

# Sommaire

Mots-clés

Résumé

INTRODUCTION..... 1

**PREMIERE PARTIE – PRESENTATION CRITIQUE DE LA NOTION ..... 4**

I.1 – Délimitation de la notion de justice constitutionnelle..... 4

I.1.1 – Les grands modèles de justice constitutionnelle ..... 4

I.1.1.1 – Le modèle américain ..... 5

I.1.1.2 – Le modèle européen ..... 5

I.1.1.3 – Les autres modèles ..... 6

I.1.2 – Les enjeux de la justice constitutionnelle ..... 7

I.1.2.1 – La promotion de la démocratie ..... 7

I.1.2.2 – Justice constitutionnelle et garantie des droits fondamentaux ..... 8

I.1.2.3 – La justice constitutionnelle et l’Etat de droit..... 8

I.2 – Les problèmes liés au développement de la notion ..... 9

I.2.1 – Sur la nature de la juridiction constitutionnelle ..... 9

I.2.1.1 – La thèse politique..... 9

I.2.1.2 – La nature juridictionnelle..... 10

I.2.2 – Par rapport au rôle de la juridiction constitutionnelle..... 11

I.2.2.1 – Les raisons de fond..... 11

I.2.2.2 – Les raisons institutionnelles, politiques et conjoncturelles ..... 12

<b>DEUXIEME PARTIE – DES POSSIBILITES DE REFORME .....</b>	<b>14</b>
II.1 – Par rapport à l’institution elle-même .....	14
II.1.1 – Promotion d’une juridiction constitutionnelle indépendante.....	14
II.1.2 – Réforme quant à la composition.....	15
II.1.3 – L’avenir de la « Cour Constituée » à Madagascar.....	17
II.2 – Par rapport au mode d’intervention.....	17
II.2.1 – Réforme quant aux compétences de l’institution.....	17
II.2.1.1 – La réduction des compétences politiques .....	18
II.2.1.2 – La concentration des compétences juridictionnelles.....	18
II.3 – Par rapport aux modalités de saisine .....	19
II.3.1 – Le moment de la saisine.....	19
II.3.1.1 – Contrôle concret ou contrôle abstrait.....	19
II.3.1.2 – Contrôle a priori ou a posteriori.....	20
II.3.2 – Les titulaires.....	21
II.3.3 – Les solutions .....	21
II.4 – La juridictionnalisation de la procédure .....	22
CONCLUSION .....	23
BIBLIOGRAPHIE .....	24

## MOTS CLES

Conseil constitutionnel ;  
Constitution ;  
Contrôle a posteriori ;  
Contrôle a priori ;  
Contrôle abstrait ;  
Contrôle concret ;  
Contrôle de constitutionnalité ;  
Cour constitutionnelle ;  
Droits fondamentaux (effectivité);  
Haute cour constitutionnelle ;  
Hiérarchie des normes ;  
Impartialité.  
Indépendance ;  
Juridiction constitutionnelle ;  
Justice constitutionnelle ;  
Modèle américain ;  
Modèle de Cour constitutionnelle européenne ;  
Modèle européen ou kelsénien ;  
Recours individuel ;  
Suprématie de la Constitution.

## **RESUME**

L'insertion d'une disposition dans la Constitution ne suffit pas à garantir son effectivité. Il faudrait se placer par rapport à l'organe qui devrait sanctionner la violation de la norme : la juridiction constitutionnelle. Or la seule présence de cette juridiction ne résout pas le problème. Cette institution se doit de sanctionner réellement toutes les incohérences et assurer ainsi une vraie justice constitutionnelle. A cet égard, une justice constitutionnelle n'est effective qu'à partir du moment où elle est indépendante, impartiale et légitime, ce qui est contraire à une forte politisation comme le cas dans la plupart des pays du continent africain dont Madagascar. L'impartialité et l'indépendance seront le reflet de la composition, des fonctions attribuées à l'institution. A partir du moment où ces conditions sont respectées, la juridiction pourra s'aligner sur le modèle des Cours constitutionnelles européennes garante d'un ordre juridique objectif : la démocratie et d'un ordre juridique subjectif : la protection des droits fondamentaux des individus. Mais avant d'arriver à un tel stade, des réformes doivent être entreprises ce qui nécessite avant toute chose une volonté politique assez conséquente de la part de tous les acteurs du pays.

## INTRODUCTION

**S**i la justice disparaît, c'est chose sans valeur que des hommes vivent sur terre" disait Emmanuel Kant dans son livre 'Doctrine du droit'<sup>1</sup>. La justice est alors un élément fondamental de la vie en société. Mais quel est le rapport entre justice et société. Le lien se dégage dès lors que toute organisation devrait être régie par le droit : celui-ci serait alors synonyme de justice. Et l'effectivité de cette justice ne serait possible qu'à partir du moment où l'application de ce droit est assurée par un organe ayant pour rôle de sanctionner toute déviation aux normes posées. Le premier des normes que toute organisation doit adopter est le 'statut'. En effet, ce dernier va assurer son fonctionnement régulier et efficace; c'est à partir de ce statut que serait défini tout ce qui est mode de constitution et de fonctionnement, exercice des pouvoirs, attributions des dirigeants. Et si on raisonne, en terme d'Etat, ce statut correspondrait à la 'constitution', norme de base qui se définit comme le document qui contient l'ensemble des règles relatives à l'exercice et la dévolution du pouvoir et dont la modification ne peut être faite qu'à la suite d'une procédure particulière. Pour garantir son effectivité, un organe spécifique va sanctionner toute incohérence avec celle-ci : la 'juridiction constitutionnelle'<sup>2</sup> chargée d'assurer la 'justice constitutionnelle'. L'expression 'justice constitutionnelle' a été employée pour la première fois par Robert Von Mohl en 1837 pour désigner l'organe chargé de statuer sur la responsabilité pénale des ministres. Les mœurs ayant évolué et la Constitution ne se bornant plus à définir un seul ordre juridique objectif, à la défense duquel ne seraient intéressés que les autorités politiques et les juges, elle va tendre également vers la protection d'un ordre juridique subjectif qui concerne les citoyens en leur reconnaissant des droits et libertés. Ainsi, la justice constitutionnelle se doit d'assurer le lien entre la Constitution et les citoyens.

