commission Fiscale des Recours Administratifs (CFRA) prévu par le Code Général des

²²⁰ La doctrine administrative est l'ensemble des instructions et circulaires publiées par l'administration fiscale. Cette doctrine, qui est opposable à l'administration, répond à des nécessités profondes. Les sources traditionnelles du droit fiscal, la loi et le règlement, sont fréquemment inadaptées aux réalités sociales et économiques. Pour que le régime fiscal fonctionne, il doit tenir compte de toutes les particularités des activités des contribuables. C'est pour pallier à ces lacunes que l'administration fiscale élabore ces règles.

²²¹ *Réflexion d'un juge sur l'environnement juridique des Investissements étrangers à Madagascar, op. cit.*

²²² Heliaritombo RASOARIVELO, *La règle applicable en matière de contentieux fiscal, op. cit.* : « plusieurs cas révèlent une totale incompréhension des textes résultant de leur multiplication et de leur contradiction ».

²²³ Albert TIBERGHEN, *Manuel de Droit Fiscal*, Wolters Kluwer, 2015, Bruxelles, p.31

Impôts et mis en place par l'arrêté n° 9026/2008 du 24 avril 2008. Aux termes de 20.02.18 du Code Général des Impôts : « *L'administration statue sur (...) l'Avis de la commission fiscale de recours administratif dans un délai de un mois de leur présentation* ». Le même Code, en son article 20.02.21, prévoit que « *L'action doit être introduite dans le délai de un mois à partir du jour de réception de la notification de la décision ou de l'expiration de délai de un mois prévu à l'article 20.02.20²²⁴* ». L'arrêté n° 9026/2008 du 24 avril 2008, en son article 5, par contre institue une procédure différente de celle consacrée par la Loi fiscale²²⁵. Au sens de cet article 5, deux (2) cas bien distincts sont prévus pour autoriser la saisine de la CFRA. Soit elle se fait à la suite de la réception de la notification définitive, soit la CFRA est saisie à la suite d'une décision de rejet de la réclamation contentieuse.

Les confusions liées à la lecture simultanée des dispositions précitées ont conduit à des situations embarrassantes dans lesquelles le Conseil d'État a reçu de vives critiques²²⁶ le poussant à se prononcer sur l'incompatibilité de l'article 5 de l'arrêté n° 9026/2008 créant la Commission Fiscale de Recours Administratifs est incompatible avec le sens profond du Code Général de Impôts. Selon les conclusions pour le Commissaire Général de la Loi dans l'affaire *SUCCESSION IM VAVODA c. DGI* ²²⁷ : « *Ce Code Général des Impôts (...) exige que "Les réclamations relatives à l'assiette pour les impôts d'État (...) sont présentées (...) immédiatement devant la Commission fiscale de recours administratif" (article 20.02.13). Comme le Code Général des Impôts est d'application stricte et littérale, le terme "immédiatement" prohibe toute action intermédiaire entre la notification définitive et la saisine de la CFRA, notamment la possibilité d'une réclamation contentieuse. Cette interdiction se confirme par la brièveté du délai que le texte accorde entre la notification définitive et la saisine de la CFRA, un délai de quinze (15) jours selon l'article 20.02.14 du Code général des Impôts. Ces deux articles (20.02.13 et 20.02.14) ne permettent pas la*

²²⁴ L'article 20.02.20 du Code Général des Impôts s'énonce comme suit « Les décisions rendues par l'administration sur les réclamations contentieuses en matière d'assiette et qui ne donnent pas satisfaction au réclamant peuvent être portées devant le Conseil d'État de la Cour Suprême pour les impôts d'État et devant le Tribunal Administratif pour les impôts locaux ».

²²⁵ Selon les dispositions dudit arrêté « *La Commission Fiscale de Recours Administratif est saisie sur simple lettre dans les quinze (15) jours de la réception de la notification définitive de redressement ou de la décision de rejet de la réclamation contentieuse (...)* »

²²⁶ V. notamment *Actualités fiscales et juridiques*, HK Jurisfisc, n°001, Avril 2014.

²²⁷ Dossier n° 123/12-ADM/CAF

possibilité pour le contribuable de saisir ou de ressaisir la Commission Fiscale de Recours Administratif après un refus de l'Administration. De plus il serait illogique et contraire à l'esprit du législateur que cette Commission soit saisie d'un avis après que l'administration fiscale aurait déjà statué sur une réclamation contentieuse, un avis ayant pour principale finalité d'éclairer les idées d'un organe avant la prise d'une décision finale. (...) en aucun cas, le Code Général des Impôts ne justifie et ne prévoit que la saisine de la CFRA peut succéder à un refus, qu'il soit implicite ou explicite. Comme la contradiction entre les deux textes (Code Général des Impôts et Arrêté n° 9026/2008) est avérée, ce sera toujours la norme supérieure, c'est-à-dire le Code, qui l'emporte en vertu de la pyramide des normes ».

B- La Juridiction Administrative, la commande publique et l'accessibilité des entreprises à la procédure

Pour la réalisation de ses missions, l'administration peut recourir à divers moyens. Elle peut notamment s'appuyer sur la commande publique ou le marché public. Si le législateur malgache définit le marché public comme étant un contrat administratif écrit conclu avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public²²⁸, pour Louis-Jérôme CHAPUISAT²²⁹ la commande publique est une « *procédure contractuelle à laquelle l'administration peut avoir recours et qui diffère de la décision exécutoire* »²³⁰.

Le cadre général des marchés publics a connu un véritable bouleversement avec la promulgation de la Loi n° 2004-009 du 26 juillet 2004 portant Code des Marchés Publics. Ce dernier est le résultat d'une longue réforme entamée depuis les années 2000 et soutenue par la Banque Africaine de Développement et la Banque Mondiale pour renforcer et moderniser les pratiques de la commande publique.

Une décennie après la promulgation de cette loi sur les marchés publics, les avis divergent sur ses impacts réels. Si certains disent que le Code n'a pas tout simplement atteint les principaux objectifs qu'il s'est fixés, d'autres attesteront par contre l'efficacité et l'assainissement de la commande publique depuis son application. En prenant du recul et en

²²⁸ Loi n° 004 – 009 du 26 juillet 2004 portant Code des Marchés Publics, article 1^{er}.

²²⁹ Docteur en droit, maître assistant à l'université de Paris-II

²³⁰ Louis-Jérôme CHAPUISAT, *Marché public*, Encyclopaedia Universalis 2013

retournant aux sources, peut-être pourrions-nous avoir une idée éclairée sur le véritable bilan de ces dix années du Code des Marchés Publics malgache.

1) La commande publique, un moteur de changement au sein de l'Administration publique

La commande publique permet d'obtenir de l'administration une amélioration des services rendus, grâce à la mise en concurrence des candidats, dans un cadre d'un strict respect de l'égalité des chances.

a) L'amélioration de la qualité des services rendus.

La raréfaction des moyens disponibles, l'exposition permanente à la concurrence, la continuité impérative des services publics, nécessitent aujourd'hui la recherche d'une allocation optimale des ressources, ce qui signifie de façon concomitante une rénovation de la gestion des services publics, de la gestion budgétaire et financière, et une évaluation au plus juste de l'efficacité de la dépense publique.

La commande publique est un procédé issu du management public qui insiste sur l'introduction du marché dans l'administration publique, ceci afin d'obtenir les résultats les plus satisfaisants. En effet, divers courants de pensée estiment que la commande publique implique nécessairement une mise en concurrence de professionnels. Le Code des marchés publics français, par exemple, permet à un acheteur public, si l'objet du marché le justifie, d'exiger des candidats à un appel d'offres qu'ils produisent un certificat de qualification professionnelle apportant la preuve qu'ils ont la capacité voulue pour réaliser les travaux ou les prestations concernés. À Madagascar, le Code des marchés publics en son article 8 dispose « *Tout candidat à un marché public doit démontrer qu'il a la capacité juridique, technique et financière et expérience nécessaire pour exécuter les prestations, objet du marché* ».

En lançant un appel d'offres²³¹, la principale contrainte de l'administration est de choisir l'offre la mieux-disante c'est-à-dire que le choix qui sera effectué garantira, et ceci est

²³¹ L'article 17 du Code des Marchés Publics malgache définit ce que le législateur entend par « appel d'offres » comme étant « *la procédure par laquelle une Autorité Contractante choisit l'offre évaluée la moins disante, sans négociations, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint. Il est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre, et restreint* ».

une obligation, la meilleure prestation de services avant tout, mais aussi une prestation dont le prix serait le moins élevé. La commande publique met en jeu l'utilisation des deniers publics, il appartient donc à l'administration de veiller à ce que ces derniers soient utilisés pour garantir les meilleurs services et les meilleurs produits.

Les conséquences de l'application de ces principes sont les suivantes :

- le rejet des offres non conformes : le non-respect des dates de remises des offres, ou l'oubli d'une pièce demandée qui doit se trouver dans le dossier des candidats, entraîne automatiquement le rejet de l'offre pour non-conformité, car cela est une preuve de la négligence du futur cocontractant de l'administration.
- le rejet du « marchandage » : la négociation ne peut permettre que la recherche du meilleur prix. Le fait de faire baisser arbitrairement un prix ne peut être accepté.

Cet ensemble est extrêmement contraignant pour les acheteurs publics. Il doit être respecté parce qu'un certain favoritisme irait à l'encontre des intérêts de la collectivité.

b) La mise en concurrence des candidats dans le cadre d'un strict respect de l'égalité des chances

Une commande publique doit respecter l'égalité de tous les futurs cocontractants de l'administration. Cette égalité se retrouve à travers une mise en concurrence de tous les candidats. Et l'administration choisit celui qu'il estime le plus performant à travers des critères objectifs préalablement déterminés. Il est donc nécessaire de faire appel à l'impartialité de l'administration²³². Le respect de l'égalité des chances à accéder au marché est assuré, par exemple, par le principe du rejet du « localisme »²³³, c'est-à-dire que le fait qu'une entreprise locale puisse être ou non un critère de choix.

La garantie de cette égalité d'accès au marché peut aussi être mise en œuvre par la mise en place d'une autorité indépendante de contrôle du marché public. Tel est le cas de

lorsque seuls peuvent remettre une offre les candidats qui y ont directement été invités par l'Autorité Contractante ».

²³² V. sur ce point Alexandre PIRAUX, *L'éthique administrative à l'épreuve de ses usages*, in *Pyramides*, 16/1 | 2008, 83-144.

²³³ Etienne COLSON, *Marché public : le localisme en question*, *Revue La Lettre du Cadre Territorial*, n°477, avril 2014, p.64-65

l'Autorité de Régulation des Marchés Public (ARMP) à Madagascar. Il appartient à cette autorité instituée par application des articles 4, 53 et 54 du Code des marchés publics de veiller à l'application juste et équitable des principes de libre accès et d'égalité de traitement des candidats. Cette Autorité de Régulation des Marchés Publics élabore, adopte et met en œuvre également des mesures de prévention et de lutte anticorruption dans le domaine des marchés publics.

Enfin, et non le moindre, la mise en concurrence des candidats ne peut vraiment être une garante de l'égalité des chances si les autorités responsables du marché public ou les « organes de la commande publique » ne sont pas soumis à certaines obligations et sanctions. C'est l'objet du décret n° 2006-343 portant instauration du Code d'éthique des marchés publics.

Ce décret, en son article 3, exige à ce que : *« les organes de la commande publique s'engagent à mettre en œuvre avec professionnalisme et diligence les principes de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats... afin de garantir dans les meilleures conditions l'optimisation de la commande publique »*. L'avantage tiré de ce texte est sans doute le fait qu'il touche tous les acteurs d'une commande publique : le personnel appartenant aux organes de la commande publique participant directement aux activités de passation de la commande, les autres personnels et les collaborateurs extérieurs employés par les organes de la commande publique. Ces trois catégories de personnes sont astreintes à une certaine éthique garantissant l'égalité des candidats sous peine d'être sanctionnées.

2) Les enjeux économiques de la commande publique

Une commande publique permet une gestion efficiente des deniers publics : c'est l'enjeu principal au niveau des Finances publiques. Mais les retombées au niveau de l'économie nationale ne sont pas en reste : les commandes publiques constituent aussi un coup de pouce pour la santé économique de Madagascar.

a) La commande publique, pour une bonne gouvernance

La mondialisation financière et les dérèglementations ont contraint les États à renforcer leur attractivité, en réformant leur administration, pour offrir les meilleures conditions de production et de consommation. D'autant plus que les dérives budgétaires de nombreux États les ont obligés à revoir leur fonctionnement afin de maîtriser leurs dépenses.

Une gestion efficiente des deniers publics, à travers la commande publique, commence par une transparence de toutes les procédures et étapes relatives à la passation de la commande publique. C'est ainsi que la loi n° 2004-019 portant Code des marchés publics exige une publicité des appels d'offres²³⁴. Et la publicité est une condition *sine qua non* de la régularité de la commande, ceci quel que soit son montant. Une telle publicité affiche le montant exact du marché et, donc, la somme exacte que va investir et dépenser la personne publique.

Cette publicité indique également le nom de la personne responsable du marché. Les contribuables peuvent ainsi contrôler de façon continue, l'utilisation effective de son argent. Ce procédé de publicité limite les gaspillages qui ont longtemps rongé l'administration.

Mais la commande publique veut aussi garantir et organiser la bonne gestion des deniers publics. Elle ne juge pas de l'opportunité de la dépense. Cela relève des élus. La commande publique apporte à l'acheteur public un cadre qui lui permet de rationaliser ses achats afin de réaliser un bon acte économique. En d'autres termes, la commande publique permet à l'administration de prendre ses responsabilités en matière de « développement économique durable ».

Le développement économique durable est un concept assez nouveau que l'on peut résumer comme suit : c'est un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs²³⁵. Le but, en effectuant la commande, n'est donc pas d'atteindre un objectif à court terme, mais de permettre aux générations futures de jouir des achats publics actuels. Le développement économique durable essaie donc de trouver un équilibre qui permette de répondre à ses préoccupations immédiates (effectuer des travaux, acquérir des services ou des fournitures, pourvoir le marché, respecter les règles fondamentales du Code des marchés publics...) tout

²³⁴ L'obligation de publicité est prévue dans les articles 15 et suivants de la 2004-019 portant Code des marchés publics. Non seulement ce sont les appels d'offres qui sont publiés mais aussi les avis généraux de passation des marchés. Ces derniers, qui sont à insérer à la fois dans un journal spécialisé de l'administration et dans au moins un journal quotidien de grande diffusion, sont établis pour recenser la liste de l'ensemble des marchés publics qu'elle prévoit de passer par appel d'offres durant l'exercice budgétaire.

²³⁵ *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future* disponible sur <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf> : "Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own need".

en cherchant à déplacer progressivement cet équilibre vers une meilleure performance globale, dans le cadre d'un processus d'amélioration continue.

Ce processus d'amélioration continue dépend effectivement des acheteurs ou prescripteurs. En effet, par les exigences qu'ils fixent dans leurs marchés, les prescripteurs peuvent influencer de façon déterminante l'évolution des modes de production mis en œuvre par les industriels. En particulier, ils peuvent contribuer au développement d'un marché de produits exemplaires, notamment, en termes de protection de l'environnement, de santé et d'insertion sociale.

b) La commande publique, un levier pour le développement de l'économie nationale : le cas des petites et moyennes entreprises

Pour que la commande publique puisse vraiment donner un coup de pouce à l'économie, il est essentiel et prioritaire de donner une place non négligeable aux petites et moyennes entreprises (PME) nationales²³⁶. Cette question est d'autant plus justifiée qu'une activité des PME dans les marchés publics devrait logiquement avoir un impact bénéfique tant sur les prix que sur la qualité de la concurrence. Ce dernier point n'est pas négligeable. De plus, et de façon indirecte, cette participation ne pourrait qu'avoir des retombées positives sur la croissance économique et sur l'emploi.

Depuis le début des années 2000, une réforme dans le cadre des marchés publics a été entamée dans plusieurs pays européens, car les dirigeants se sont rendu compte du poids des petites et moyennes entreprises dans l'économie nationale. À titre d'exemple, le législateur français a tenu à ce que les petites et moyennes entreprises détiennent un rôle plus poussé dans la mise en œuvre de la commande publique.