L'Etat moderne se voulant d'institutionnaliser le pouvoir politique par sa juridicisation ou par la constitutionnalisation du pouvoir, d'une part, et d'assurer le plein exercice par les citoyens de leurs droits fondamentaux d'autre part, la question de la 'garantie de la Constitution' prendra une place d'envergure dans les réformes à effectuer. Cette garantie se fera par la mise en place d'un organe spécial garant du maintien de l'ordre constitutionnel à l'instar des censures américaines, des plans italiens chez Vincenzo Cuoco et Francesco Maria Pagano, de l'éphorat dans

---

<sup>1</sup> Première section, II

<sup>2</sup> Ce terme va englober dans le cadre de ce devoir toutes les institutions du genre existant dans le monde : Cour constitutionnelle, Conseil constitutionnel, tribunal constitutionnel, ou encore Haute Cour constitutionnelle

la République parthénopéenne mort-née, de la jurie constitutionnaire de Sieyès ou encore de la staatsgerichtsbarkeit de l'Allemagne du XIXème siècle. Le contrôle de la constitutionnalité des lois sera le moyen le plus efficace à cet égard. Mais, et à exclusion des Etats Unis dont l'existence d'un tel organe remonte à 1787 avec la Cour Suprême de Justice, le modèle européen de justice constitutionnelle n'apparaît qu'ultérieurement<sup>3</sup> avec les développements très enrichissants du juriste autrichien Hans Kelsen<sup>4</sup>. La formation du droit par degré, cette théorie plaçant la Constitution au sommet de la hiérarchie, va alors fonder l'existence même de la justice constitutionnelle en Europe. Malgré le fait que l'article de Kelsen ait été publié en 1928, le premier modèle n'apparaîtra qu'à partir de 1945<sup>5</sup> en Autriche avec la loi constitutionnelle du 12 octobre 1945 en son article 48. Ce premier pas a été suivi par la République Fédérale d'Allemagne (RFA) au lendemain de la seconde Guerre Mondiale par la loi fondamentale du 08 mai 1949 et par la création du tribunal constitutionnel avec la loi du 12 mars 1951 fonctionnant au mois de septembre de la même année. L'Italie va dans le même sens avec la Constitution du 27 décembre 1947 ; cependant, la Cour Constitutionnelle ne sera mise sur pied que 8 ans plus tard parce que le Parlement ne parvient à nommer les cinq juges que le 30 novembre 1955, la première séance n'ayant lieu que le 23 avril 1956. La mise en place d'une telle justice pour les autres pays européens ne se fera que dans les années 70<sup>6</sup>. Pour le cas de la France, l'instauration de l'organe n'est pas très évidente : partant de la 'jurie constitutionnaire' de Sieyès en passant par les sénats impériaux, puis le comité constitutionnel de 1946 pour arriver au Conseil Constitutionnel de 1959. Pour la Grande Île, la première Constitution malgache du 29 avril 1959<sup>7</sup> consacre dans son titre VI l'existence d'un Conseil Supérieur des Institutions ayant pour mission le contrôle de conformités des lois et ordonnances à la Constitution. La Constitution de la troisième République<sup>8</sup> institua la Haute Cour Constitutionnelle en apportant quelques modifications. Et le modèle de justice constitutionnelle tend de plus en plus à l'expansion dans le monde avec pour rôle premier le contrôle de constitutionnalité des lois par rapport à la norme suprême : la Constitution.

---

<sup>3</sup> L'existence de situation de fait et l'impossibilité de transposer le système américain en sont notamment les causes

<sup>4</sup> 'La garantie juridictionnelle de la Constitution – La justice constitutionnelle', RDP 1928 p.253

<sup>5</sup> En réalité, une Cour Constitutionnelle a été instituée en Autriche en 1920 dont le rôle était de contrôler la constitutionnalité des lois, mais l'arrivée des régimes dictatoriaux au pouvoir dans le pays a fait que celle-ci a été abolie en 1930. Les développements de Kelsen étant mis en veilleuse.

<sup>6</sup> Grèce : 1975 ; Portugal : 1976 ; Espagne : 1978

<sup>7</sup> Mise à jour au 1<sup>er</sup> juillet 1969

<sup>8</sup> Révisée le 04 avril 2007

Cette expansion n'est pas sans lien avec le concept de 'démocratie'<sup>9</sup>, c'est ainsi que « l'instauration de la Cour constitutionnelle est le Big-bang de la démocratie constitutionnelle »<sup>10</sup> et le constat montre que « le contrôle de constitutionnalité fait partie du patrimoine commun des démocrates »<sup>11</sup>. L'idée est que la démocratie conçue comme le gouvernement de la majorité peut nuire à la liberté des citoyens, la justice constitutionnelle étant présente pour remédier à cette dérive, elle sera « le contrepoids irremplaçable de la suprématie du principe majoritaire »<sup>12</sup>. La conception classique de la démocratie étant alors dépassée car amène le plus souvent à l'abus<sup>13</sup>. A côté de la promotion de la démocratie, l'existence d'une juridiction constitutionnelle renforcerait l'Etat de droit dans un pays. Or, qui dit Etat de droit dit application effective de toutes les normes existantes dans la société. La simple existence de textes ne suffit alors, son exécution devrait être assurée. Pour le cas de la Constitution, l'insertion d'une disposition dans un tel document ne confère pas forcément le caractère obligatoire, sans un organe chargé de contrôler son effectivité en y attachant des sanctions, la Constitution ne serait qu'un programme politique, à la rigueur obligatoire moralement, un recueil de bons conseils pour le législateur<sup>14</sup>. Fausse est l'idée selon laquelle l'existence d'un texte, quel que soit son intitulé (Charte, déclaration, Constitution, loi fondamentale ...) suffit à garantir le respect des droits fondamentaux qu'il contient. Et encore faut-il que l'organe assurant la garantie de la norme, la Constitution notamment, ne soit pas juste un grand bloc de pierre laissant passer toutes les violations à l'encontre de la norme de référence.

Mais quels sont les freins faisant que l'on ne puisse accéder à l'idéal de justice constitutionnelle et quelles sont les mesures à prendre pour faire de la Constitution une norme de référence par l'action de la juridiction constitutionnelle?

Malgré la présence d'une juridiction constitutionnelle dans un pays, des constats de fait montrent que l'institution n'a pas toute sa légitimité irritant tout son statut (première partie). Tout poison ayant un antidote, des réformes peuvent être apportées pour redorer le blason de l'institution (deuxième partie).

---

<sup>9</sup> Notion à la recherche d'une acception à Madagascar

<sup>10</sup> ROUSSEAU, Dominique, in 'Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel', A.F.C, Economica et P.U.A.M 1995 p.76 et suivant

<sup>11</sup> JEON, Hak-Seon, in 'L'application du principe de proportionnalité dans la justice constitutionnelle en Corée'

<sup>12</sup> KELSEN, Hans, op. cit.

<sup>13</sup> "Summum jus, summa injuria".

<sup>14</sup> EISENMANN, Charles « La Justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche » Economica 1986

## **PREMIERE PARTIE – PRESENTATION CRITIQUE DE LA NOTION**

Le procès constitutionnel, dans la vie courante, occupe une place très minime par rapport au procès civil et au procès pénal. En effet, c'est seulement lors d'élection, de manifestation populaire ou encore d'investiture du Président de la République que la juridiction constitutionnelle est montrée du doigt. Ce qui semble assez normal avec les problèmes que l'institution connaît (I.2), d'autant plus que la notion n'est pas encore très ancrée chez le citoyen (I.1).

### **I.1 – Délimitation de la notion de justice constitutionnelle**

Dans tous les pays dotés d'une Constitution écrite<sup>15</sup>, cette dernière est considérée comme la norme nationale suprême qui prévaut sur toute autre norme inférieure en cas de conflit<sup>16</sup>. Pour qu'il en soit toujours ainsi, un contrôle<sup>17</sup> est généralement prévu par un organe qui variera suivant le modèle de justice constitutionnelle suivi (I.1.1). Le développement de cette dernière présentant nombre d'enjeux (I.1.2)

#### **I.1.1 – Les grands modèles de justice constitutionnelle**

On distingue traditionnellement le modèle des Etats-Unis qui fut le premier à voir le jour, et le modèle kelsénien, caractéristique des pays européens. Cependant, il est des modèles inclassables ou encore des modèles mixtes de justice constitutionnelle.

---

<sup>15</sup> Ce qui est de loin le cas de nos jours

<sup>16</sup> Principe hérité des idées de Kelsen

<sup>17</sup> Ce contrôle est généralement appelé 'contrôle de constitutionnalité' ou 'contrôle de conformité de la loi à la Constitution'

### **I.1.1.1 – Le modèle américain**

Les Etats-Unis ont été les premiers à initier l'existence de la justice constitutionnelle avec la Constitution de 1787, qui instaura le contrôle de constitutionnalité. Cependant, ce ne fut qu'en 1803, dans l'arrêt 'Marbury vs Madison' que la Cour suprême des Etats-Unis s'est attribuée effectivement l'exercice d'un tel contrôle<sup>18</sup>.

Ce modèle se distingue des autres car est reconnu aux tribunaux ordinaires le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois. C'est ainsi que l'on parle de contrôle « diffus » : n'importe quel tribunal est compétent pour apprécier la constitutionnalité des lois.

Et pendant longtemps, l'institution était identifiée au modèle et cela à tel point que l'expression de « judicial review » suffisait à caractériser tout le système.

Ainsi, le contrôle est mis en œuvre par le citoyen suivant trois modalités : d'une part, l'exception d'inconstitutionnalité, d'autre part, la contestation directe avant un procès par le citoyen et enfin en cas de difficulté d'application d'une loi, le citoyen peut demander au tribunal de se prononcer par un jugement déclinatoire sur sa constitutionnalité. Et en cas d'inconstitutionnalité de la loi, celle-ci ne sera pas annulée mais seulement écartée du procès pendant. C'est dire que le jugement émis par le tribunal n'a qu'une autorité relative de la chose jugée<sup>19</sup>.

Mais le modèle des Etats-Unis est un cas assez isolé, il convient de se pencher plus sur le modèle européen ou kelsenien.

### **I.1.1.2 – Le modèle européen**

Malgré les tentatives de transposition du modèle américain en Europe<sup>20</sup>, en vain, tous les essais se sont soldés en échec. L'Europe est donc condamnée à chercher un système qui lui sera propre. Le continent était cependant septique et méfiant à la création du contrôle de constitutionnalité<sup>21</sup>, le pas ne sera franchi que dans les années 1920 avec les idées du juriste australien Hans Kelsen<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> La raison avancée est le manque d'état de réflexion au moment de l'adoption de la Constitution

<sup>19</sup> Deux limites doivent être apportées : d'un côté, la norme déclarée inconstitutionnelle s'impose à toutes les autres juridictions qui ne doivent plus l'appliquer, d'un autre côté, il faut nuancer à partir du moment où la norme est contrôlée par la Cour suprême.

<sup>20</sup> Notamment en France, avec un mouvement d'abord doctrinal puis politique. Lancée par une initiative de la société de législation comparée en 1902, il est repris par les grands auteurs de droit public (Hauriou, Duguit, Jèze), il sera présent dans le débat politique en 1920

<sup>21</sup> Surtout en France

<sup>22</sup> Op. cit

Ce dernier préconise l'existence d'un organe qui transformera la Constitution en une véritable norme juridique qui s'impose à tous. Selon le juriste : « l'ordre juridique n'est pas un système de normes placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée d'un certain nombre d'étages ou de couches de normes juridiques »<sup>23</sup>. Il faut donc une Cour, de caractère exceptionnel et de forte légitimité, située, par sa composition, hors du système juridictionnel ordinaire afin d'empêcher les juridictions ordinaires de mettre la main sur la loi et donc de prendre barre sur le parlement démocratique. L'idée de la séparation de l'ordre judiciaire se justifie par la volonté de donner une réelle indépendance à la juridiction constitutionnelle<sup>24</sup>. Ainsi naissent les cours constitutionnelles. Sous la plume de Louis Favoreu, ce terme désigne « la juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci comme des pouvoirs publics »<sup>25</sup>. De ces diverses définitions, le modèle européen se caractérise donc par la séparation du contentieux constitutionnel des autres ; ensuite par le monopole d'interprétation de la Constitution donné à une Cour constitutionnelle ; par la singularité de la Cour constitutionnelle qui ne se trouve pas au sommet d'une hiérarchie de l'édifice juridictionnel ; enfin par l'autorité absolue de la chose jugée des décisions émises par la Cour.