Désormais, leur nouveau Code des Marchés publics²³⁷ comporte un certain nombre de mesures qui sont très favorables aux petites et moyennes entreprises²³⁸. « *Il est indispensable*

²³⁶ Les PME sont définies à Madagascar comme des entreprises dont le niveau d'investissement est compris entre 5 000 et 50 000 euros. Leur poids dans l'économie malgache n'est pas négligeable car les statistiques fournies par l'Institut National de la Statistique de Madagascar révèlent d'une part que plus de 80% des entreprises identifiées à Madagascar sont des micros, petites et moyennes entreprises, et d'autre part, ces PME contribuent à 29% des valeurs ajoutées et 31% des créations d'emplois dans le secteur privé.

²³⁷ Le nouveau Code des Marchés Publics est entré en vigueur le 1er septembre 2006.

de maintenir l'accès d'un tissu de PME à la commande publique, car ce qui fonde la commande publique, c'est la concurrence. [...] La présence des PME dans l'achat public n'est donc pas seulement une question d'économie générale, c'est une question fondamentale concernant la santé de l'achat public lui — même » affirmait Jérôme Grand d'Esnon²³⁹.

c) Le juge administratif, garant de l'égalité des chances et gardien des deniers publics dans le cadre des marchés publics

En l'état actuel de la législation malgache, le Code pénalise et écarte les petites et moyennes entreprises des procédures de soumission à la commande publique. La loi malgache accorde une importance capitale à l'expérience du soumissionnaire. Certes, l'expérience constitue un gage de qualité, mais la rigidité et la sévérité des textes actuels handicapent fortement l'économie nationale. De plus, dans le contexte qui prévaut aujourd'hui, les relations entre les PME et les sociétés de grandes envergures font que ces entreprises acquièrent très vite l'expérience nécessaire pour réaliser des tâches techniques. Aujourd'hui, les PME sont des structures d'appui pour les grandes entreprises et constituent, de ce fait, leurs partenaires incontournables.

Les données statistiques sont sans appel : seule une poignée de petites et moyennes entreprises ont pu satisfaire les conditions de qualification exigées par l'article 8 de la Loi n° 2004-009²⁴⁰. Pour les PME malgaches qui ont soumissionné à la commande publique, seules 10 % d'entre elles ont répondu aux qualifications requises par le Code de marchés publics. Ces chiffres démontrent encore la difficulté, pour ces sociétés, de trouver leur place dans la mise en œuvre du développement de l'économie du pays, par le biais de la commande publique, alors que le recours aux PME assure une flexibilité, leur permettant de faire face aux changements de contextes et de réglementation.

²³⁸ Article 52 du Code des Marchés Publics français : « *L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats* ».

²³⁹ Directeur des affaires juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances, en charge de la rédaction du Code des Marchés Publics 2006.

²⁴⁰ « *Tout candidat à un marché public doit démontrer qu'il a la capacité juridique, technique et financière et l'expérience nécessaire pour exécuter les prestations, objet du marché* ».

Que peut alors faire le juge administratif ? Quel pourrait être son apport dans le rétablissement de ce déséquilibre et de cette inégalité entre soumissionnaires ?

La Juridiction Administrative joue un rôle majeur, aussi bien dans le cadre de la passation des marchés publics que dans leur exécution. Les recours en matière d'attribution des marchés publics révèlent les pouvoirs considérables que détient le juge administratif. Sur demande des personnes habilitées à conclure les contrats, dans le cadre des référés — précontractuel, la Juridiction Administrative a le pouvoir d'enjoindre l'administration publique de suspendre la procédure qui porterait atteinte à l'égalité des candidats sur la base de la violation de l'obligation de mise en concurrence. Ce pouvoir d'injonction s'étend, non seulement à la possibilité de contraindre l'autorité concernée à se conformer aux dispositions légales, mais aussi par le retardement de la signature du contrat. Elle peut aussi prononcer l'annulation des prescriptions méconnaissant les principes régissant la passation de marché public, ainsi que celle de la décision à l'origine de l'inégalité des soumissionnaires.

La relance, ainsi que le développement économique malgache, ne peuvent se faire sans les entreprises nationales. Toutefois, s'il est vrai que les petites et moyennes entreprises en sont le moteur de cette croissance, une réforme s'impose : *« le gouvernement doit aider, conseiller et protéger dans toute la mesure du possible les intérêts de la petite entreprise, afin de préserver l'esprit de libre concurrence, d'assurer qu'une proportion équitable des marchés publics soit passée avec de petites entreprises, et de maintenir en la renforçant l'économie de la Nation dans son ensemble »*²⁴¹. Le juge administratif ne peut non plus être écarté dans ce processus. Ses décisions sont les garanties pour les investisseurs contre l'instabilité économique qui prévaut dans le pays.

II- L'impartialité du juge administratif et la stabilité sociale

*« La souveraineté appartient au peuple, source de tout pouvoir, qui l'exerce par ses représentants élus au suffrage universel direct ou indirect, ou par la voie du référendum »*²⁴². Cette disposition constitutionnelle entérine le droit de vote du peuple

²⁴¹ Small Business Act (SBAAct), section 202.

²⁴² Article 5 de la Constitution de la Quatrième République

malgache, lequel droit fonde la démocratie ainsi que la République²⁴³. Comme les autres États africains, Madagascar se retrouve en démocratie importée, victime du mimétisme postcolonial²⁴⁴. Sa position semble concevoir la démocratie, non pas comme un état, une nature de la société, mais bien plutôt comme une culture qui n'est possible que si la greffe tient compte des dynamiques du dedans et du dehors.

L'affirmation de Pascal LISSOUBA²⁴⁵ est révélatrice sur les enjeux des élections en Afrique : « *on n'organise pas les élections pour les perdre* ». Elle explique en grande partie pourquoi l'organisation d'une élection libre et honnête reste encore inconcevable dans les pays africains. L'alternance au pouvoir y est encore utopique, les dirigeants n'hésitant pas à recourir aux fraudes électorales, non seulement pour consolider leurs pouvoirs, mais aussi pour s'y maintenir.

Cette conviction des dirigeants africains à s'opposer contre toute alternance au pouvoir constitue le point de départ des malaises sociaux conduisant à arranger par la violence les contentieux électoraux qui devaient être réglés par la justice électorale. « *L'existence du contentieux et sa fiabilité sont un signe de la légitimité des procédures de désignation des gouvernants. En d'autres termes, l'utilisation du contentieux électoral par les acteurs politiques et l'adhésion de ceux-ci à l'idée même de ce mécanisme démontrent leur maturité ainsi que celle de la population en général, et révèlent le niveau de développement politique de la société. Il vaut mieux organiser le contentieux que d'avoir recours aux violences postélectorales ; de plus, il y a lieu de s'inquiéter lorsqu'il n'y a pas de contentieux réglé selon les voies du droit* » pouvait-on lire dans les lignes de l'article *Le contentieux électoral en Afrique*²⁴⁶ de Djedjro Francisco MELEDJE²⁴⁷.

²⁴³ Article 1^{er} de la Constitution de la Quatrième République : « La démocratie et le principe de l'Etat de droit constituent le fondement de la République ».

²⁴⁴ Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, *Le mimétisme postcolonial et après?*, Revue Pouvoirs, n°129, 2009, pp 45-56.

²⁴⁵ Homme politique congolais, il a été premier-ministre du Congo de 1963 à 1966 puis élu président de la République du Congo en août 1992. Défait par son adversaire après l'entrée des forces angolaises dans le conflit congolais à la suite de la guerre civile, il quitte le pouvoir le 15 octobre 1997, et vit en exil à Paris depuis 2004.

²⁴⁶ Djedjro Francisco MELEDJE, *Le contentieux électoral en Afrique*, Revue Pouvoirs, n°129, 2009, p. 139-155.

²⁴⁷ Agrégé des Facultés de Droit du Conseil Africain et Malgache pour l'Enseignement Supérieur, il est Professeur titulaire de Droit public et de Science politique et est, sur le plan académique, en poste à l'Université de Cocody à Abidjan.

C'est dans ce contexte africain, bien que le pays n'ait pas encore connu de crises post — électorales majeures, que le juge administratif malgache s'est vu confié le rôle de juge électoral (A). Celui-ci a la lourde tâche d'accompagner Madagascar vers la sortie de crise, à travers les élections communales de 2015, premiers scrutins territoriaux de la Quatrième République. Il lui incombait aussi d'asseoir la stabilité et la paix sociales, mettant de l'avant son impartialité (B).

A- Le juge administratif, en tant que juge électoral

Le Législateur malgache a réparti la compétence des juridictions électorales entre la Haute Cour Constitutionnelle et la Juridiction Administrative. Celle-ci se voit confier le règlement des contentieux électoraux territoriaux (1). Mais pour autant, il dispose, tout comme la Haute Cour Constitutionnelle statuant en tant que juge électoral national, de pouvoirs redoutables (2) reconnus par la Loi.

1) Une compétence limitée aux élections locales

Les dispositions²⁴⁸ de la Constitution de la Quatrième République confient le règlement des contentieux électoraux nationaux à la Haute Cour Constitutionnelle²⁴⁹. Ces élections nationales portent sur l'élection du Président de la République, ainsi que celle des députés et sénateurs. Les opérations relatives aux référendums relèvent aussi de la Cour

²⁴⁸ Aux termes de l'article 116-4° et 5° de la Constitution « *Outre les questions qui lui sont renvoyées par d'autres articles de la Constitution, la Haute Cour Constitutionnelle, dans les conditions fixées par une Loi organique, (...) statue sur le contentieux des opérations de référendum, de l'élection du Président de la République et des élections des députés et sénateurs ; proclame le résultat officiel des élections présidentielles, législatives et des consultations par Référendum* ».

²⁴⁹ Institution de l'Etat selon les dispositions de l'article 40 de la Constitution de l'Etat, la Haute Cour Constitutionnelle, juge constitutionnel à Madagascar, a pour mission principale le contrôle de la conformité de l'ensemble des actes juridiques internes à la Constitution. Sont soumis à ce contrôle les traités, les lois, les ordonnances, les conventions internationales, les règlements autonomes édictés par le pouvoir central ainsi que les délibérations et les actes réglementaires adoptés par les Collectivités Territoriales Décentralisées. Relève aussi de sa compétence le règlement des conflits éventuels entre deux ou plusieurs Institutions de l'Etat ou entre l'Etat et une ou plusieurs Collectivités Territoriales Décentralisées ou entre deux ou plusieurs Collectivités Territoriales Décentralisées, tout comme la constatation de la vacance de la Présidence de la République en cas de déchéance prononcée par elle. Pouvant être consultée par tout chef d'Institution et tout organe des provinces autonomes pour donner son avis sur la constitutionnalité de tout projet d'acte ou sur l'interprétation d'une disposition de la Constitution, La Haute Cour Constitutionnelle est le juge des élections nationales et référendaires.

Constitutionnelle. Pour les autres élections, c'est-à-dire les élections locales, notamment les scrutins communaux, régionaux et provinciaux, c'est la Juridiction Administrative qui est compétente.

Cette compétence de la Juridiction Administrative en matière électorale, elle la tient de la Loi organique n° 2012-005 portant Code électoral du 22 mars 2012²⁵⁰, de l'article 9 de la Loi n° 2001-025 du 9 avril 2003²⁵¹ relative aux tribunaux administratifs et financiers et enfin de l'article 129 alinéa 3 de la Loi organique n° 2004-036 du 1^{er} octobre 2004 relative à la Cour Suprême²⁵². Les Tribunaux Administratifs statuant en premier et dernier ressort, le Conseil d'État si un pourvoi est formé, statue en cassation des jugements contestés.

2) Les pouvoirs redoutables détenus par le juge électoral

Bien plus qu'un simple gardien des formalités, le juge électoral est le garant de la sincérité du vote²⁵³. Cœur du droit électoral, cette sincérité est une notion sacro-sainte pour le juge. Elle regroupe plusieurs principes fondamentaux régissant le droit électoral. « Patrimoine électoral européen »²⁵⁴, ces principes sont au nombre de trois (3) à savoir l'égalité, la liberté et le caractère secret du vote. La violation de la règle de la sincérité aura une influence déterminante²⁵⁵ sur la solution que va prendre le juge électoral.

²⁵⁰ Article 131 : « La Haute Cour Constitutionnelle statue sur toute requête contentieuse relative à un référendum, à l'élection du Président de la République, aux élections législatives et sénatoriales. Les Tribunaux administratifs sont juges en premier et dernier ressort de toutes requêtes contentieuses relatives aux élections territoriales. Le Conseil d'Etat statue en cassation, sur tout pourvoi formé pour violation de la loi contre les jugements rendus par les Tribunaux Administratifs ».

²⁵¹ Article 9 : « Le Tribunal Administratif connaît en premier et dernier ressort de toutes requêtes contentieuses afférentes aux élections provinciales, régionales et communales ».

²⁵² Article 129 alinéa 3 : « Il est juge des contentieux électoraux déterminés par la loi ».

²⁵³ *Le juge administratif et le droit électoral* (en ligne), Conseil d'Etat, dossier thématique, mars 2014, consulté le 14 avril 2016 <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/Le-juge-administratif-et-le-droit-electoral>,.

²⁵⁴ P. GARRONE, *Le patrimoine électoral européen. Une décennie d'expérience de la Commission de Venise dans le domaine électoral*, RD publ., n° 5, 2001, p. 1417.

²⁵⁵ Louis FAVOREUX, Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 8^e éd., 1995, Paris, p.27 : « la jurisprudence en matière de contentieux électoral a toujours été dominé par le principe de l'influence déterminante : le juge ne prononce l'annulation d'une élection que si les faits invoqués par le requérant ont eu une influence suffisante pour fausser le résultat du scrutin ».

Selon le cas qui lui sera présenté, le juge électoral pourra opérer une rectification des résultats (a) ou une annulation des voix, voire même de la procédure tout entière (b). Il dispose aussi d'un pouvoir de disqualification dans les conditions prévues par le Code électoral.

a) La rectification des résultats

La rectification des résultats d'une élection peut être décidée par le juge électoral lorsqu'il est certain qu'il y a eu des suffrages écartés à tort ou s'il y a eu des erreurs dans le décomptage des voix obtenues²⁵⁶. La jurisprudence électorale démontre aussi que le juge, dans certains cas, annule les voix validées à tort par le bureau de vote. Cela aura alors pour conséquence, soit une confirmation des résultats, si le candidat proclamé élu conserve son avance sur ses adversaires²⁵⁷, soit une annulation des voix précitées. Dans cette seconde situation, un recomptage des suffrages est nécessaire, il sera ensuite suivi de la proclamation de l'élection de celui qui aura la majorité après le nouveau calcul.

Le calcul hypothétique²⁵⁸ peut aussi être décidé par le juge lorsqu'il est certain du nombre exact des suffrages affectés par une irrégularité, mais que, par contre, il ne peut pas dire qui parmi les candidats en sont les bénéficiaires.

b) L'annulation découlant des manœuvres altérant la sincérité du vote

L'annulation des élections n'est pas systématique. Dans le souci de respecter des suffrages exprimés, le juge électoral ne prononce l'annulation que quand il y a eu atteinte à la sincérité. C'est pour cette raison que les juridictions électorales, qu'elles soient nationales ou territoriales, ne se hâtent pas de décider le renouvellement des élections ou l'annulation de ces dernières même s'il constate qu'il y a eu une ou plusieurs manœuvres irrégulières. Chaque cas est traité différemment et seuls l'étendue et les effets directs potentiels des manœuvres sur

²⁵⁶ Tribunal Administratif de Toamasina, 18 septembre 2015, *Jugement n° 12/CTX/EL*

²⁵⁷ Tribunal Administratif d'Antananarivo, 18 septembre 2015, *Jugement n°126/CTX/EL*

²⁵⁸ CE, 23 févr. 1990, *Elections municipales de Bastia* : le calcul hypothétique se traduit par le remplacement du/des les candidats élus dans la situation la plus défavorable susceptible de résulter de la prise en compte ou de l'élimination de ces voix afin de vérifier si ces candidats auraient bien été élus en l'absence de ces irrégularités. Si tel n'est pas le cas, il annule l'élection.

l'écart des voix vont peser dans son raisonnement²⁵⁹. L'annulation prononcée par le juge électoral peut être totale²⁶⁰ tout comme elle peut être partielle²⁶¹.