Quant aux modalités de saisine, dans la plupart des cours, seules les autorités politiques peuvent saisir la juridiction constitutionnelle, alors qu'aux Etats-Unis, le contrôle de constitutionnalité se trouve être à l'initiative du citoyen lors d'un procès.

### **I.1.1.3 – Les autres modèles**

Tous les pays ne se sont pas alignés sur ces deux extrêmes. En effet, il est des pays qui ont des modèles inclassables ou encore qui se situent à mi-chemin entre le modèle américain et européen : ce sont les systèmes mixtes qui combinent les deux modèles, c'est-à-dire empruntant des éléments au « judicial review » et au « constitutional review »<sup>26</sup>. Mais parmi les pays adoptant ce modèle mixte, rares sont ceux qui ne s'inclinent pas vers un des modèles classiques.

---

<sup>23</sup> In théorie pure du Droit, traduction de Charles Eisenmann, Paris, Dalloz 1962

<sup>24</sup> Ce qui n'est pas sans conséquence

<sup>25</sup> FAVOREU, Louis, les Cours constitutionnelles, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> édition, 1996, p.3

<sup>26</sup> Le « constitutional review » est relatif au système européen si la « judicial review » correspond à celui des Etats-Unis

Le pays tend donc toujours à se pencher soit vers le modèle américain soit vers le modèle européen.

A chaque pays va donc correspondre un modèle de justice constitutionnelle et il est à signaler que cette dernière tendant de plus en plus à l'extension à raison des enjeux que le concept présente.

## **I.1.2 – Les enjeux de la justice constitutionnelle**

### **I.1.2.1 – La promotion de la démocratie**

Ce n'est pas pour rien que le Professeur Jean Rivero affirmait que le contrôle de constitutionnalité est une des composantes normales de tout Etat de droit et de toute démocratie. Les pays qui se sont dotés de juridiction constitutionnelle sont ceux qui se sont sortis de régimes dictatoriaux, autoritaires ou absolus. Il en était ainsi au Portugal, en Allemagne ou en Italie dominés par les régimes fascistes et nazis. Pour éviter une rechute dans ces systèmes draconiens d'une part, et pour une mise en œuvre effective de la démocratie d'autre part, les divers pays se sont empressés de créer des Cours constitutionnelles. La conception classique selon laquelle la démocratie est l'expression de la volonté des plus nombreux est très erronée. Cette acception transformera, par exemple, le Parlement en une institution servile pouvant porter atteinte aux droits fondamentaux des citoyens. Pour éviter que le vote des lois ne soit qu'un rituel par lequel le gouvernement devrait passer, l'examen de la conformité de la loi à la Constitution assurera à la fois le respect des principes démocratiques contenus dans la norme suprême et la protection des droits des minorités.

Par rapport à l'exécutif, la Constitution fixe le cadre d'exercice du pouvoir, les règles du jeu, la Cour constitutionnelle renforcera ce domaine et évitera à l'exécutif de sortir de ce cadre délimité. M. Cappelletti ajoute qu'un système efficace de contrôle juridictionnel est totalement incompatible avec tout régime antilibéral, absolu et dictatorial. La justice constitutionnelle est donc devenue le contrepoids irremplaçable de la suprématie du principe majoritaire.

### **I.1.2.2 – Justice constitutionnelle et garantie des droits fondamentaux**

Déjà affirmée plus haut, la Constitution est aussi tenue d'entretenir des relations d'ordre subjectif avec les citoyens. Ce lien tend vers l'intensité avec l'insertion dans la Constitution du patrimoine commun des droits fondamentaux avec la Déclaration universelle des droits de l'Homme, le pacte des droits civiques et politiques ou encore le pacte international sur les droits économiques et sociaux. La Loi fondamentale malgache les prévoit en son titre II et ils en font partie intégrante. Ainsi tout en assurant la garantie de la Constitution, les Cours constitutionnelles sanctionnent toutes les violations de ces droits fondamentaux. Cette reconnaissance des droits fondamentaux des individus a été faite à l'issue d'une décision du Conseil constitution français en 1971<sup>27</sup>. En outre avec l'idée de l'Etat de droit prônée, ce qui suppose que toutes les normes existant dans la société doivent être appliquées et sanctionnées, la garantie de ces droits fondamentaux ne devrait plus faire défaut.

### **1.1.2.3 – La justice constitutionnelle et l'Etat de droit**

La grande majorité des Etats se proclame de nos jours 'Etat de droit' par opposition à l' 'Etat de police' en prônant l'application de principe de toutes les normes existant à commencer par la Constitution jusqu'à la plus petite norme existante.

L'Etat de droit est une expression employée pour caractériser un Etat dont l'ensemble des autorités politiques et administratives, centrales et locales, agit en se conformant effectivement aux règles de droit en vigueur et dans lequel tous les individus bénéficient également de garanties et de libertés fondamentales<sup>28</sup>. Mais à qui revient la protection des libertés et droits fondamentaux ? Garanti par la Constitution, la Cour constitutionnelle aura tout son rôle à jouer. Bref, Etat de droit et justice constitutionnelle doivent rimer ensemble.

La justice constitutionnelle joue donc un rôle assez conséquent aussi bien par rapport à l'exercice du pouvoir que pour la garantie des droits fondamentaux. Cependant, en dépit de l'existence d'une Cour constitutionnelle, des difficultés vont se présenter faisant que la justice constitutionnelle ne sera pas à son effectivité.

---

<sup>27</sup> CC 16 juillet 1971, Liberté d'association : c'est une décision de principe, une plaque tournante dans la vie du Conseil constitutionnel français car concrétise la notion de justice constitutionnelle dans le pays

<sup>28</sup> GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel), in « lexique des termes juridiques », Paris, L.G.D.J, 2005

## **I.2 – Les problèmes liés au développement de la notion**

La détermination de nature de la juridiction constitutionnelle est le problème commun à tous les systèmes existants (I.2.1). Mais pour certains pays<sup>29</sup>, le problème se pose au niveau même du rôle que va jouer l'institution (I.2.2). Pour être simpliste, nous nous pencherons sur le cas du Conseil constitutionnel français<sup>30</sup>.

### **I.2.1 – Sur la nature de la juridiction constitutionnelle**

Deux (02) thèses essentielles se sont opposées. Si la première argue que la juridiction constitutionnelle est un organe politique, la seconde soutient que c'est un organe juridictionnel.

#### **I.2.1.1 – La thèse politique**

La nature politique tient d'abord à la composition du Conseil : c'est ainsi que la plupart des membres sont désignés par des autorités politiques de manière discrétionnaire. Une telle nomination a pour effet la coloration politique de l'institution.

Ensuite, politique est le Conseil en raison de ses fonctions : le contrôle des lois et participation directe ou indirecte au pouvoir. En effet, la promulgation de loi clôt la procédure législative<sup>31</sup>, or le Conseil intervient au stade même du processus législatif faisant qu'il pose des contraintes au législateur. Il devient un « colégislateur », or le législatif étant composé de personnes issues de divers partis politiques, et le vote des lois se fait suivant des intérêts politiques, le Conseil devient alors politique.

Bernard Chénot ajoute : « je n'ai jamais pensé une seconde que le Conseil constitutionnel fut un organe juridictionnel, c'est un corps politique par son recrutement et par les fonctions qu'il remplit »<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> En France notamment, et c'est ce qui a fait que dans ce pays la juridiction constitutionnelle traversera diverses périodes avant d'arriver au stade où il en est aujourd'hui.

<sup>30</sup> L'exemple du Conseil constitutionnel français est de rigueur dans la mesure où Madagascar, une colonie française d'autrefois, s'est beaucoup inspiré de ce système.

<sup>31</sup> CC 23 août 1985

<sup>32</sup> Allocution lors d'un colloque, Aix en Provence, 02 décembre 0977

D'autre part, l'histoire constitutionnelle de la France montre que le Conseil constitutionnel a été institué pour un but politique : la surveillance du Parlement. L'institution était une arme à la disposition de l'exécutif et tournée vers le Parlement pour éviter le retour à un régime où cette institution serait très prépondérante<sup>33</sup>.

### **I.2.1.2 – La nature juridictionnelle**

Cette thèse est celle soutenue par la doctrine<sup>34</sup> et se base sur trois éléments pour étayer l'affirmation.

Tout d'abord, le caractère de juridiction se reflète à travers les fonctions du Conseil : par la résolution de conflit entre deux lois, le Conseil est amené à répondre à une question de droit et donc à dire le droit.

Ensuite, il est des litiges faisant intervenir une tierce personne : ce qui fait que des personnes peuvent être partie à un procès se présentant devant le Conseil, personne à la recherche d'une justice, du droit. C'est le cas du contentieux électoral ou de la contestation de la constitutionnalité des lois entre le Premier Ministre et le Sénat.

Enfin, le caractère juridictionnel tient à la force des décisions émises par le Conseil. En principe, elles ont autorité de la chose jugée et il n'est pas de possibilité de recours ou de contestation contre celles-ci.

Cette thèse de la juridictionnalisation de la Cour constitutionnelle est de mieux en mieux soutenue. Mais il est un petit handicap, le terme d'autorité de la chose jugée ne figure nulle part dans la Constitution, ni dans le texte fixant le statut de l'institution, ce qui fait interroger sur la portée de cette affirmation. Pis encore, les membres de la Cour sont qualifiés de 'conseillers' ou 'haut conseillers' alors que dans le cadre d'une juridiction, on a en face des magistrats et des juges.

Ces constats dégagés peuvent faire pencher la balance en faveur de la thèse politique mais aujourd'hui la doctrine et la classe politique s'accorde à consacrer le caractère juridictionnel de l'institution.

---

<sup>33</sup> Les sénats impériaux

<sup>34</sup> Marcel Waline in 'Préface aux grandes décisions du Conseil constitutionnel' ; François Luchaire in 'Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction' RDP 1979 page 27 ; Jean Rivero in 'Libertés publiques' PUF, 1981

## **I.2.2 – Par rapport au rôle de la juridiction constitutionnelle**

Une juridiction constitutionnelle a pour mission principale le contrôle de constitutionnalité des lois. Cette idée de contrôle a fait l'objet de vive réticence en France se justifiant par trois raisons.

### **I.2.2.1 – Les raisons de fond**

La sacralisation de la loi fut la première objection. Comme l'affirme J. J. Rousseau<sup>35</sup> 'la loi émane de la volonté générale et ne peut malfaire', cette affirmation a fait que toutes les lois votées par le Parlement vont toutes dans le sens du bien de la société et que celui-ci, à son tour ne peut malfaire. Carré de Malberg<sup>36</sup> ajoute que la loi est l'expression de la souveraineté nationale. C'est pourquoi la doctrine n'hésite pas à dire qu'un mécanisme de protection juridictionnelle des droits fondamentaux serait inutile et contraire à la souveraineté nationale puisqu'il permettrait de s'opposer à la loi. La seule protection accordée aux citoyens pour garantir ces droits était l'annulation par le Conseil d'Etat des décrets y portant atteinte, et cela à condition qu'une loi n'ait autorisé l'Exécutif à prendre tel décret nuisant à ces droits fondamentaux. La loi pouvait donc entraver les libertés des citoyens. Mais cette confiance aveugle du Parlement était une grave erreur, il suffisait d'observer le cas de l'Allemagne hitlérien qui s'est installé suivant la Constitution et a ensuite suspendu les libertés. Ce ne sera qu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale que beaucoup le comprendront.