Dans la jurisprudence française, comme le précise le dossier thématique n° 04 du Conseil d'État, le juge annule en principe l'élection lorsque, compte tenu du faible écart des voix ainsi que de la nature et de l'ampleur de la manœuvre, de l'irrégularité ou de l'abus de propagande en cause, il estime que la sincérité du scrutin a été viciée, il annule en principe l'élection. Ont ainsi conduit le juge à prononcer l'annulation de l'élection, du fait de l'écart des voix, la diffusion d'un tract mensonger, diffamatoire ou injurieux, excédant les limites de ce qui est admissible dans le cadre de la polémique électorale et auquel il n'a pu être utilement répondu²⁶², la violence et les troubles lors des opérations électorales mettant les électeurs sous pression²⁶³, l'établissement de la preuve qu'un fonctionnaire intervient pour favoriser un candidat pendant les élections cantonales²⁶⁴.

c) La disqualification

Les articles 5²⁶⁵, 6²⁶⁶ et 7²⁶⁷ de la Loi organique portant Code électoral régissent les questions relatives à l'éligibilité²⁶⁸ et à l'incompatibilité²⁶⁹. La méconnaissance des règles

²⁵⁹ V. notamment l'Arrêt n°10-CES/AR du 17 janvier 2014 de la Cour Electorale Spéciale de Madagascar portant proclamation des résultats définitifs du second tour de l'élection présidentielle du 20 décembre 2013.

²⁶⁰ Arrêt n°02-HCC/AR du 22 janvier 2016 de la Haute Cour Constitutionnelle de Madagascar portant proclamation des résultats officiels de l'élection des membres du Sénat du 29 décembre 2015.

²⁶¹ Tribunal Administratif de Majunga, 18 septembre 2018, *Jugement n°001-15/TA/MA/ELEC*

²⁶² CE 13 décembre 1989, *Elections municipales d'Aulnat*

²⁶³ CE 22 février 2002, *Elections municipales de Sainte-Anne*

²⁶⁴ CE, 6 mai 1983, R.

²⁶⁵ Article 5 : « Sont éligibles, sans distinction de sexe, tous les citoyens malagasy remplissant les conditions pour être électeur ainsi que celles requises par les textes particuliers à chaque catégorie d'élection, notamment :
1. l'inscription sur la liste électorale ;

2. l'âge requis par la loi pour chaque fonction élective ».

²⁶⁶ Article 6 : « Les conditions d'éligibilité et les régimes d'inéligibilité et des incompatibilités pour l'exercice des fonctions publiques électives sont fixés par les lois spécifiques à chaque catégorie d'élections ».

²⁶⁷ Article 7 : « Tout fonctionnaire d'autorité, civile ou militaire, candidat à des élections, est relevé de ses fonctions à compter de la date de publication de la liste officielle des candidats. S'il est élu, il est placé de plein droit en position de détachement trente jours au plus tard après la proclamation officielle des résultats. En cas de non-élection ou au terme de son mandat, il est réintégré d'office dans son département d'origine.

liées à l'éligibilité et à l'incompatibilité est sanctionnée par le juge électoral conformément à l'article 134 dudit Code²⁷⁰. Le déclenchement de la procédure de disqualification, du fait de sa gravité, peut être effectué par tout intéressé ou sur constatation de la Commission Electorale Nationale Indépendante ou ses démembrements au niveau territorial. Le Tribunal Administratif dispose d'un délai assez court pour statuer sur la demande tendant à la disqualification d'un candidat.

Si la demande de disqualification intervient après l'établissement de la liste des candidats autorisés à faire campagne et qu'elle aboutit, elle entraîne nécessairement une annulation. Les illustrations jurisprudentielles dans ce sens ne manquent pas. Il en est décidé

Toute autorité politique doit démissionner de ses fonctions à compter de la date de publication de la liste officielle des candidats. Un décret pris en Conseil de Gouvernement établit la liste des fonctionnaires d'autorité et des autorités politiques au sens du présent Code ».

²⁶⁸ Michel DE VILLIERS, Armel LE DIVELLE, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, 7^{ème} éd, 2009, Paris, p.143 « *Aptitude à se présenter à une élection. L'éligibilité est une conséquence de l'électorat et est subordonnée à la possession de la nationalité (...). L'éligibilité connaît des exceptions qui sont propres à chaque élection. Ces exceptions, dites inéligibilités, sont, soit absolues (...), soit relatives (...)* ».

²⁶⁹ Michel DE VILLIERS, Armel LE DIVELLE, *ibid.* p.178: « *Interdiction de cumul se traduisant par l'obligation de choisir entre les mandats, fonctions ou activités déclarés incompatibles. De ce fait, parce qu'elle limite la liberté, une incompatibilité ne se présume pas : elle doit toujours résulter d'un texte qui, en cas de contestation, devra être interprété strictement. Elle suppose une élection (ou nomination) préalable, et elle s'oppose ainsi à l'inéligibilité qui, étant un obstacle à la candidature, doit être constatée avant l'élection. En ce qui concerne les parlementaires, un manquement aux dispositions établissant des incompatibilités se traduit, après appréciation par le bureau de l'assemblée concernée, par une démission d'office prononcée par le Conseil constitutionnel* ».

²⁷⁰ Article 134 : « *Sur demande de tout intéressé ou sur constatation de la Commission Electorale Nationale Indépendante ou de ses démembrements au niveau territorial, toute autorité politique, tout fonctionnaire d'autorité, civile ou militaire, candidats à une élection, ayant usé des prérogatives de puissance publique dont ils disposent pour influencer le choix des électeurs peuvent être disqualifiés.*

La disqualification du candidat incriminé ou de la liste de candidats à laquelle il appartient, suivant les modalités de scrutin de la catégorie d'élections concernées, peuvent être prononcée par la juridiction compétente dans un délai de quinze jours après le jour du scrutin si elle estime que les charges contre le candidat incriminé sont avérées fondées. Le jugement du Tribunal Administratif rendu en matière de disqualification est susceptible de pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat dans un délai de trois jours à compter de la notification. La Cour statue dans un délai maximum de sept jours à compter de la saisine.

Tout candidat ou liste de candidats qui tombe sous le coup de l'article 157 ci-dessous, encourt en outre la disqualification ».

par exemple, lorsqu'une liquidation judiciaire à titre personnel est déjà prononcée à l'encontre du candidat. L'annulation peut aussi intervenir dans le cas où le candidat, qualifié d'autorité publique par le décret pris en Conseil de Gouvernement établissant la liste des fonctionnaires d'autorité et des autorités politiques, n'aurait pas démissionné avant le dépôt de sa candidature²⁷¹.

B- Le juge administratif et les élections de sortie de crise en 2015

Les enjeux des élections communales de 2015 pour la nation malgache étaient énormes. C'étaient, non seulement les premières élections territoriales organisées depuis le 12 décembre 2007, mais aussi les premières élections de proximité depuis la crise qui avait commencé en 2009 (1). Dans le cadre de ces scrutins, l'État devait non seulement assurer des élections libres et transparentes, mais aussi garantir une stabilité sociale postélectorale et relancer l'économie de Madagascar.

Pour la Juridiction Administrative statuant en tant que juge électoral, le premier enjeu est la recherche de l'adhésion du peuple à régler par les voies de droit les contestations liées aux irrégularités des scrutins. Cette adhésion permettrait d'éviter principalement le glissement vers la violence. En même temps, les contentieux électoraux sont une aubaine pour une Justice administrative qui doit encore prouver son impartialité et qui est encore à la recherche d'une légitimité.

Au lendemain des élections de 2015, le constat est double. La ruée inédite vers les Tribunaux Administratifs est porteuse d'espoir (1), mais, derrière elle, laisse un goût d'inachevé lié à la timidité du juge électoral (2).

²⁷¹ Tribunal Administratif d'Antananarivo, 17 septembre 2018, *Jugement n°53/CTX/EL (a contrario)*

1) La ruée vers les tribunaux administratifs et la victoire du contentieux électoral

Au moment du processus électoral en 2015, Madagascar était encore perçue comme faisant partie des sociétés fragiles²⁷², une société nouvellement sortie d'une crise profonde. Pour le pays, à cette époque, le passage aux urnes constituait un enjeu réel en ce sens que, soit les élections mettraient un terme aux instabilités politiques et sociales, soit, au contraire, il relancerait la crise et le ferait replonger dans le chaos et l'anarchie des violences électorales. Organiser des élections dans un environnement politique instable est très dangereux. Les risques d'une explosion des tensions sociales et d'une escalade de violence sont réels et ne peuvent être écartés. La délicatesse de cette étape de sortie de crise nécessite dès lors une démarche démocratique pertinente. En même temps, l'opinion publique s'attendait à ce que le contentieux électoral se retrouve au premier plan de l'actualité nationale.

Les statistiques et les données fournies par la Juridiction Administrative ont témoigné une large importance du contentieux électoral. Malgré un triste record d'abstention de vote, seulement 30 % de participation dans les communes urbaines contre 60 à 80 % dans les communes rurales²⁷³, la Juridiction Administrative a enregistré 1797 requêtes dans tout Madagascar²⁷⁴, ces chiffres dépassant le nombre total des Communes à Madagascar²⁷⁵. À cela s'ajoutait l'absence de troubles majeures avant, pendant et après les élections communales qui

²⁷² Jean-Marc CHATAIGNER, Hervé MAGRO, *Etats et sociétés fragiles: entre conflits, reconstitution et développement*, Ed. Karthala, 2007, Paris, p.482 : « Un Etat est qualifié de « fragile » en confrontant les prestations fondamentales attendues théoriquement d'un Etat et les missions et produits effectivement proposés par celui-ci. (...) Sera un Etat fragile tout appareil de domination qui n'a pas les moyens humains et financiers de fonctionner, c'est-à-dire de remplir ses missions fondamentales et imposer ses normes de gestion. Cela conduirait à consacrer une catégorie d'Etat-fantômes ».

²⁷³ *Participation aux communales : dissimilitude sur le taux d'abstention*, in Les Nouvelles du 13 août 2015, consulté le 16 avril 2016, <http://www.newsmada.com/2015/08/13/participation-aux-communales-dissimilitude-sur-le-taux-dabstention/>.

²⁷⁴ *Elections communales : 1797 requêtes dans tout Madagascar*, in Midi Madagasikara, 13 août 2015, consulté le 16 avril 2016, <http://www.midi-madagasikara.mg/politique/2015/08/13/elections-communales-1797-requetes-dans-tout-madagascar/>.

²⁷⁵ Cf. Décret n°2015-592 du 1^{er} avril 2015 portant classement des Communes en Communes urbaines ou en Communes rurales. Lors du dernier établissement de la liste des Communes par le Ministère l'Intérieur et de la Décentralisation, Madagascar compte 1693 Communes.

se sont déroulées en 2015. Comment alors pouvons-nous analyser cette affluence vers les Tribunaux Administratifs ?

Si les élections territoriales et les contentieux qui en découlent restent une opportunité pour les partis politiques, opposants et partisans du pouvoir en place, de transférer les enjeux nationaux sur le plan local, les interprétations de cette confiance donnée au juge électoral sont nombreuses. Elle pourrait refléter le début de la maturité des politiciens malgaches en acceptant que les contestations électorales soient réglées devant le juge. « *Peut-on interpréter cela comme une adhésion des acteurs politiques au phénomène de judiciarisation de la vie politique ?* » se demandait Djedjro Francisco MELEDJE²⁷⁶. À cette question nous pouvons répondre que ces derniers commencent à accepter le risque d'être contrariés par le juge qui pourrait bouleverser ce qu'ils entendent comme « acquis ».

2) Nous pouvons aussi concevoir cette ruée comme un enracinement progressif du Juge administratif dans la Société malgache. Sans pour autant affirmer que la légitimation²⁷⁷ de la Juridiction Administrative est désormais acquise, que la majorité est aujourd'hui au courant de son existence, nous pouvons par contre soutenir qu'une lueur d'impartialité lui est accordée par les justiciables.

3) La timidité, le talon d'Achille du juge électoral

À travers la disparité des positions prises par les Tribunaux Administratifs, le juge électoral s'est distingué par ses balbutiements et ses tâtonnements (a). Ces maladresses se sont ensuite aggravées par le silence gardé par le Conseil d'État qui avait pourtant pour rôle d'unifier et de réguler la jurisprudence. Ce silence éloquent s'est traduit par la faiblesse des décisions de cassation prononcées par la Juridiction Administrative suprême (b).

a) Le juge électoral a manqué son rendez-vous à cause de ses balbutiements

Les juges électoraux malgaches étaient amenés à se prononcer sur divers points juridiques tout au long des contentieux électoraux de 2015. La proclamation officielle des résultats mise à part, les juges étaient sollicités pour trancher sur les questions de compétence, et de recevabilité ainsi que sur les questions relatives à la disqualification d'un candidat. À travers ses décisions, il se devait d'éclairer la conscience collective sur des points spécifiques.

²⁷⁶ Djedjro Francisco MELEDJE, *op.cit.*

²⁷⁷ V. sur ce point Tsanta RANDRIANARIMANANA, *Le juge administratif malgache : entre redevabilité et recherche de légitimité*, Annales Droit-nouvelle série, n°3, Jurid'ika, 2014, pp.37-43.

La détermination de la compétence du juge électoral pour statuer sur l'annulation du Décret n° 2015-142 du 17 février 2015 la liste des autorités politiques et des fonctionnaires d'autorité civile ou militaire par les Tribunaux administratifs illustre parfaitement le balbutiement encore palpable.

Pour le Tribunal Administratif d'Antananarivo et celui de Fianarantsoa²⁷⁸, leurs décisions sont tranchées : les juridictions se déclarent incompétentes au profit du Conseil d'État de la Cour Suprême. La lecture simultanée des articles 9 de la loi n° 2001-025 du 9 avril 2003 relative au Tribunal Administratif et financier et de l'article 129 de la Loi organique 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 constitue la base de son raisonnement : le contrôle des actes pris par l'autorité centrale, dont fait partie le Décret n° 2015-142 du 17 février 2015, revient au Conseil d'État et non au Tribunal Administratif dont les compétences sont limitées par le Législateur aux seuls actes des autorités provinciales et des Collectivités Territoriales Décentralisées.

Sur la même question, la position du juge électoral de Majunga en est tout autre. Il a sa compétence pour statuer sur la légalité de l'acte attaqué. La juridiction s'est déclarée compétente en se référant à l'article 300 alinéa 1^{er} de la Loi n° 2014-020 du 27 septembre 2014 relative aux ressources des Collectivités territoriales décentralisées, aux modalités d'élections, ainsi qu'à l'organisation, au fonctionnement et aux attributions de leurs organes²⁷⁹. Pour les juges de cette juridiction, le Décret précité figure parmi les actes qui constituent les préliminaires des opérations électorales et au déroulement du scrutin. Par conséquent, c'est la Loi n° 2014-020 du 27 septembre 2014, loi spécifique, qui s'applique et non le texte de droit commun.

Si le règlement définitif de la question attendait le Conseil d'État statuant en tant que juge de cassation, la position finale de cette dernière reste encore floue puisque les arrêts y afférant ne sont pas, à ce jour, disponibles. Toutefois, il importe de préciser que la Haute Juridiction, lors des élections présidentielles en 2013, était saisie de deux requêtes en sursis à

²⁷⁸ Tribunal Administratif de Fianarantsoa, 18 septembre 2015, *Jugement n°006/TA/FI/EL/COM*.

²⁷⁹ Article 300 alinéa 1^{er} : « *Le Tribunal Administratif est compétent pour connaître de toute requête ou contestation qui pourrait s'élever au sujet tant des actes qui constituent les préliminaires des opérations électorales que de tous ceux qui ont trait au déroulement du scrutin* ».

exécution du Décret modifiant certaines dispositions du Décret n° 2013-270 du 16 avril 2013 fixant les conditions d'application de la Loi organique n° 2012-005 du 22 mars 2012 portant Code électoral durant les campagnes électorales. Dans ces deux arrêts²⁸⁰, le Conseil d'État s'est déclaré incompétent. Cette incompétence fut ensuite confirmée par la Cour Electorale Spéciale qui a retenu la sienne sur la base, d'une part, d'une plénitude de compétence prévue par l'article 1^{er} alinéa 2 de la Loi n° 2012-014 du 26 juillet 2012 portant création d'une chambre spéciale dénommée « Cour Electorale Spéciale » au sein de la Haute Cour Constitutionnelle²⁸¹, et d'autre part, de l'article 32 de la Loi n° 2012-015 du 1^{er} août 2012 relative à l'élection du premier Président de la Quatrième République repris par l'article 56 de la Loi 2012-016 du 1^{er} août 2012 relative aux premières élections législatives de la Quatrième République. Selon les termes de l'arrêt²⁸², la plénitude de compétence s'étend au contrôle de validité et de régularité qu'elle exerce et aux actes administratifs non détachables à l'élection.