Ensuite, il est le principe de la séparation des pouvoirs. Interdiction est alors faite par les révolutionnaires aux tribunaux de contrôler les lois et les actes du pouvoir exécutif. Ne voulant pas revenir au temps des sénats impériaux, les révolutionnaires se sont vite empressés de poser tel principe de séparation des pouvoirs sans penser aux conséquences que cela pouvait engendrer. Le respect de la Constitution était à l'appréciation du Parlement qui s'autolimitait. La raison en est qu'à l'époque on avait plus peur de l'exécutif que du législatif.

Enfin, le dernier obstacle est l'idée d'égalité devant la loi : la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège ou qu'elle punisse. On rejette donc toute application inégale de la loi.

---

<sup>35</sup> In 'Contrat social' Livre II, chap. IV

<sup>36</sup> In 'Contribution à une théorie générale de l'Etat'

Il est tout de même important de signaler que parmi les causes de la réticence française à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité figure les échecs des divers essais précédemment effectués. Le bonapartisme n'a pas plus fait ses preuves que le comité constitutionnel. Ce bonapartisme qui a instauré des sénats conservateurs sous la dépendance politique de l'empereur. Cette idée s'est perpétrée jusqu'à aujourd'hui et certaine personnalité n'hésite pas à dire en parlant du Conseil constitutionnel français qu' « elle n'a jamais eu d'autre utilité que de servir de garçon de courses au Général de Gaulle chaque fois que ce dernier a cru bon de l'employer à cet usage »<sup>37</sup>.

La Haute Cour constitutionnelle malgache a peut être héritée de toutes ces mauvaises pratiques la mettant sous la dépendance politique du Président de la République, son serviteur docile si on pense à l'extrême, jusqu'à aujourd'hui et pas plus tard que quelques mois passés.

### **I.2.2.2 – Les raisons institutionnelles, politiques et conjoncturelles**

La persistance des idées monarchiques figure parmi ces raisons. La Constitution mise en place par les monarques défend le plus souvent leur corps de souverain : le pouvoir reste donc monarchique. La Constitution reste alors relative notamment pour les mécanismes destinés à garantir l'effectivité.

Ensuite, les conseillers désignés sont des fonctionnaires ou des juges de carrière qui ont peur du Parlement tout puissant.

Enfin, la dualité de l'ordre juridique dans la plupart des pays d'Europe occidentale donne lieu à un mécanisme très compliqué. Il en est ainsi en Grèce où est instituée une Cour spéciale Supérieure pour régler les divers conflits se présentant entre les juridictions.

En outre, la sortie de l'ouvrage d'Edouard Lambert en 1921 « Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis » a influencé énormément la société française. Ainsi, le système de juridiction constitutionnelle est un système conservateur bloquant tout progrès social. On donnait aux juges le pouvoir de s'opposer à la volonté générale.

Pour les questions politiques, on notera surtout le caractère politique de l'institution, déjà cité, faisant que les membres sont toujours des alliés du pouvoir en place et par conséquent une sorte de complicité pourrait intervenir entre ces deux institutions. Le rôle de la juridiction

---

<sup>37</sup> François Mitterrand in « le coup d'Etat permanent, Plon 1964 p.140

constitutionnelle est alors mis en doute à partir du moment où la majorité du Parlement se trouve dans le même parti politique que le Président de la République et que ces deux institutions désignent comme membres de cette juridiction des personnes ayant la même tendance politique que ceux-ci.

Enfin, et c'est la raison la plus importante, l'attitude passive, de réserve des Cours constitutionnelles fait que le contrôle devient ineffectif et ces Cours se cantonnent à d'autres tâches.

Bref, le modèle de justice constitutionnelle est de plus en plus présent dans les pays et celle-ci mettant fin aux dictatures, régimes autoritaires et absolus. Mais si de telles affirmations relevaient de la théorie, la pratique montre que malgré l'existence d'une telle entité, la violation de la Constitution reste le passe-temps favori des dirigeants politiques, surtout en Afrique. La Constitution qui devait limiter leurs pouvoirs ne serait plus qu'un programme politique dont le respect serait à la liberté du pouvoir exécutif et du Parlement. Pour parer à cela, des réformes doivent être apportées pour que la juridiction constitutionnelle soit une vraie garante du respect de la norme suprême et se placer comme étant une véritable Cour constitutionnelle.

## **DEUXIEME PARTIE – DES POSSIBILITES DE REFORME**

De prime abord, il est à signaler que qu’importe le nom donné à la juridiction constitutionnelle : Cour constitutionnelle, Tribunal constitutionnel, Haute Cour constitutionnelle ou encore Conseil constitutionnel, cette dénomination importe peu, l’essentiel est que la juridiction puisse assurer la garantie de la Constitution. Mais on considèrera que le modèle de Cour constitutionnelle est celui par excellence et envers lequel devrait se tourner tous les pays dont Madagascar. Ensuite, la plupart des réformes proposées concernent la Grande île où il est une Haute Cour constitutionnelle qui n’a pas toute son indépendance.

Alors, pour assurer l’effectivité de la Constitution, des reformes doivent être entreprises notamment concernant le statut de la juridiction constitutionnelle, son mode d’intervention, ses modalités de saisine et enfin exiger une juridictionnalisation de la procédure suivie.

### **II.1 – Par rapport à l’institution elle-même**

#### **II.1.1 – Promotion d’une juridiction constitutionnelle indépendante**

La question de l’indépendance d’une juridiction pose beaucoup de problèmes surtout à Madagascar. Mais qu’est-ce que l’indépendance d’un juge ? Georges Razanakoto<sup>38</sup> estime que « le juge est indépendant en ce sens qu’il est à l’abri des différentes pressions et influences des autres pouvoirs, de l’emprise de l’argent, de la pression de l’opinion publique, de l’influence de la presse, des penchants personnels et des partis politiques »<sup>39</sup>. Le fait est que la plupart du temps, les membres de la juridiction constitutionnelle sont très dépendants du pouvoir exécutif en dépit de sa séparation de l’administration active. Mais cette séparation, la qualification en une Cour spéciale n’est pas sans inconvénient : au lieu de renforcer l’indépendance, elle a accentué la dépendance.