La notion de « plénitude des compétences » des Tribunaux Administratifs ne fait pas de doute, à la lumière de l'article 300 de la loi n° 2014-020 du 27 septembre 2014 citée plus haut. La compétence du Conseil d'État n'est concevable que dans le cadre des actes détachables. Seulement, la Juridiction Administrative malgache a, depuis quelques années maintenant, abandonné cette théorie.

b) La faiblesse du nombre de cassations prononcées par le Conseil d'État malgache

Les arrêts de cassation prononcés lors du dernier contentieux électoral en 2015 n'étant pas encore publiés, nous ne pouvons pas analyser leurs contenus. Toutefois, les chiffres en

²⁸⁰ CE 4 décembre 2013, *KMF-CNOE* et CE 6 décembre 2013, *mouvance RAVALOMANANA*

²⁸¹ Article 1^{er} alinéa 2 : « *La Cour Electorale Spéciale exerce la plénitude des compétences attribuées à la Haute Cour Constitutionnelle en matière électorale dans le cadre des premières élections du premier Président de la Quatrième République et des députés de l'Assemblée Nationale de la Quatrième République. Elle statue sur la validité de l'élection du premier Président de la quatrième République, ainsi que sur la régularité des premières élections des députés de l'Assemblée Nationale de la Quatrième République et examine les réclamations et contentieux relatifs aux opérations électorales s'y rapportant* ».

²⁸² Décision n°23-CES/D du 18 décembre 2013 relative à un recours contre un acte réglementaire.

disent long : il a eu quatorze (14) décisions de cassation sur les quatre cent soixante-quinze (475) dossiers que le Conseil d'État avait à traiter selon les propos du Commissaire Général de la Loi près le Conseil d'État de la Cour Suprême²⁸³. Toujours selon ce dernier, « *Le nombre trop élevé des dossiers traités par le Tribunal Administratif durant une période limitée a sans doute causé des erreurs involontaires de la part des juges. Ce sont ces erreurs que le Conseil d'État a pu rattraper en décidant de casser ces jugements* ».

Les contentieux électoraux de 2015 étaient une occasion en or pour faire évoluer la jurisprudence électorale malgache. Avec les quelque 1797 requêtes enregistrées dans tout Madagascar, le juge électoral disposait d'une opportunité pour asseoir, à travers ses décisions, les principes cardinaux qui serviront de référence pour les élections futures, notamment les élections régionales et provinciales. La situation est toutefois très différente de ce que nous avons attendu.

²⁸³ *Décision du Conseil d'Etat : Quatorze maires destitués*, in Les Nouvelles, n°6307, 15 décembre 2015.

CHAPITRE II

L'EXIGENCE DE LA PROTECTION DE L'IMPARTIALITÉ DU JUGE ADMINISTRATIF MALGACHE

La justice désigne avant tout une valeur, un idéal moral, un concept philosophique dont la spécification paraît à la fois irréfléchie — le sentiment d'injustice ou de justice s'impose à nous — et difficile à appréhender. Il est impossible de définir abstraitement les critères du juste. L'idée de justice fait référence sinon à l'égalité, du moins à l'équilibre dans les relations entre les hommes : la justice implique la proportion et la stabilité. Cette égalité se traduit par l'exigence de l'impartialité dans l'activité de juger. Bien plus qu'une simple règle de procédure régissant le contentieux administratif, l'impartialité du juge est le cœur même de la notion de justice (I). Il faut toutefois rappeler que l'impartialité n'est pas statique. Sa conception évolue dans le temps et dans l'espace. C'est la raison pour laquelle aujourd'hui, nous pensons qu'il est nécessaire de réformer la justice administrative. Cette réforme ne sera que bénéfique pour elle, car renforce l'impartialité (II).

I- L'impartialité, une règle déjà assise dans le contentieux administratif

L'impartialité seule permet de garantir aux parties à l'instance que celui qui tranchera sur leur cas établira une véritable justice (A). La protection de l'impartialité du juge administratif est assurée par diverses techniques afin d'éviter de recourir aux sanctions (B).

A- L'impartialité, une garantie des parties à l'instance

L'impartialité de la juridiction se mesure par sa volonté de n'asseoir sa décision que sur la pertinence des faits et des arguments (1) ainsi que sa détermination à rendre une justice visible, ostensible (2).

1) Le juge impartial et les arguments probatoires

Les précédentes parties de notre développement ont mis en exergue l'idée que l'impartialité subjective interdit au juge administratif d'avoir des préjugés à l'égard des justiciables. L'arrivée d'un requérant au tribunal ne peut et ne doit conduire le « diseur de droit » à avoir une idée préfixée que ce soit politique, religieuse ou autre sur lui. Le juge a l'obligation de garder toute sa neutralité, la neutralité ayant pour corollaire, rappelons-le, l'impartialité. Le terme « neutre » n'est pourtant pas ici compris comme étant indifférent, c'est-à-dire agissant comme n'ayant aucun intérêt à prêter attention aux causes des parties, mais autrement.

La neutralité traitée dans ces lignes résulte de deux (2) attitudes que le juge administratif doit prendre. Tout d'abord, elle découle du fait que le juge fera appel à sa conscience quand les parties présenteront leurs arguments respectifs. Tout au long du procès, il n'y aura que les arguments qui seront pris en compte. Seules les preuves apportées constitueront le cadre défini pour résoudre le litige. À quoi servirait, en effet, la saisine du tribunal si la cause était déjà entendue ? Le fait d'être neutre n'exige pas non plus du juge à ce qu'il cesse d'avoir des opinions personnelles. La neutralité émane, ensuite, de l'aptitude, mais surtout de la volonté du juge à être convaincu par un fait, une argumentation ou une interprétation juridique apportée par une partie. C'est pour cette seconde raison que le contentieux administratif consacre le débat.

Le débat est primordial : un tribunal se réclamant impartial, mais qui siège pourtant sans discussion, ne peut être un véritable refuge pour le faible, puisqu'il ne l'écoute même pas. En son absence, les arguments perdent tout leur poids. Dans le cadre du contentieux administratif, parler de débat fait tout de suite penser au caractère contradictoire de la procédure devant le juge. Le principe du contradictoire ou principe de la contradiction est « une garantie de participer pleinement au débat »²⁸⁴. C'est ainsi que l'impartialité, dans le débat, se concrétise par l'attention scrupuleuse à respecter et à faire respecter le principe de

²⁸⁴ Bernard PACTEAU, *Contentieux administratif*, PUF, Collection « Droit fondamental », 7e édition, 2005, Paris, p 253.

contradiction en veillant à ce que chacune des parties jouisse des mêmes chances de faire valoir ses prétentions en tenant entre elles la balance égale à la recherche des preuves. Conscient du lien qui existe entre les deux (2) principes, le Conseil d'État a décidé que seules des dispositions légales explicites peuvent dispenser une juridiction d'appliquer la règle de la contradiction²⁸⁵. Il lui a même donné la valeur de principe général applicable à toutes les juridictions administratives²⁸⁶ avant d'évoquer que le principe du contradictoire «tend à assurer l'égalité des parties devant le juge »²⁸⁷. L'impartialité devient alors une véritable règle de preuve.

La partialité sévit lorsque, quels que soient les faits et les arguments avancés, le juge ne change pas d'avis. L'impartialité est écartée quand il ne se laisse pas convaincre parce qu'il possède déjà une vision sur l'affaire, une vision déjà ancrée en lui dès le début. Une telle situation serait préjudiciable tant pour la juridiction que pour la société tout entière.

1) L'impartialité qui se donne à voir

L'impartialité ne doit pas être factice. Elle ne consiste pas à induire en erreur le justiciable en lui présentant une illusion d'impartialité. Cette impartialité doit être substantielle et palpable. C'est la « théorie de l'apparence ». Elle prend sa source dans le droit anglais lorsque le Lord Chief Justice Hewart, dans un arrêt de la Chambre des Lords de 1924, prononce la phrase suivante : « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* »²⁸⁸. Le juge a l'obligation de montrer qu'effectivement, dans son travail, lorsqu'il dit le droit, il n'est pas emprisonné par ses préjugés. Une telle affirmation ne doit pas rester dans la littérature, elle exige une application effective. C'est dans cette optique que la Juridiction Administrative est tenue de motiver ses décisions.

Troisième élément du jugement, après les visas et les mentions de régularité procédurale, les motivations sont rédigées sous forme de « considérants » de la solution qu'il consacre. La motivation est une exigence instituée à la charge de la juridiction en vue de garantir les droits des intéressés, de les informer des motifs de droit et de fait ayant fondé la décision de justice. La jurisprudence administrative est même allée plus loin : tout en

²⁸⁵ CE 10 août 1918, *Villes*.

²⁸⁶ CE 13 déc. 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne*.

²⁸⁷ CE 29 juil. 1998, *Mme Esclatine*.

²⁸⁸ « La justice ne doit pas seulement être rendue, il doit être vu qu'elle a été rendue ».

confirmant l'obligation de motiver les décisions juridictionnelles, elle a formulé expressément que la motivation s'impose même sans texte²⁸⁹.

Tout d'abord, la motivation contraint le juge administratif à la rigueur et au scrupule, mais surtout, elle met au-devant son impartialité. Les motifs l'obligent à se justifier et l'empêchent de sombrer dans ses préjugés : la décision n'étant pas prise dans l'arbitraire, mais suivant les règles de droit. Sans la motivation, le juge peut organiser un simulacre de débat, pire encore, il feint de prendre en considération toutes les argumentations d'une partie à l'instance, pourtant, et c'est ce qui est pernicieux, sa conscience refuse tout changement d'avis, toute modification de position. Pour le Professeur Marie Anne FRISON-ROCHE, l'obligation de motivation ne contraint pas le juge administratif à une unique et précise solution, mais elle restreint la possibilité pour celui-ci de sortir du champ des justifications admissibles. Cela constitue par conséquent une barrière contre la partialité. En d'autres termes, la règle de la motivation des décisions de justice protège le juge contre lui-même.

Mais à travers cette motivation, c'est aussi la Juridiction Administrative tout entière qui montre son impartialité et sa transparence en permettant au juge supérieur d'exercer un contrôle sur les raisons de fait ou de droit qui ont conduit les premiers juges à se prononcer. Il est de la nature même du procès que seule l'une des parties soit satisfaite. C'est l'une des raisons pour laquelle le principe du double degré de juridiction a été consacré. Contester une décision de justice devant une nouvelle juridiction est un droit. Ainsi, toute personne dont l'affaire a déjà été jugée en premier ressort peut demander, si elle n'est pas d'accord avec la décision rendue, que son affaire soit réexaminée devant la Cour d'appel. Elle peut même former un pourvoi en cassation si elle estime que l'arrêt de la Cour d'Appel manque de base légale, n'observe pas les formes substantielles, constitue un excès de pouvoir, ou viole la loi. Quel est alors le lien entre l'impartialité et la motivation des décisions ? « *la motivation des jugements (...) donnent (...) une précision sur le contenu (...) et permet d'appréhender leur sens et portée* »²⁹⁰. À défaut de réponse aux conclusions, il est impossible pour le Conseil d'État, statuant en cassation, de contrôler les activités des Tribunaux Administratifs.

²⁸⁹ CE 1^{er} mars 1935 *Platon*

²⁹⁰ *Faratiana ESOAVELOMANDROSO*, Libres propos sur l'obligation de motiver les décisions de justice, *Annales Droit-nouvelle série*, n°3, Jurid'ika, 2013, pp.129.

Enfin et non le moindre, un jugement motivé est « censé » faciliter la compréhension du justiciable du rejet ou de l'accueil de sa demande, une exigence qui se heurte au problème traditionnel posé par la règle de l'« *imperatoria brevitatis* »²⁹¹. Et comme cette brièveté de la motivation ne suffit pas, le juge utilise des « locutions stéréotypées », comme l'affirmait M.-C. Ponthoreau²⁹² telle que la référence aux « circonstances de l'espèce », aux « pièces du dossier », etc. qui rendent difficile la compréhension de la décision, occultant la transparence du magistrat lui-même.

B- La prévention et les sanctions de la partialité du juge administratif

La mise en œuvre du droit à une Juridiction Administrative impartiale passe obligatoirement par la mise en place d'un large éventail de procédés efficaces pour garantir l'impartialité. Ces procédés peuvent être actionnés antérieurement (1) ou postérieurement (2) à la violation du principe.

1) Les différents moyens pour prévenir la partialité

Pour que le juge ne soit pas taxé de partialité, diverses techniques ont été mises en place. Certaines découlent de la loi, d'autres sont des règles générales de procédure. Mais pour notre part, il convient de les classer selon qu'elles soient à la disposition du juge (a) ou à celle des parties au procès (b).

a) La procédure à la disposition du juge administratif lui-même : le déport

Le déport se définit comme étant l'abstention dont un magistrat administratif, membre du Conseil d'État, d'un Tribunal Administratif ou d'une Juridiction Administrative spécialisée, a volontairement pris l'initiative. Cette abstention de siéger est donc spontanée. Pour ce faire, le juge administratif concerné demande à ce qu'un autre le remplace lorsqu'il sent que son impartialité risque de ne pas être intégrale, voire inexistante.

L'usage veut que le président de la formation demande à l'un des membres, avant que la séance publique ne soit ouverte, si l'un d'eux souhaite se déporter pour l'une des affaires

²⁹¹ Cette règle veut que les motivations soient concises, ce qui les réduit à quelques lignes, voire même en quelques mots.

²⁹² Marie-Claire PONTTHOREAU, *Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français*, RDP, 1994.747.

inscrites au rôle. Concrètement, l'abstention de juger l'une des affaires inscrites au rôle n'implique pas que le juge doit sortir de la salle. Le déport veut seulement qu'il s'écarte ostensiblement de la formation collégiale et ne participe pas au débat en cours de délibéré. Vue sous cet angle, l'abstention d'un magistrat concrétise aussi la « théorie de l'apparence ». La jurisprudence a donné plusieurs exemples de cas de déport. Pour ne citer que quelques-uns, un magistrat s'est abstenu de juger l'affaire qui lui a été soumise après avoir donné son avis personnel, par exemple, comme conseiller juridique d'un département ministériel²⁹³. L'abstention avait été aussi mise en œuvre lorsqu'un autre avait eu à connaître l'affaire dans le cadre de ses fonctions administratives antérieures²⁹⁴.

Ainsi, comme nous venons de le voir, le déport se base sur l'honnêteté et la « conscience professionnelle » du juge administratif²⁹⁵.

b) Les techniques à la disposition des parties

Dans le cas où l'une des parties douterait de l'impartialité de l'un des membres de la formation de jugement, elle peut soit le récuser soit enclencher la procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime.

- La récusation²⁹⁶

En reprenant les termes de René Chapus, « *toute partie peut récuser un juge en raison des sentiments d'intimité de celui-ci pour elle ou d'amitié pour son adversaire* ». L'objet de la récusation est de défendre une partie contre un risque d'impartialité subjective au sein de la formation juridictionnelle, car elle concerne les relations entre le juge et l'une des parties au procès administratif. En conséquence, elle s'applique même sans texte à toutes les juridictions administratives existantes sauf dispositions législatives contraires²⁹⁷. Cette procédure peut toucher n'importe quel magistrat membre de la formation de jugement ; toutefois, le requérant

²⁹³ CE 25 janv. 1980, *Gadiga*.

²⁹⁴ CE 6 déc. 1996, *Société Lambda*.

²⁹⁵ CE 11 févr. 1953, *Société industrielle Bozel Malétrat* : il se peut qu'un magistrat dont l'impartialité est douteuse ne se déporte pas. Dans ce cas, il incombe à la juridiction à laquelle il appartient de l'inviter à ne pas siéger.

²⁹⁶ La récusation se définit comme la procédure par laquelle le requérant demande que tel magistrat s'abstienne de siéger parce qu'il a des raisons de suspecter sa partialité à son égard.

²⁹⁷ CE 26 oct. 2005 *Z*.

ne peut récuser un juge que lorsque celui-ci statue sur l'affaire. Dans le cas contraire, la récusation est impossible²⁹⁸.

Ainsi, la demande de récusation après la fin de l'audience ou la récusation d'un membre du Tribunal Administratif en appel ou en cassation est irrecevable. Une exception est pourtant prévue pour cette seconde hypothèse, notamment lorsque la cause de la récusation n'a pu être connue lors de l'instance de premier ressort²⁹⁹. Par contre, la demande de récusation est acceptée même avant la publication de l'affaire au rôle de l'audience ; tel est le cas lorsque l'une des parties a reçu acte d'instruction signé par un magistrat dont l'impartialité lui paraît douteuse³⁰⁰.

- Le renvoi pour cause de suspicion légitime

Lorsqu'une partie met en doute l'impartialité de toute une juridiction, elle peut renvoyer l'affaire devant la juridiction directement supérieure pour suspicion légitime. La demande de renvoi ne saurait être admise que pour des motifs sérieux et graves³⁰¹ et est soumise, selon la jurisprudence française, à un ministère d'avocat³⁰².

La procédure de renvoi pour suspicion légitime se distingue de la récusation par cinq (5) caractéristiques. Tout d'abord, elle constitue une règle générale de procédure et ne figure donc dans aucun texte³⁰³. Ensuite, le doute ressenti par le requérant doit concerner toute la juridiction dans son ensemble et non une formation de jugement³⁰⁴. Elle constitue donc une sorte de récusation collective³⁰⁵ ; en conséquence, la compétence pour connaître de la demande de renvoi appartient à la juridiction directement supérieure à celle que la partie veut écarter. La demande de renvoi est donc inopérante devant le Conseil d'État, car il n'y a pas de

²⁹⁸ CA 26 mars 1996 *Rakotoarimanana Claude c. État malgache*.

²⁹⁹ CE 9 févr. 2000 *Adda et Piquet*.

³⁰⁰ CAA de Lyon 12 juil. 2005 *Frugier*.

³⁰¹ CE 30 mars 1979, *Jeault*.

³⁰² CE 25 avril 1979, *Paisnel*.

³⁰³ CE 3 mai 1957 *Nemegyei* et CE 8 janvier 1959, *Commissaire du gouvernement près le conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables*.

³⁰⁴ CE 11 déc. 1985, *Bertin*.

³⁰⁵ CE 29 juil. 1998, *Lacolle*.

juridiction supérieure au-dessus de celui-ci³⁰⁶. Enfin, si elle est fondée, la suspicion légitime dessaisit la juridiction normalement compétente de l'affaire.

Il est nécessaire d'apporter une réserve quant à l'application du renvoi dans le système juridique malgache : en effet, la Chambre Administrative a eu l'occasion de se prononcer sur l'impossibilité pour le requérant de récuser toute une juridiction. Cette position de la Chambre Administrative se basait sur le souci d'éviter un déni de justice³⁰⁷.

2) Les sanctions de la partialité du juge administratif

La partialité est pernicieuse. Un juge administratif, en violant son obligation d'impartialité, bafoue la Justice, la Société ainsi que l'intérêt général lui-même. Un tel écart de conduite ne peut qu'être sévèrement sanctionné sur le plan de la responsabilité du juge (a) en passant par la censure de la décision (b).

a) La partialité d'un juge administratif entraîne nécessairement la censure de sa décision

Une fois que la partialité du juge est constatée, la partie lésée a le droit et le devoir même de demander à ce que la décision soit annulée. Ce pouvoir d'annulation appartient à la Juridiction Administrative immédiatement supérieure. Ainsi, lorsque le jugement d'un Tribunal Administratif est estimé partial, la partie perdante doit se pourvoir devant le Conseil d'État qui statue en appel pour en demander l'annulation, et cela, tout en apportant les preuves de la partialité.

À Madagascar, il n'existe pas encore de Cour Administrative d'Appel. Pour combler cette lacune, la Loi organique n° 2004-036 du 1^{er} 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, en son article 206, a attribué au Conseil d'État le rôle de juge d'appel. Alors la question se pose : si c'est la juridiction d'appel qui est partiale, quelle sera la juridiction compétente pour l'annulation de son arrêt, étant donné que c'est cette même juridiction qui fait office de juge de cassation ? Le cas ne s'est pas encore produit, mais la solution la plus évidente serait de remplacer les membres de la formation de jugement par

³⁰⁶ CE 27 mars 1991, *Bertin*.

³⁰⁷ CA 22 janv. 1997 *SMM c. État malgache*.

d'autres juges administratifs au sein du Conseil d'État. La nouvelle formation siègerait ensuite en tant que juge de cassation.

Une autre difficulté peut également survenir si c'est au niveau de la juridiction de cassation elle-même qu'on note une impartialité. Les principes « *res judicata pro veritate accipitur* »³⁰⁸ et « *lata sententia, judex desinit esse judex* »³⁰⁹ ont pour effet de dessaisir la juridiction qui a statué sur l'issue d'un litige. De tels principes ne pourraient être acceptés devant la juridiction suprême comme le Conseil d'État en cas de doute sur la justesse de la solution donnée, puisqu'il y aurait un déni de justice. En Europe, dans un cas pareil, la saisine de la Cour européenne des Droits de l'Homme est possible, bien que celle-ci n'ait pas le pouvoir d'annulation. Le justiciable malgache, lui, ne dispose pas d'un tel recours. Toutefois, l'article 222 de la Loi organique 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 prévoit une voie exceptionnelle de rétractation : le recours en révision.

Aux termes de cet article, ce type de recours est admis si la décision a été rendue sur pièces fausses ou s'il y a eu dol personnel au cours de l'instruction de l'affaire ou encore si la partie a été condamnée, faute de présenter une pièce décisive qui a été retenue par son adversaire. Le deuxième cas d'ouverture de ce recours mérite réflexion. Le recours en révision est recevable « *s'il y a eu un dol personnel au cours de l'instruction de l'affaire* ». Le dol personnel dont il est question ici provient-il de l'une des parties ou du juge en charge du dossier ? La réponse n'est pas évidente. Encore une fois donc, le droit comparé peut donner la solution à ce problème.

Le Code de justice administrative français prévoit aussi effectivement ce même recours devant le Conseil d'État. Son article R.834-1.3 ° autorise le recours en révision dans le cas où « *la décision est intervenue sans qu'aient été observées les dispositions de ce présent Code relatives à la composition de la formation de jugement, à la tenue des audiences ainsi qu'à la forme et au prononcé de la décision* », et c'était en vertu de cet article que le Conseil

³⁰⁸ La chose jugée est tenue pour vérité.

³⁰⁹ La sentence rendue, le juge cesse d'être juge.

d'État avait admis le recours en révision dans sa jurisprudence *Poujol*³¹⁰, car l'un des membres de la formation de jugement aurait dû se récuser.

Bien que la rédaction des deux (2) textes précités ne soit pas la même, leur esprit est vraisemblablement le même : le recours porte sur les vices substantiels de procédure. Partant du principe que le respect de la procédure relève du Conseiller-Rapporteur, le « dol personnel » que prévoit l'article 222 de la Loi organique malgache découlerait donc d'un acte malveillant du magistrat responsable du dossier, entre autres sa partialité.

En définitive, le Conseil d'État qui serait compétent statuerait sur un recours en révision, mais avec une formation de jugement différente.

b) La partialité d'un juge administratif engage sa responsabilité

Le Titre II Section II du Décret n° 2005-710 portant Code de déontologie des magistrats consacre l'impartialité comme étant l'un des devoirs de tout juge, le juge administratif y compris. Cette impartialité serait même une obligation à laquelle il ne devrait en aucun cas faillir. Le manquement à celle-ci constituerait une faute disciplinaire dont il relèverait du Conseil Supérieur de la Magistrature de sanctionner³¹¹. Étant donné la gravité de ce manquement, la punition prononcée serait bien évidemment une sanction du deuxième degré, c'est-à-dire l'une des sanctions disciplinaires prévues par l'article 58 de la même Ordonnance, à part l'avertissement et le blâme.

Outre sa responsabilité disciplinaire, le juge administratif a une responsabilité pénale. Cette responsabilité est engagée si la partialité qui est établie résulte d'une corruption³¹². Le mécanisme de corruption est cette gangrène qui sévit les systèmes juridictionnels, surtout dans les pays en voie de développement, et qui les réduit à néant. C'est l'hypothèse la plus facile en matière d'impartialité et c'est aussi la plus grave et la plus difficile à combattre : un juge

³¹⁰ CE 21 juil. 1972.

³¹¹ Cf. article 56 de l'Ordonnance n° 2005-005 du 22 mars 2006 portant Loi organique relative au statut de la magistrature.

³¹² Sanctionné pénalement, un magistrat condamné pour corruption sera puni d'un emprisonnement de cinq (5) à dix (10) ans, outre l'amende de un million (1 000 000) d'Ariary à deux cents millions (200 000 000) d'Ariary comme l'exige le Code Pénal malgache en son article 181.

acheté par l'une des parties pour que son jugement lui soit favorable. Il sera question d'une corruption passive d'une personne exerçant une fonction publique.

II - Quelques pistes de recommandations pour renforcer le principe d'impartialité au niveau de la Juridiction Administrative malgache

Récente création jurisprudentielle, l'impartialité dite objective ou « organique », du fait de sa liaison avec l'organe ou avec la fonction, complète l'impartialité subjective. Elle se fonde principalement sur l'apparence et le principe général que la justice doit être rendue de manière ostensible. Cette impartialité prend en compte les doutes légitimes que peuvent ressentir le justiciable et son analyse « conduit à se demander lorsqu'une juridiction collégiale est en cause, si indépendamment de l'attitude personnelle de ses membres, certains faits vérifiables autorisent à mettre en cause l'impartialité de celle-ci ».

Deux (2) hypothèses sont traditionnellement considérées comme portant atteinte à cette impartialité fonctionnelle. La première hypothèse recouvre les cas dans lesquels l'impartialité du juge est sujette à caution au motif qu'il est l'auteur de la décision ou qu'il ait pris part aux délibérations de la décision attaquée. Ce courant de jurisprudence, qui repose sur l'idée de bon sens qu'il est prohibé d'être à la fois juge et partie, couvre toutes les hypothèses : que le juge soit l'unique auteur de la décision ou qu'il ait pris part aux délibérations collégiales qui ont présidé à son adoption, que la décision soit administrative ou juridictionnelle.

La seconde catégorie recouvre les hypothèses dans lesquelles les différentes fonctions exercées par le juge administratif laissent à penser qu'il a préjugé l'affaire avant la tenue du procès. Ce qui est en cause ici c'est le cumul par une même entité — juge ou juridiction — de plusieurs fonctions successives qui seraient incompatibles entre elles, l'exercice de la première révélant un préjugement de l'affaire de nature à entacher de partialité l'exercice de la seconde. Cette catégorie se ramifie en deux (2) sous-catégories : le premier correspond aux fonctions successivement exercées au sein d'une seule et même procédure. La seconde sous-catégorie, par contre, regroupe les cas où, dans le cadre de procédures distinctes, le cumul de

fonctions administratives et juridictionnelles ou juridictionnelles seules serait de nature à révéler l'existence d'un préjugement.

Une étude poussée de la jurisprudence conduit à un constat indéniable : la question de l'impartialité objective est totalement inconnue de la Juridiction Administrative malgache. À cette méconnaissance s'ajoute la tolérance, voire même la banalité du cumul de fonctions au niveau des Tribunaux Administratifs et au sein du Conseil d'État. Cette question de cumul de fonctions peut paraître futile pour les profanes, mais pour les initiés et les praticiens du Droit Administratif, l'enjeu réside dans la crédibilité de la Juridiction Administrative.

Sans remettre en cause le système de protection du principe d'impartialité au niveau de la Juridiction Administrative malgache, les évolutions circonstanciées — sociales, économiques, doctrinales et jurisprudentielles — exigent la mise en place de mécanismes plus aptes et plus adéquats pour consolider ce principe fondamental. Les étapes déjà franchies dans le système juridique européen, notamment en France, en matière d'impartialité (A) pourront servir de point de départ aux aménagements nécessaires pour le cas de Madagascar (B).

A- Une délimitation pratique et un encadrement strict des cas de cumul au niveau du système juridique français, une piste à suivre

Déjà dans les années 70, la question de cumul de fonctions était débattue par les praticiens du contentieux administratif³¹³. Ces débats portaient sur le cumul de fonctions au provisoire et au fond (1), mais aussi sur l'exercice successif des fonctions juridictionnelles au fond (2).

1) Le cumul de fonctions au provisoire et au fond

La mise en œuvre des procédures de référé a conduit les juges à se demander quel est l'impact de ces dernières sur le principe d'impartialité. Avant, les solutions sur le cumul n'étaient pas uniformes. La Cour d'Appel administrative de Paris, lorsqu'elle a eu à traiter le problème, avait affirmé que le cumul de fonctions « *non seulement ne porte pas atteinte au*

³¹³ Selon les conclusions du commissaire du gouvernement Bertrand dans l'affaire *Entreprise de transport et de distribution d'électricité*, CE 6 févr. 1970, « *Le souci d'assurer l'impartialité des juges devrait conduire, en toute logique, à écarter du jugement d'une affaire, non seulement tout conseiller ayant rempli les fonctions de commissaire de gouvernement préalablement à un jugement avant dire droit, mais tout membre de la juridiction ayant participé à un jugement de cette sorte [...]* ».

principe d'impartialité [...], mais répond, dans l'intérêt des parties, à l'exigence d'une bonne administration »³¹⁴. Celle de Bordeaux avait estimé que le juge des référés ne peut participer à la formation de jugement au fond, lorsqu'il s'est prononcé sur la condition tenant à l'existence d'un moyen propre à créer un doute sérieux³¹⁵. La Haute Juridiction devait donc se prononcer en 2004, pour régler les divergences de points de vue au sein de la Juridiction Administrative. Par un avis³¹⁶, le juge administratif déclarait alors que le cumul entre la fonction de juge de référé — suspension et la fonction de juge au principal est autorisé.

2) Le cumul de fonctions juridictionnelles de juge au fond

Le fait pour un magistrat administratif de cumuler successivement des fonctions juridictionnelles au fond porte atteinte au principe d'impartialité quand une opinion publique sur le fond, un *préjugement* ou un jugement sur le règlement final du litige, a été porté dans l'exercice des premières fonctions. Est donc partial, le juge qui, dans cette situation précise, avait donné une opinion publique sur le fond au cours de la première fonction juridictionnelle. Toutefois, n'est pas partial, le même magistrat qui, dès lors qu'il n'a pas outrepassé les limites inhérentes à sa fonction et au litige dont il est saisi, connaît, à plusieurs reprises, différentes affaires introduites par un même requérant. Le principe est aussi respecté quand un magistrat se prononce deux (2) fois sur une même affaire, la deuxième ne remettant pas en cause la première : le président d'une sous-section peut participer au jugement de recours en interprétation formé contre une ordonnance par laquelle il avait rejeté le recours de la requérante³¹⁷.

En résumé donc, le Conseil d'État français a tenu à clarifier sa position en ce qui concerne l'impartialité objective du juge administratif. Selon lui, le cumul de fonctions et le défaut d'impartialité objective ne sont avérés que si les trois conditions suivantes sont cumulativement remplies. En premier lieu, *les fonctions successivement exercées doivent avoir été à propos de la même affaire*. Le Conseil d'État, le 21 novembre 1986, avait défini

³¹⁴ CAA de Paris 21 oct. 1999, *Territoire de la Polynésie française*.

³¹⁵ CAA de Bordeaux 18 nov. 2003, *Brada*.

³¹⁶ 12 mai 2004, *Commune de Rogerville* : « *Eu égard à la nature de l'office ainsi attribué au juge des référés [...] la seule circonstance qu'un magistrat a statué sur une demande tenant à la suspension de l'exécution d'une décision administrative n'est pas par elle-même, de nature à faire obstacle à ce qu'il se prononce ultérieurement sur la requête en qualité de juge principal* ».