---

<sup>38</sup> Avocat général près Cour suprême malgache en 1997

<sup>39</sup> Allocution lors de la rentrée judiciaire du 23 mars 1997, reproduit par Jimmy Ratsimbazafy in « Plaidoyer pour une justice mal aimée », dans les médias de demain (DMD), n° 520, 03 avril 1997

Mais comment assurer l'indépendance de chaque membre de la Cour et de la Cour elle-même ? C'est une question très délicate, la solution peut être trouvée dans la révision du statut des membres : longévité du mandat, caractère non renouvelable du mandat ou encore exclusion de l'exercice de toute autre fonction. Mais malgré la réforme du statut, l'indépendance et l'impartialité sont une question personnelle qui relève de chaque membre. Ce dernier devra statuer avec le propre de son âme et conscience en veillant au respect de la Constitution, et en rangeant toutes ses convictions politiques. Si on observe le cas des États-Unis, la Cour suprême est placée au sommet de la hiérarchie judiciaire, les membres sont désignés à vie par le Président de la République, malgré ces situations, la forte indépendance de l'institution fait qu'on l'accuse souvent de 'gouvernement des juges'. Le rattachement et la nomination par le Président de la République n'ont donc aucune commune mesure avec l'indépendance de la Cour suprême : autant en prendre exemple.

Si cette indépendance ne peut être que fonction du for interne de chaque membre, peut-être bien que la question de la composition apporterait des éléments de solutions.

### **II.1.2 – Réforme quant à la composition**

Madagascar n'a pas suivi l'exception française en laissant la nomination à l'appréciation libre des autorités politiques. En effet, l'ordonnance n° 2001-003 du 18 novembre 2001 portant loi organique relative à la Haute Cour Constitutionnelle<sup>40</sup> précise les conditions de compétence juridique pour être juge constitutionnel : la qualité de juriste notamment. Madagascar n'est pas le seul pays à adopter un tel système, il faut voir le cas de certains pays européens : en Autriche, il faut être juge, fonctionnaire ou professeur à l'université ; en Italie, être magistrat, professeur de droit ou avocat ; en Espagne, être magistrat, professeur ou avocat. Cette qualité technique peut assurer l'indépendance dans une certaine mesure, le juge étant alors un spécialiste et non un politicien. Kelsen précise qu' « il est de la plus grande importance d'accorder dans la composition de la juridiction constitutionnelle une place plus adéquate aux juristes de profession »<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> J.O. n° 2747 E.S. du 19.11.2001 p. 3077

<sup>41</sup> Op. cit.

Mais toute chose égale par ailleurs, faire de tous les membres des juristes n'est pas une solution très convaincante, car les juridictions constitutionnelles, de nos jours, ne sont plus confrontées à des difficultés purement juridiques, il est des questions politiques, sociales, économiques et même culturelles qui peuvent se présenter, alors le juriste ne peut pas exceller dans toutes les matières.

En définitive, la composition de la Cour constitutionnelle doit répondre à trois impératifs : d'une part, un impératif de pluralisme : une seule tendance ou une seule sensibilité est à exclure dans la composition. L'illustration classique est le cas de la juridiction constitutionnelle japonaise, la Cour suprême a une composition politiquement homogène, car c'est le même parti politique qui a gouverné le pays depuis la Seconde Guerre mondiale, en conséquence, la Cour ne déclarait jamais une loi inconstitutionnelle et sa crédibilité en tant que juridiction ne cesse de se dégrader. Mais comment arriver à ce pluralisme ? Deux conditions doivent être respectées : le renouvellement régulier des membres et ensuite il faut que ce système de renouvellement soit à même de fabriquer ou de produire le pluralisme : on peut penser au système de la « partezins proporz » ou à défaut celui de l'alternance. Le deuxième impératif est celui de la représentativité : les diverses tendances ou parties de la population doivent être représentées dans l'institution car les contrôlés doivent avoir le sentiment qu'ils sont associés à la désignation de leurs contrôleurs. Enfin, le dernier impératif : la complémentarité, les juges constitutionnels doivent avoir la compétence technique et l'expérience requise.

Ces trois conditions n'étant que des propositions, quoi qu'il en soit, même si les membres ont une compétence juridique et même si on conçoit d'élections, la politisation est toujours possible, c'est un handicap organique dans les cours constitutionnelles.

Concernant la question de la nomination, on pourrait maintenir la nomination par le Président de la République, mais retirer aux présidents des Assemblées la nomination de membres. Cette nomination se ferait suivant la force politique de l'auteur. Il s'agit alors de donner le pouvoir de nomination à l'Assemblée nationale et au Sénat respectivement à la majorité des trois cinquièmes (3/5) ou des deux tiers (2/3) pour que partage de pouvoir entre majorité et opposition soit. Un débat public peut être imaginé avant la nomination des membres.

Pour terminer sur cette question de nomination et composition, on peut dire que « l'expérience constitutionnelle des juges constitutionnelles varie. En réalité, seul un praticien ayant beaucoup d'expérience comme juge, avocat, fonctionnaire, professeur ou homme politique peut être

nommé. Dans la plupart des pays, on recherche un mélange de ces cinq groupes, afin de mettre en jeu des expériences différentes dans le contrôle de constitutionnalité »<sup>42</sup>. Toutes ces qualités doivent être reflétées à travers les membres de la Cour, reste que l'important n'est pas de savoir ce qu'est l'institution mais ce qu'elle fait.

### **II.1.3 – L'avenir de la « Cour Constituée » à Madagascar**

Cette idée de réforme imaginée à Madagascar n'a plus eu d'échos depuis quelque temps. Or ce modèle est attirant, car peut à la fois promouvoir une indépendance de la juridiction constitutionnelle malgache et sa juridictionnalisation.