³¹⁷ CE 8 janv. 1971, *Dame Clément et Sieur Kopferer*.

cette notion de « même affaire » dans son arrêt *Benkhala*. Dans cet arrêt, il conditionne l'existence d'une « même affaire » par la présence de faits identiques. À côté de cela, il exige impérativement que les questions examinées à partir de ces faits soient du même ordre. En deuxième lieu, *l'exercice de la première fonction doit avoir révélé l'existence d'un parti pris sur l'issue de cette affaire*. Le premier examen de l'affaire doit avoir donné lieu à une prise de position sur son issue. Comme le souligne la CEDH, « *ce qui compte, c'est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès* ». En troisième et dernier lieu, *la part prise par le juge, dans l'exercice de sa première fonction, doit légitimement laisser à penser qu'il a personnellement pris position sur l'affaire*.

B- Une réorganisation potentielle de la Juridiction Administrative malgache

La mise en place d'un nouveau système de fonctionnement au niveau des Tribunaux Administratifs et du Conseil d'État, particulièrement dans le traitement des affaires au sursis et au fond (1) ainsi que l'interdiction du cumul de fonctions administrative et juridictionnelle (2), s'impose. Cette réorganisation conduit aussi à se pencher sur le cas des couples de magistrats administratifs au sein d'un même Tribunal (3).

1) L'innovation : un système de rotation dans le traitement des affaires au sursis et au fond

Le contentieux administratif malgache, à travers les deux (2) principaux textes³¹⁸, consacre le sursis à exécution d'un acte administratif. Cette procédure, lorsqu'elle est accordée par le juge administratif, suspend l'application de l'acte attaqué avant qu'il soit statué sur le fond de l'affaire.

Trois (3) conditions doivent être réunies pour que la juridiction accorde le sursis à exécution. La condition légale veut que l'acte attaqué et dont il est demandé la suspension de l'exécution ne porte pas sur une décision intéressant l'ordre, la sécurité et la tranquillité publiques. À cela s'ajoutent deux (2) conditions jurisprudentielles. Tout d'abord, il faut que le requérant présente un moyen sérieux susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte. Ensuite, le demandeur doit démontrer l'existence d'un préjudice irréparable ou difficilement réparable.

³¹⁸ Loi organique n° 2004-036 relative à la Cour Suprême et la loi n° 2001-025 relative au Tribunal Administratif et au Tribunal Financier.

Ces trois (3) conditions sont cumulatives : si l'une des conditions n'est pas satisfaite, la demande est rejetée. Tel n'a pas toujours été le cas, car le juge administratif, pendant une certaine période, s'est écarté de ces conditions traditionnelles d'octroi d'un sursis à exécution, tel qu'il a été exposé par Élie Clément RAKOTO³¹⁹ dans son article portant sur « *Le sursis à exécution : État de la jurisprudence* »³²⁰ contenu dans le LANJAMIRA³²¹. Aujourd'hui, la jurisprudence est revenue à l'exigence des trois (3) conditions pour accorder le sursis comme cela était le cas avant 2009.

Cet historique démontre que, quel que soit l'état de la jurisprudence, pour accueillir la demande du requérant, le juge exige l'existence d'un moyen sérieux. L'examen du moyen sérieux reste la condition pérenne pour accorder le sursis à exécution d'une décision de l'administration. Si le juge du sursis est réputé avoir des compétences limitées par rapport au juge du fond, une étude plus poussée permet de douter voire contredire cette affirmation : les compétences qui lui sont attribuées ne vont pas de pair avec le principe d'impartialité.

La crainte d'une partialité et d'un *préjugement* résulte du fait que le Rapporteur de l'affaire pourrait déjà avoir un avis préfixé sur l'issue du dossier au fond en examinant le bien-fondé de l'existence d'un moyen sérieux. En effet, il est obligé d'analyser l'argumentation juridique du requérant. Or, très souvent, ce dernier recopie intégralement les mêmes arguments lors de la demande de sursis pour former sa demande au principal. Un tel examen ne peut alors que conduire le juge à avoir un *préjugement* sur l'affaire, du moins une suspicion de *préjugement*, surtout que, dans la pratique malgache, le Conseiller-Rapporteur au sursis reste le responsable du dossier au fond, la circonstance que le sursis à exécution soit dépourvu de l'autorité de la chose jugée n'empêchant pas que le juge puisse porter une

³¹⁹ Magistrat administratif délégué dans les fonctions de Conseiller au siège du Conseil d'État de la Cour Suprême de Madagascar.

³²⁰ « *Le Conseil d'État commença à abandonner la troisième condition, au point que pour obtenir le sursis, il suffit de remplir, cette fois-ci, deux conditions cumulatives : l'une toujours légale et une jurisprudentielle. [...] Toujours dans cette foulée évolutionniste, on commençait à introduire la notion de "doute sérieux" à la place du "moyen sérieux". [...] Cet esprit évolutionniste a atteint son apogée lorsque [...] le Conseil d'État accordait le sursis seulement sur la base de la justification d'un moyen sérieux* ».

³²¹ Lettre d'information bimestrielle du Conseil d'État de la Cour Suprême de Madagascar, n° 0001, juillet-août 2012.

appréciation sur le bien-fondé de la prétention qui anticipe celle du jugement³²². À Madagascar, dans le cadre du sursis, le Conseiller-Rapporteur du dossier au sursis peut être conduit, en raison de son office, c'est-à-dire du rôle du juge dans la direction du procès, à prêter attention à la demande de fond. Tel est le cas lorsqu'il décide que la demande de suspension ne peut être accueillie en raison de l'irrecevabilité de la demande au fond ou lorsqu'il trouve que l'un des moyens invoqués dans la demande de sursis est de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision critiquée. De tels pouvoirs ne peuvent être considérés comme compatibles avec le principe d'impartialité et ce ne sont pas les exemples de dérives qui manquent³²³. Ce juge peut-il encore bénéficier d'un cumul de fonctions ? Il n'est pas impossible, vu ces constatations, que le juge qui a ordonné ou a refusé le sursis ait pu donner le sentiment légitime de s'être forgé à l'occasion de l'examen de la demande de suspension, une opinion définitive sur le litige.

Puisqu'en matière d'impartialité, les apparences revêtent une importance capitale, la solution avancée pour résoudre ce problème consiste à confier une affaire à deux (2) Conseillers-Rapporteurs différents dès lors qu'elle est assortie d'une demande de sursis à exécution. Le premier traitera le sursis tandis que le second étudiera le fond de l'affaire. Ce système qui est facile à mettre en œuvre permettra d'avoir un nouveau regard sur l'affaire bien que le sursis soit accessoire à la demande d'annulation.

³²² Le Conseil d'État belge avait déclaré dans un arrêt du 14 décembre 2000 que « *lorsqu'un magistrat statuant sur une demande en référé se prononce sur le sérieux des moyens invoqués, il émet un jugement sur l'apparence de fondement de ces moyens ; que s'il est vrai que cette appréciation ne le lie pas pour l'examen du fond, le justiciable peut raisonnablement éprouver la crainte que le magistrat devant lequel il plaide ait, dès avant d'avoir pris connaissance des pièces de procédure relative au recours en annulation, une opinion quant à la solution à donner à ce recours ; qu'en effet, juger qu'un moyen n'est pas sérieux revient à décider, au terme d'un premier examen, que les arguments invoqués à l'appui de ce moyen ne sont pas convaincants ; qu'à moins que des éléments neufs de nature à modifier cette appréciation ne soient versés au dossier, le justiciable est fondé à redouter que le magistrat qui a porté cette appréciation ne persiste à les trouver peu convaincants lorsqu'il est appelé à statuer sur le recours en annulation [...]* ».

³²³ CE 13 juin 2007, *Michel Soppelsa* : en l'espèce, un juge français a outrepassé ses fonctions en devenant un « juge pédagogue ». Celui-ci est allé jusqu'à conseiller le requérant en n'hésitant pas à lui indiquer les recours s'offrant à lui et les conditions à remplir tout en prenant soin de lui préciser sa situation juridique au regard d'un éventuel nouveau recours.

Cette solution est-elle appropriée³²⁴ ou si la bonne administration de la justice sera-t-elle sacrifiée au nom du principe d'impartialité objective? Telles sont les questions auxquelles il va falloir répondre.

Les statistiques avancées dans le Rapport définitif de l'Association Nationale pour la Justice Administrative³²⁵ seront de principaux instruments pour répondre à ces questions. Ce Rapport démontre qu'au cours des quatre (4) années d'études, 57 % des recours introduits devant tous les Tribunaux Administratifs de Madagascar ont porté sur un recours pour excès de pouvoir, et parmi ces 57 %, seuls 20 % sont accompagnés d'une demande de sursis à exécution d'un acte administratif (voir ANNEXE I). Autrement dit, seuls 37,08 % des recours en annulation, au niveau des Tribunaux Administratifs, sont précédés d'une demande de sursis. Presque les mêmes chiffres se retrouvent au niveau du Conseil d'État pour la même période : 56 % des requêtes introduites devant la Haute Juridiction ont pour objet l'annulation d'un acte administratif et sur ces 56 %, il n'y a eu que 17 % de demandes de sursis à exécution (voir ANNEXE II).

Partant de ces faits, en optant pour la pratique du système de permutation des dossiers entre les Conseillers, la Juridiction Administrative malgache est loin d'être engorgée. En effet, le nombre de Conseillers au sein d'une juridiction, six (6) en moyenne, permet largement cette pratique sans pour autant les encombrer de dossiers. Ceci, tout en tenant compte de la célérité de traitement d'un dossier qui peut être mis en état d'être jugée au fond, en moyenne pendant une période de six (6) à neuf (9) mois. L'objectif étant d'éviter qu'il y ait un *préjugement* dans le traitement d'un dossier, l'interdiction pour un Conseiller de traiter à la fois et le sursis à exécution et l'annulation ne constitue pas une sanction à l'égard de celui-ci. De plus, le Conseiller-Rapporteur ne sera pas forcément écarté de la formation de jugement. Au contraire, la permutation des dossiers entre les Conseillers au sein de la juridiction, Tribunal Administratif ou Conseil d'État, sauvegardera l'impartialité objective de celle-ci et inspirera de ce fait la confiance en l'objectivité pour le justiciable.

³²⁴ CE 6 févr. 1970 cité plus haut : aux termes du commissaire du gouvernement, « *Le souci d'assurer l'impartialité des juges devrait conduire, en toute logique, à écarter du jugement d'une affaire [...] tout membre de la juridiction ayant participé à un jugement de cette sorte, ce qui ne serait pas conforme à vos propres pratiques, et aboutirait en outre à bloquer complètement le fonctionnement des tribunaux administratifs* ».

³²⁵ Études statistiques sur l'activité du Conseil d'État et des six Tribunaux Administratifs malgaches de 2005 à 2009.

2) L'interdiction du cumul de fonctions administratives et juridictionnelles

Le statut de la Magistrature prévoit en son article 73 que le magistrat peut être placé dans la position administrative de détachement, c'est-à-dire qu'il peut servir hors de son corps. Nombreux sont les magistrats administratifs concernés par cet article, d'autant plus qu'il favorise ces derniers, car étant juge de l'Administration, il leur est loisible de connaître son fonctionnement. Le détachement répond à cette exigence. Détachés au sein des services de l'Administration active, des magistrats de l'ordre Administratif occupent des fonctions de chef de service, voire même de directeur. En tant que responsables, ils doivent prendre des actes administratifs qui vont s'appliquer aux administrés et qui vont aussi faire l'objet d'un contrôle de légalité. La question se pose alors : quand ces directeurs et chefs de services rejoindront leurs corps d'origine, pourront-ils statuer sur l'annulation de leurs propres actes ? Dans un souci de préserver l'impartialité objective, la réponse adéquate serait négative. La Haute Juridiction doit s'opposer formellement au fait qu'un juge administratif fait interférer les fonctions administratives et les fonctions juridictionnelles. Elle doit considérer cette situation comme contraire au concept de l'impartialité objective surtout quand la même personne avait participé à l'adoption d'actes décisifs ou avait rendu publiquement position sur le fond. De telles hypothèses se rencontrent, par exemple, lorsque le juge en question est l'auteur de la décision³²⁶ ou encore quand il a déjà eu l'occasion de donner un avis public sur le sujet traité³²⁷. La violation de l'impartialité objective peut aussi survenir quand l'opinion de la juridiction est connue d'avance³²⁸.

3) Le règlement des cas des époux au sein d'une même juridiction

Suivant l'article 8 de l'Ordonnance n° 2005-005 relative au statut de la magistrature³²⁹, deux (2) époux, juges administratifs, doivent servir dans une même localité. La question pratique qui se pose concerne leurs affectations au sein d'un même Tribunal

³²⁶ CE 2 mars 1973, *Dlle Arbousset*.

³²⁷ CE 15 oct. 1990, *Association pour le développement harmonieux de Saint-Gilles et sa région*.

³²⁸ CE 4 juil., *Dubreuil* : les magistrats qui ont siégé lors de l'adoption du rapport public de la Cour des Comptes mettant en cause le directeur d'un établissement public ne peuvent ensuite participer à la formation de jugement de la Cour de discipline budgétaire et financière qui condamnera ce directeur pour les faits signalés dans le rapport.

³²⁹ « Les époux-fonctionnaires doivent servir dans une même localité sauf demande ou accord de l'un des intéressés ».

Administratif³³⁰. Dans un souci d'éviter une partialité³³¹, faut-il les affecter au sein d'un même service, siège ou commissariat administratif, ou au contraire, les séparer ? Dans le contentieux administratif, affecter deux (2) époux-magistrats administratifs au niveau du commissariat administratif correspond plus à l'exigence d'impartialité compte tenu de l'unité de celui-ci. L'unité du commissariat signifie que les membres s'accordent à ce que les conclusions formulées par un substitut soient celles de tous. Cet esprit qui prévaut au niveau du parquet écarte, par conséquent, la tentation d'une connivence qui pourrait résulter de leur séparation, car, selon Léon Blum, l'influence du commissaire du gouvernement³³² quant à la solution des litiges est considérable³³³. De même, les affecter au niveau du siège annihilera l'indépendance et pourra mettre en péril le vote lors du délibéré.

³³⁰ La question ne se pose pas pour le cas spécifique d'Antananarivo car le Conseil d'État et le Tribunal Administratif d'Antananarivo se trouvent dans la même localité.

³³¹ En procédure pénale, il est totalement interdit pour les époux de siéger dans la même juridiction, surtout lorsque ceux-ci exercent deux fonctions différentes comme celles de juge d'instruction et de juge du siège par exemple. Cette disposition est mise en place pour éviter qu'un prévenu soit déclaré coupable à cause d'une entente entre les deux (2) magistrats époux.

³³² À Madagascar, le commissaire de la loi fait fonction de commissaire du gouvernement.

³³³ CE 29 nov. 1912, *Boussuge*.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

Pour un pays en voie de développement, la consécration d'une Juridiction Administrative est considérée par beaucoup comme futile. Bon nombre d'administrateurs et dirigeants estiment que cette juridiction n'est qu'un frein au fonctionnement normal de l'Administration. Elle est même à l'origine de son inefficacité. La vision des administrés à l'égard des juges administratifs non plus, dans ces pays, n'améliore pas leur cas : il y règne une méfiance contre sa connivence avec la puissance publique. Pour le cas de Madagascar, en dépassant le cadre traditionnel de la mission du juge administratif qui est de veiller sur la légalité des actes administratifs à travers leur contrôle, en surpassant les débats théoriques sur les règles relatives aux recours pour excès de pouvoir et des recours de pleine juridiction, une analyse, principalement focalisée sur les retombées des décisions qu'il prend, met au grand jour le rôle incontournable que joue la Juridiction Administrative, tant dans le développement économique que dans la cohésion sociale. Les impacts de ces décisions, qu'ils soient négatifs ou positifs, ne dépendent que d'une seule condition : son impartialité. Cette dernière doit donc être sauvegardée par tous les moyens, quitte à réformer la Justice Administrative.

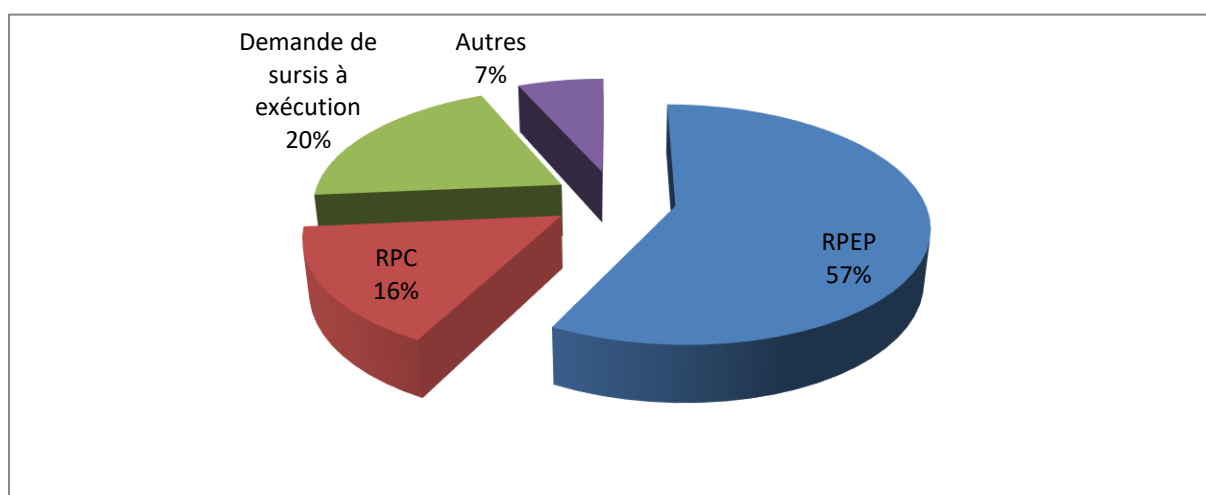
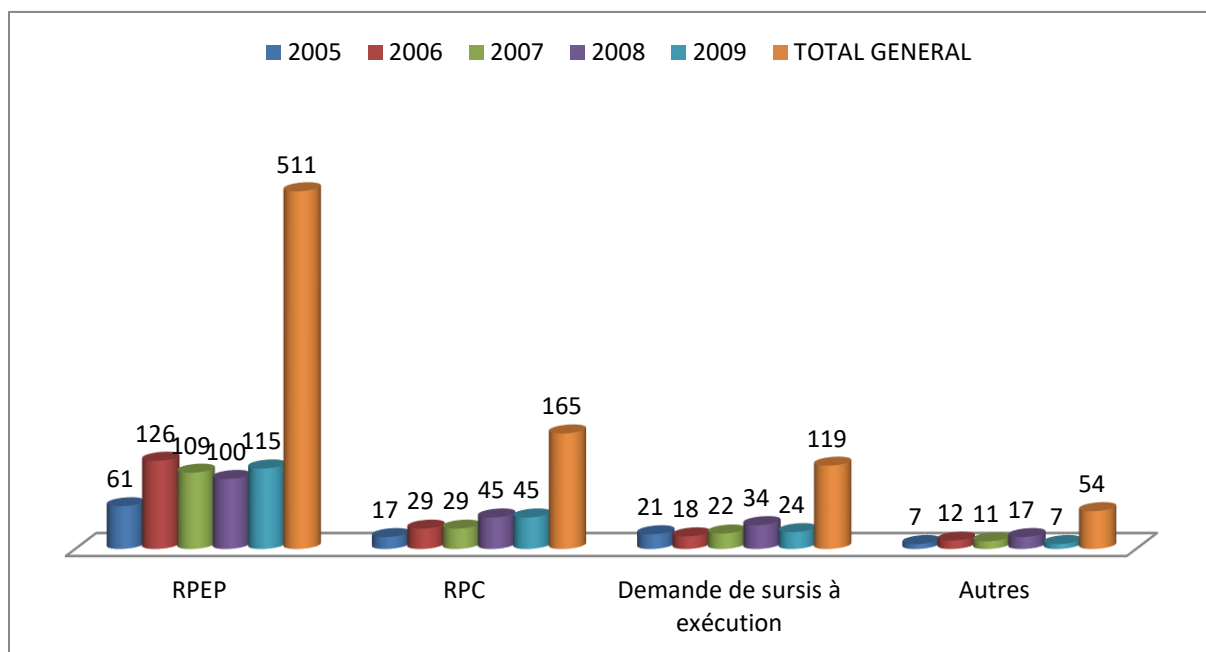
CONCLUSION GÉNÉRALE

La justice administrative est une justice humaine confiée à des personnes. En tant que telle, les juges administratifs vivent dans la société et sont constamment influencés par celle-ci. Pourtant, compte tenu de ses fonctions, le juge administratif doit à tout prix se détacher et se soustraire de ses préjugés en faisant appel à sa conscience et à sa morale avant tout. Un juge administratif digne de ce nom est tenu de trouver la force d'être impartial. La société exige de lui à ce qu'il départage les adversaires en toute justice et équité même s'il est impossible d'atteindre cette perfection véhiculée par le vieux mythe de la *tabula rasa* auquel devrait ressembler l'esprit d'un juge parfaitement formé à son métier : libre de tout préjugé et parfaitement ignorant des cas qu'il aura à traiter.

L'Homme n'est jamais infaillible, d'où la nécessité de mettre en place diverses méthodes pour sauvegarder l'obligation d'impartialité. Si l'efficacité des techniques préventives et de la sanction de la partialité n'est plus à discuter, les évolutions récentes du contentieux administratif conduisent à un réajustement pragmatique du fonctionnement de la Juridiction Administrative malgache. Ce réajustement n'impose pas une réforme profonde, mais souligne juste la volonté de réduire au maximum la crainte raisonnable de partialité. Les yeux se tournent ainsi vers le Juge administratif et attendent à ce qu'il franchisse le pas pour apporter le changement au niveau de l'Institution Judiciaire.

ANNEXE I-

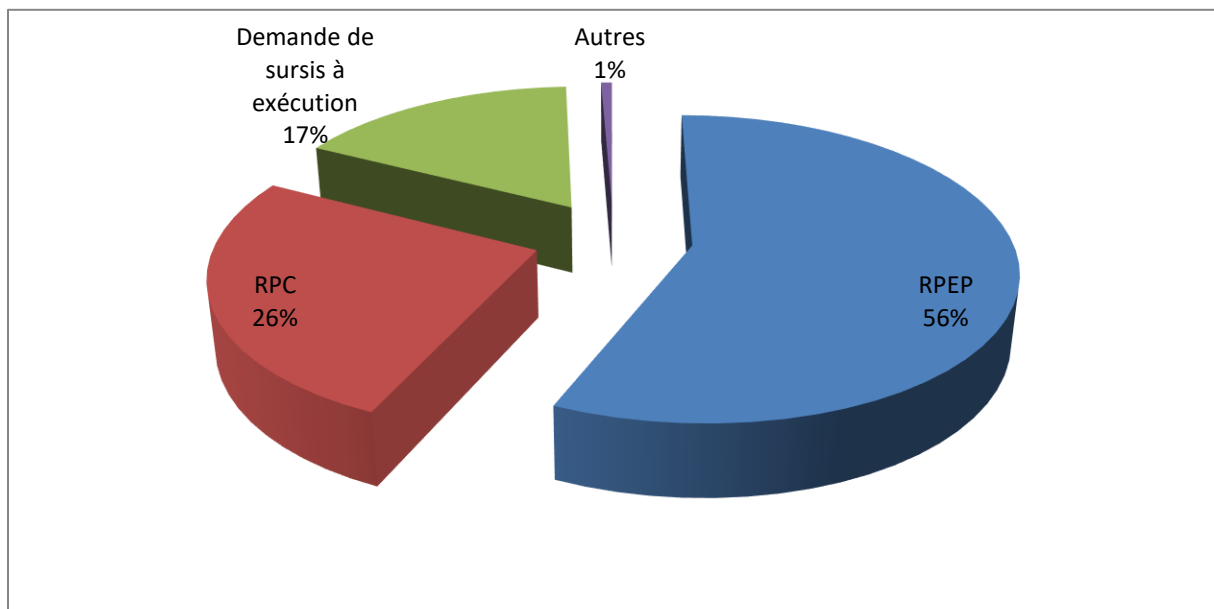
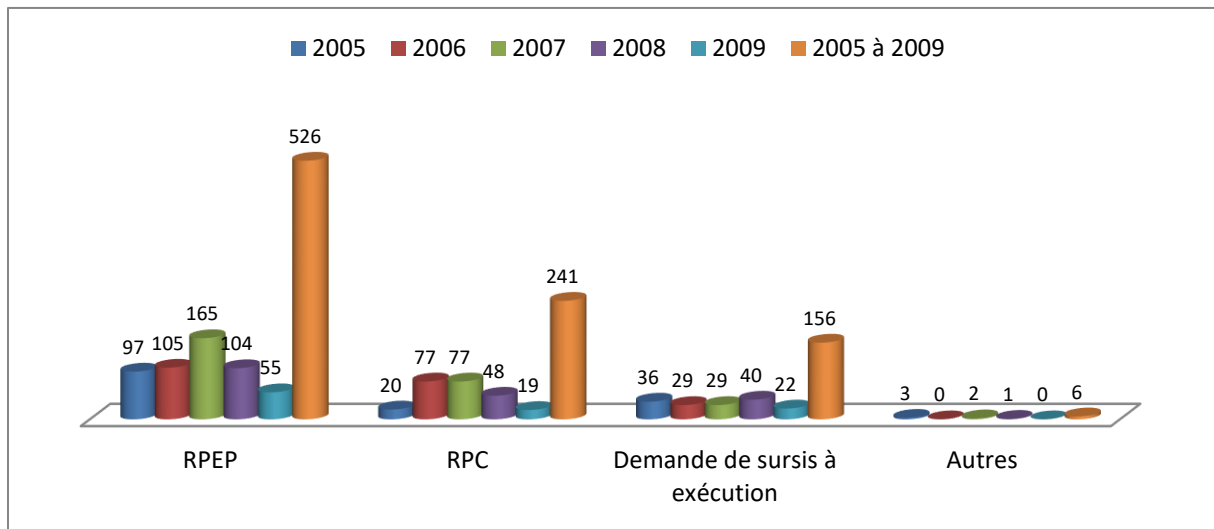
OBJET DES RECOURS AU NIVEAU DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS DE 2005 À 2009



Source : Association Nationale pour la Justice Administrative, Rapport définitif, Études Statistiques sur l'Activité du Conseil d'État et des six Tribunaux Administratifs de 2005 à 2009, p.11.

ANNEXE II-

OBJET DES RECOURS AU NIVEAU DU CONSEIL D'ÉTAT DE 2005 À 2009



Source : Association Nationale pour la Justice Administrative, Rapport définitif, Études Statistiques sur l'Activité du Conseil d'État et des six Tribunaux Administratifs de 2005 à 2009, p.17.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux :

- BONICHOT (J.-C.), *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2007, Paris, 1182 p.
- CABRILLAC (R.), *Libertés et droits fondamentaux*, 14e éd., Dalloz, 2008, Paris, 860 p.
- CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Collection « Précis Domat », 12e éd., 2006, Paris, 1512 p.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8e éd., mise à jour 2007, Paris, 986 p.
- DE VILLIERS (M.), LE DIVELLEC (A.), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, 7^{ème} éd, 2009, Paris, 399 p.
- DUPUIS (G.), *Droit administratif*, Sirey Université, 10^e éd., 2007, Paris, 708 p.
- ÉCOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE, *Recueil de jurisprudence de la Chambre Administrative de 1977 à 2003*, éd. Jurid'ika, s.d, Antananarivo, 572 p.
- FAVOREUX, PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 8^e éd., 1995, Paris, 442 p.
- FRISON-ROCHE(M-A), « 2 + 1 = la procédure », in « La justice, l'obligation impossible », éd. Autrement, 1999, Paris, 238 p.
- GARAPON (A.), ALLARD (J.), GROS (F), *Les vertus du juge*, Dalloz, 2009, Paris, 184 p.
- GUINCHARD (S.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre — Étude de droit comparé*, éd. Bruylant, 2006, Louvain, 336 p.
- GUINCHARD (S.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 5^e éd., Dalloz-Sirey, 2006, Paris, 1392 p.
- HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public général*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900, Paris, 917 p.

- IMBIKY (A.), *Déontologie et responsabilité des Magistrats à Madagascar*, Éd. Créons, 2013, Antananarivo, 345 p.
- « *L'Administration devant son juge* », Journées de réflexions sur « Les relations entre la Juridiction Administrative et l'Administration », édition Jurid'ika, 2008, Antananarivo, 98 p.
- LONG (M.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16e éd., Dalloz, 2007, Paris, 998 p.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE, UNIVERSITÉ D'ANTANANARIVO, *Arrêts commentés de la Chambre Administrative et du Conseil d'État de la Cour Suprême de Madagascar, Année 2008-2009-2010*, éd. Jurid'ika, Antananarivo, 2012, 407 p.
- OZANEUX (G.), *Les Romains : Ou Tableau Des Institutions Politiques, Religieuses Et Sociales de La République Romaine*, Kessinger Publishing Whitefish, 2010, 408 p.
- PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, PUF, Collection « Droit fondamental », 7e édition, 2005, Paris, 528 p.
- PRADEL (J.), VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 4^e éd., Dalloz, 2003, Paris, 406 p.
- PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, Dalloz, 2002, Paris, 2^e éd, 803 p.
- WALINE (M.), *Pouvoir exécutif et justice, La justice VII*, PUF, Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés, Université d'Aix-Marseille, 1961.

Ouvrages spécifiques :

- ALAIN (J.-P.), *Dictionnaire de l'ethnologie malgache*, Publibook, 2015, Paris, 300 p
- ALEXANDRE (C.), *Violences malgaches*, Foi et Justice, 2007, Antananarivo, 196 p.
- ALEXANDRE (C.), *Le Malgache n'est pas une île*, Foi et Justice, Série « Soatoavina malagasy – valeurs malgaches », 2003, Antananarivo, 63 p.

- ANDRIAMANJATO (G.R), *Le tsiny et le tody dans la pensée malgache*, L'Herne, 2013, Paris, 101 p.
- BEAUJARD (P.), *Mythes et société à Madagascar (Tanala de l'Ikongo). Le chasseur d'oiseaux et la princesse du ciel*, L'Harmattan, 1991, Paris, 611 p.
- BLANCHY(S.), RAKOTOARISOA (Jean-Aimé), BEAUJARD (P.), (C.) RADIMILAHY (C.) (dirs.), *Les dieux au service du peuple. Itinéraires religieux, médiations, syncrétisme à Madagascar*, Éditions Karthala, coll. « Religions contemporaines », Paris, 2006, 536 p.
- CALLET (F.), *Tantaran'ny Andriana*, Presy katolika, 1908, Antananarivo, 1258 p.
- CHATAIGNER (J-M), MAGRO (H.), *États et sociétés fragiles : entre conflits, reconstitution et développement*, Ed. Karthala, Paris, 2007, p.482.
- CHRETIEN (J.-P.), *Les ethnies ont une histoire*, Éd. Karthala, Paris, 2003, 435 p.
- CONDOMINAS, *Fokon'olona et collectivités rurales en Imerina*, ORSTOM Éditions, Paris, 1 961 265 p
- JACOB (J.-P.), LE MEUR (P.-Y.), *Politique de la terre et de l'appartenance. Droits fonciers et citoyenneté dans les sociétés du Sud*, Éd. Karthala, Paris, 2010, 432 p.
- KNEITZ (P.) (sous la direction de), *Fihavanana — La vision d'une société paisible à Madagascar : perspectives anthropologiques, historiques et socio-économiques*, Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Schriften des Zentrums für Interdisziplinäre Regionalstudien, 2014, Halle an der Saale, 324 p.
- MALBERT(T.), *Famille et parentalité : rôles et fonctions, entre tradition et modernité : actes du colloque international du 16 au 18 novembre 2005*, L'Harmattan, 2007, Paris, 302 p
- MEDARD (H.), *Traites et esclavages en Afrique orientale et dans l'océan Indien*, Éd. Karthala, Paris, 2013, 520 p.
- OTTINO (P.), *Les champs de l'ancestralité à Madagascar : parenté, alliance et patrimoine*, Karthala-Orstom, Paris, 1998, 688 p

- OTTINO (O), *L'étrangère intime. Essai d'anthropologie de la civilisation de l'ancien Madagascar*, Archives contemporaines, Paris, 1986, 630 p.
- RABEMANANJARA (R. W.), *Le monde malgache. Sociabilité et culte des ancêtres*, L'Harmattan, 2001, Paris, 120 p.
- RAISON-JOURDE (F.), RANDRIANJA (S.), *La nation malgache au défi de l'ethnicité*, Éd. Karthala, 2002, Paris, 443 p.
- RAJEMISA-RAOLISON (R.), *Rakibolana malagasy*, Éd. Ambozontany, 2003, Antananarivo, 1061 p.
- RANAIVOSON (D.), *100 mots pour comprendre Madagascar*, Maisonneuve & Larose, 2007, Paris, 111 p.
- RAJERIARISON (P), URFER (S.), *Idées reçues : Madagascar, Histoire et Civilisations*, Éd. Le Cavalier Bleu, 2009, Paris, 128 p.
- RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, Ed. Points, collection Essais, 2009, Paris, 668 p.
- SCHMIDT (R.), CULPEPER (R.), *L'investissement étranger privé dans les pays les plus démunis*, L'institut Nord-Sud, Ottawa, 2003, 20 p.
- TIBERGHIEU (A.), *Manuel de Droit Fiscal*, Wolters Kluwer, Bruxelles, 2015, 2200 p.
- Transparency International, *Combattre la corruption : enjeux et perspectives*, Karthala, 2002, Paris, 356 p.

Périodiques et revues :

- ANDRIANAY (N. P.), *La Troisième Chambre du Conseil d'État : la Chambre du Contentieux des Contrats Administratifs et de la Fiscalité* in Lanjamira, n° 3, novembre-décembre 2012, p.3.
- BOITEAU (C.), *Le juge unique en droit administratif*, Revue française de droit administratif, 1996, Chroniques p. 10.

- CABANES (A.), ROBBES (A.), *L'impartialité objective du juge en Europe : des apparences parfois trompeuses*, Actualité juridique Droit administratif, 2004, Chroniques p. 2375.
- CASSIA (P.), *Le juge administratif des référés et le principe d'impartialité*, Recueil Dalloz, 2005, Chroniques p. 1182.
- COLSON (E.), *Marché public : le localisme en question*, Revue La Lettre du Cadre Territorial, n° 477, avril 2014, p.64-65.
- CHOUEIRI (R.), *Le « choc culturel » et le « choc des cultures*, Géographie et cultures, n° 68, 2008, p. 5-20.
- COSTA (J.-P.), *Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative*, Actualité juridique Droit administratif 2001, Chroniques p. 514.
- DE FONTBRESSIN (P.), *Le militantisme politique du juge, un danger pour les libertés ?* RTDH, n° 58, 2004, pp.423-434
- DU BOIS DE GAUDUSSON (J.), *Le mimétisme postcolonial et après ?*, Revue Pouvoirs, n° 129, 2009, pp 45-56.
- ERRERA (R.), *Sur le Conseil supérieur de la magistrature français : réflexions et perspectives*, in “Justice - Justiz - Giustizia”, n° 2, 2009
- ESOAVELOMANDROSO (F.), *Libres propos sur l'obligation de motiver les décisions de justice*, Annales Droit-nouvelle série, n° 3, Jurid'ika, 2013, pp.123-137.
- HOURQUEBIE (F.), *L'indépendance de la justice dans les pays francophones*, in Les cahiers de la justice, 2012, 2e trimestre.
- IMBIKY (A.), *Les limites à l'indépendance du juge*, in Revue ETIKA, n ° 11, 2014.
- FAVRET (J.-M.), *La “bonne administration de la justice” administrative*, Revue française de droit administratif, 2004, Chroniques p. 943.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), *L'impartialité du juge*, Recueil Dalloz, 1999, Chroniques p. 53.
- GARRONE (P.), *Le patrimoine électoral européen. Une décennie d'expérience de la Commission de Venise dans le domaine électoral*, RD publ., n° 5, 2001, p. 1417.

- LANDAIS (C.), LENICA (F.), *L'office du juge et le principe d'impartialité*, Actualité juridique Droit administratif, 2004, Chroniques p. 1354.
- LANJAMIRA, Lettre d'information bimestrielle du Conseil d'État de la Cour Suprême de Madagascar, n° 0001, juillet-août 2012.
- MELEDJE (D.F), *Le contentieux électoral en Afrique*, Revue Pouvoirs, n° 129, 2009, p. 139-155.
- NJARA (E.), *Le Fihavanana*, Droit et Cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire, n° 24, 1992, p.153.
- PIRAUX (A.), *L'éthique administrative à l'épreuve de ses usages*, in Pyramides, n° 16, 2008, 83-144.
- PONTTHOREAU (M.-C.), *Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français*, RDP, 1994.747.
- RAKOTOARISOA (J.A), *La notion d'esclave en Imerina (Madagascar) : ancienne servitude et aspects actuels de la dépendance*.
- RARIVOMANATSOA (L.), *Que reste-il du Fihavanana*, Capricorne, n° 16, 2^e Trimestre, 2001
- RASAMOELINA (H.), *Croyances et instrumentalisation à Madagascar*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Antananarivo, 2012
- RASOARIVELO (H.), *La règle applicable en matière de contentieux fiscal* in Lanjamira, n° 5, mars-avril 2013, p.3.
- RANDRIANARIMANANA (T.), *Le juge administratif malgache : entre redevabilité et recherche de légitimité*, Annales Droit-nouvelle série, n° 3, Jurid'ika, 2014, pp.37-43.
- RAZAFINDRALAMBO (L. N.), *Les statuts sociaux dans les Hautes Terres malgaches à la lumière des archives missionnaires norvégiennes*, Ateliers du LESC, n° 32, 2008,
- RAZAFINDRALAMBO (L.N), *Inégalité, exclusion, représentations sur les Hautes Terres centrales de Madagascar*, Cahiers d'études africaines, n° 179-180, 3, 2005, p. 879-904.
- RAZAFINDRALAMBO (L.N.), *"Construction d'identité et relations de dépendance : descendants d'anciens maîtres et descendants d'anciens 'esclaves' en Imerina"*, TALOHA, n° 14-15, 28 septembre 2005,

- SANDRON (F.), *Le fihavanana à Madagascar : lien social et économique des communautés rurales*, *Revue Tiers Monde*, n° 195, 3^{ème} Trimestre, 2008, p. 507-522.
- YOLKA (P.), *La bonne administration de la justice : une notion fonctionnelle ?*, *Actualité juridique Droit administratif*, 2005, Chroniques p. 233.

Thèses :

- DE BOYSSON (B.), *Mariage et conjugalité*, thèse LGDJ, 2012
- PLUEN (O.), *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?* thèse de doctorat soutenue le 22 novembre 2011, Université Panthéon-Assas (Paris 2)
- PAUTI (M.), *Les magistrats de l'ordre judiciaire*, ENAJ, Paris, 1979

Autres articles :

- MOUANNES (H.), *Le Conseil d'État et la notion d'impartialité ou, la variable équation*, VI^e Congrès des Constitutionnalistes, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005.
- SAUVÉ (J-M.), *Les enjeux et les défis de la Juridiction Administrative*, 17 mars 2008, Association des juristes franco-britanniques.
- CONSEIL D'ETAT, *Le juge administratif et le droit électoral*, dossier thématique, mars 2014

Rapport et Études :

- Association Nationale pour la Justice Administrative, *Rapport définitif, Études Statistiques sur l'Activité du Conseil d'État et des six Tribunaux Administratifs de 2005 à 2009*.
- *Le développement économique en Afrique : catalyser l'investissement pour une croissance transformatrice en Afrique*, *Rapport 2014*, CNUCED, 4 juillet 2014, TD/B/61/4, 122 p.

Textes officiels malgaches :

- Constitution de la IVe République.
- Ordonnance n° 2005-005 du 22 mars 2006 portant Loi organique relative au statut de la Magistrature.
- Loi organique n° 2012-005 du 22 mars 2012 portant Code électoral.
- Loi organique 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.
- Code pénal mis à jour le 31 mars 2005.
- Loi n° 2001-025 du 21 décembre 2001 relative au Tribunal Administratif et au Tribunal financier.
- Décret n° 2015-592 du 1^{er} avril 2015 portant classement des Communes en Communes urbaines ou en Communes rurales
- Décret n° 2005-710 du 25 octobre 2005 portant Code de déontologie des magistrats.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	i
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	ii
SOMMAIRE	iv
LISTE DES ANNEXES	iii
RÉSUMÉ	iv
INTRODUCTION GÉNÉRALE	2
PREMIERE PARTIE - L'IMPARTIALITÉ DU JUGE ADMINISTRATIF MALGACHE, UNE EMPREINTE DE SON ENVIRONNEMENT	6
CHAPITRE PREMIER - L'INDÉPENDANCE DU MAGISTRAT ADMINISTRATIF, UN PRÉALABLE A SON IMPARTIALITÉ	8
I- Cadre juridique de l'indépendance de la magistrature, et notamment de la justice administrative à Madagascar	11
A- L'indépendance de la justice, un principe constitutionnel garanti par le Président de la République	11
B- La mise en œuvre de l'indépendance de la justice administrative à Madagascar	13
1) Le recrutement des nouveaux magistrats à travers le système de concours....	14
a) Le système de concours, le principe dans le cadre de l'entrée dans la magistrature	14

b) Le mode de recrutement dérogatoire : la nomination directe ou recrutement sur titre	15
2) La gestion de la carrière par le Conseil Supérieur de la Magistrature 16	
a) La Magistrature malgache, le Conseil Supérieur de la Magistrature et le système de carrière	17
b) La réforme nécessaire de la promotion de grade : le système de concours ..	19
II- Les menaces réelles à l'indépendance du juge administratif : une porte ouverte sur les dérives de partialité	19
A- Les dépendances budgétaire et administrative chroniques de la justice administrative	20
1) Une brève présentation du Conseil d'État de la Cour Suprême de Madagascar	21
2) Quid du budget du Conseil d'État de la Cour Suprême de Madagascar ?	22
a) Une juridiction privée d'une autonomie budgétaire	22
b) Un budget confectionné et présenté par le Ministère de la Justice devant le Parlement	23
c) Une réduction annuelle du budget du Conseil d'État	24
B- L'inamovibilité du juge du siège, une règle mise à mal au cours de ces dernières années	25
1) Qu'est-ce qu'un magistrat du siège ?	26
2) En quoi consiste l'inamovibilité des juges du siège ?	26
a) L'inamovibilité dans le langage courant	27
b) L'inamovibilité vue par la doctrine	27
3) Le scandale de l'atteinte à l'inamovibilité en 2015 à Madagascar	29
a) Le contexte	29
b) L'inamovibilité, la nécessité de service et les abus	29
c) La nécessité de service, une notion à encadrer	31
C- La présence du Président de la République au sein du CSM, un facteur de malaise	32

CHAPITRE II - L'IMPARTIALITÉ SUBJECTIVE DU JUGE ADMINISTRATIF ET LES VALEURS CULTURELLES MALGACHES 34

I - L'impartialité subjective ou personnelle du juge administratif 35

A- Un lien de parenté entre le juge administratif et l'une des parties au procès 36

1) Le lien de parenté vu par le Législateur 37

2) Le lien de parenté selon la jurisprudence 37

B- L'appartenance du juge et de l'une des parties à la même affiliation 38

1) L'affiliation à une même entité et la partialité 38

2) Une position plus souple de la jurisprudence 39

C- Le juge donne des appréciations sur l'issue du litige 40

D- La décision est injurieuse à l'une des parties..... 41

E- Quelques observations sur l'impartialité subjective ou personnelle 42

1) Les comportements du juge au cours de l'audience..... 42

2) La jurisprudence et la qualification des propos tenus par le juge en audience 43

II- L'impartialité subjective du juge et le Fihavanana 45

A- Le *Fihavanana*, un essai de définition 46

1) Le *Fihavanana*, une valeur reconnue dans la Constitution malgache 46

2) Le *Fihavanana*, un concept à plusieurs sens 47

a) Le *Fihavanana*, une valeur intrinsèquement liée à la notion de famille 47

b) Le *Fihavanana*, pris en son sens strict, fondé sur le *fati-drà* 49

c) Le *Fihavanana* conçu comme la fraternité 49

B- Les *adidy*, le *Fihavanana* et l'impartialité 51

1) Les *adidy* sont inhérents au *Fihavanana* 52

2) La perversion des *adidy* au nom du *Fihavanana* : une menace pour l'impartialité 53

III- Les interférences du *Firazanana* avec l'impartialité subjective 55

A- Les questions inter-ethniques à Madagascar 56

B- Les relations inter-castes, particulièrement en Imerina	57
C- L'impartialité du juge administratif malgache au défi de la persistance des discriminations inter-castes et inter-ethniques	59
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	60
PARTIE II - LA DIMENSION DE L'IMPARTIALITÉ DU JUGE ADMINISTRATIF	61
CHAPITRE PREMIER - LES ENJEUX DE L'IMPARTIALITÉ DU JUGE ADMINISTRATIF POUR MADAGASCAR	63
I- L'impartialité du juge administratif, une garantie pour la stabilité et la sécurisation des investissements	63
A- La fiscalité et le juge administratif malgache	64
1) Un partage des compétences au sein de la Juridiction Administrative	64
2) Le juge fiscal malgache au défi de la mise en place d'une véritable justice fiscale	65
a) Le juge fiscal malgache contemporain a déjà posé les premiers jalons de la jurisprudence fiscale pour assurer la pérennité des investissements	66
B- La Juridiction Administrative, la commande publique et l'accessibilité des entreprises à la procédure	69
1) La commande publique, un moteur de changement au sein de l'Administration publique	70
a) L'amélioration de la qualité des services rendus	70
b) La mise en concurrence des candidats dans le cadre d'un strict respect de l'égalité des chances	71
2) Les enjeux économiques de la commande publique	72
a) La commande publique, pour une bonne gouvernance	72
b) La commande publique, un levier pour le développement de l'économie nationale : le cas des petites et moyennes entreprises	74
c) Le juge administratif, garant de l'égalité des chances et gardien des deniers public dans le cadre des marchés publics	75
II- L'impartialité du juge administratif et la stabilité sociale	76
A- Le juge administratif, en tant que juge électoral	78

1) Une compétence limitée aux élections locales	78
2) Les pouvoirs redoutables détenus par le juge électoral	79
a) La rectification des résultats	80
b) L'annulation découlant des manœuvres altérant la sincérité du vote	80
c) La disqualification	81
B- Le juge administratif et les élections de sortie de crise en 2015	83
1) La ruée vers les tribunaux administratifs et la victoire du contentieux électoral	84
2) La timidité, le talon d'Achille du juge électoral	85
a) Le juge électoral a manqué son rendez-vous à cause de ses balbutiements ..	85
b) La faiblesse du nombre de cassations prononcées par le Conseil d'Etat malgache	87
CHAPITRE II - L'EXIGENCE DE LA PROTECTION DE L'IMPARTIALITÉ DU JUGE ADMINISTRATIF MALGACHE	89
I- L'impartialité, une règle déjà assise dans le contentieux administratif	89
A- L'impartialité, une garantie des parties à l'instance	89
1) Le juge impartial et les arguments probatoires	90
2) L'impartialité qui se donne à voir	91
B- La prévention et les sanctions de la partialité du juge administratif	93
1) Les différents moyens pour prévenir la partialité	93
a) La procédure à la disposition du juge administratif lui-même : le déport....	93
b) Les techniques à la disposition des parties	94
2) Les sanctions de la partialité du juge administratif	96
a) La partialité d'un juge administratif entraîne nécessairement la censure de sa décision	96
b) La partialité d'un juge administratif engage sa responsabilité	98
II - Quelques pistes de recommandations pour renforcer le principe d'impartialité au niveau de la Juridiction Administrative malgache	99

A- Une délimitation pratique et un encadrement strict des cas de cumul au niveau du système juridique français, une piste à suivre	100
1) Le cumul de fonctions au provisoire et au fond	100
2) Le cumul de fonctions juridictionnelles de juge au fond	101
B- Une réorganisation potentielle de la Juridiction Administrative malgache	102
1) L'innovation : un système de rotation dans le traitement des affaires au sursis et au fond	102
2) L'interdiction du cumul de fonctions administratives et juridictionnelles	106
3) Le règlement des cas des époux au sein d'une même juridiction	106
CONCLUSION DE LA PARTIE II	108
CONCLUSION GÉNÉRALE	109
ANNEXE I- OBJET DES RECOURS AU NIVEAU DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS DE 2005 À 2009	I
ANNEXE II- OBJET DES RECOURS AU NIVEAU DU CONSEIL D'ÉTAT DE 2005 À 2009	II
BIBLIOGRAPHIE	v
TABLE DES MATIERES	xiii