La Cour constituée est un organe, une structure indépendante mise en place à titre de remplacement du ministère de la Justice. Le ministère de la Justice sera ainsi supprimé et la justice sera indépendante de l'Administration. Cette structure indépendante comprendra l'ordre de juridiction administrative, l'ordre judiciaire, le Conseil Supérieur de la Magistrature<sup>43</sup> sans le président de la République et la Haute Cour constitutionnelle qui deviendra une Cour constitutionnelle. Un rôle plus prépondérant sera accordé au Conseil Supérieur de la Magistrature dans la nomination des membres de ladite Cour. Cette volonté de séparer la justice et le politique marque un grand pas pour Madagascar mais le souci est que cette proposition est restée lettre morte suite aux évènements qui se sont produits dans le pays.

## **II.2 – Par rapport au mode d'intervention**

### **II.2.1 – Réforme quant aux compétences de l'institution**

Les compétences de la juridiction constitutionnelle sont assez nombreuses. Il est recommandé à l'institution de s'autolimiter dans l'exercice de ses compétences et interpréter strictement les textes, en l'occurrence la Constitution. En principe, une Cour constitutionnelle a quatre (04) sortes de compétence : le contentieux quasi-pénal<sup>44</sup>, le contrôle des normes, la protection des

---

<sup>42</sup> A. VON BRÜNNECK, « in « le contrôle de constitutionnalité et le législateur des démocraties occidentales », AIJC, I-1985, p.20

<sup>43</sup> Plus connu sous l'acronyme CSM

<sup>44</sup> Ou contentieux de la défense de l'ordre constitutionnel : mise en accusation du président de la République pour haute trahison par exemple

droits fondamentaux des individus et enfin la résolution des conflits constitutionnels. Mais certaines de ces compétences présentent un caractère très politique, leur soustraction serait nécessaire pour laisser une plus grande place aux compétences d'ordre juridictionnel.

### **II.2.1.1 – La réduction des compétences politiques**

Il est des compétences normalement dévolues à la juridiction constitutionnelle qui devraient lui être soustraites car concernent plus des questions politiques que juridictionnelles. Trois compétences ne sont plus alors à reconnaître, les deux premières ne touchant pas directement la Grande île.

La première est le contentieux quasi pénal : ce contentieux amène la cour constitutionnelle à se positionner dans des affaires parfois très politisées et brouille ainsi leurs images. Ce genre de contentieux devrait être attribué à une Cour spéciale, à Madagascar à la Haute Cour de Justice<sup>45</sup> mais celle-ci ne verra peut être jamais le jour car les dirigeants ne vont pas fabriquer l'arme qui servira à les tuer.

Ensuite, le contrôle de la constitutionnalité des partis politiques et enfin, le contrôle des élections politiques. Le cas se présente à partir du moment où la cour se montrerait hostile au verdict des urnes, à la décision du peuple souverain donc.

Ces trois fonctions mettent la juridiction constitutionnelle au cœur des débats politiques, ce qui nuit à son image de juridiction.

### **II.2.1.2 – La concentration des compétences juridictionnelles**

Enlever donc les compétences politiques et renforcer les compétences juridictionnelles bien marquées.

La juridiction constitutionnelle doit alors veiller à la régulation de la répartition des pouvoirs : veiller à la répartition verticale<sup>46</sup> et horizontale<sup>47</sup> des pouvoirs. Elle sera alors « le chien de garde de l'exécutif » : empêchant le Parlement d'aller au-delà du domaine défini par la Constitution.

---

<sup>45</sup> HCJ, elle est prévue par la Constitution et est un organe juridictionnel

<sup>46</sup> Entre l'Etat et les entités locales

<sup>47</sup> Entre les diverses autorités publiques nationales

S'ajoute à cette première fonction, celle du contrôle de constitutionnalité des lois : c'est une fonction classique qui consiste à veiller à la régularité de la procédure législative en censurant les lois contraires à la Constitution. La loi n'exprime donc plus la volonté générale que si elle est conforme à la Constitution<sup>48</sup>.

Enfin, la nouvelle fonction, la protection des droits et libertés fondamentaux : ce rôle non prévu par la théorie kelsénienne n'apparaît qu'ultérieurement avec la place que les Constitutions des pays démocratiques accordent aux droits fondamentaux. C'est cette fonction qui donne la qualification de justice constitutionnelle à la juridiction constitutionnelle.

## **II.3 – Par rapport aux modalités de saisine**

### **II.3.1 – Le moment de la saisine**

La question du moment de la saisine fait de plus en plus l'objet de débat vivace. La légitimité de l'institution est fonction de la modalité de saisine retenue. Le modèle kelsénien impose un contrôle a priori alors qu'avec l'insertion de droits fondamentaux dans la Constitution l'exercice du contrôle a posteriori prend de l'ampleur.

#### **II.3.1.1 – Contrôle concret ou contrôle abstrait**

Le contrôle doit-il se greffer à un procès ou être indépendant de tout litige ? Ce qui pose le choix entre le contrôle concret ou le contrôle abstrait.

Concret est le procès fait directement à la loi. A l'opposé, le contrôle abstrait nécessite qu'il est un autre procès sur lequel va se greffer le procès constitutionnel. En d'autres termes, le contrôle abstrait est exercé par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité.

Mais l'exception d'inconstitutionnalité française est différente de celle à l'américaine. Si le premier suppose un renvoi de la question de conformité à la Constitution à une Cour spéciale, la Cour constitutionnelle, dans le second, il n'est point question de renvoi, c'est la même juridiction saisie du litige principal qui traitera sur la validité ou non d'une loi par rapport à la Constitution (the higher law).

---

<sup>48</sup> CC 88-196 DC, 08 août 1985, évolution de la Nouvelle-Calédonie, considérant 27

### **II.3.1.2 – Contrôle a priori ou a posteriori**

Pour faciliter le choix entre les deux systèmes, une analyse coût-avantage semble opportune.

#### **Le contrôle a priori**

Ce contrôle s'exerce avant la promulgation de la loi et s'exerce dans des délais assez brefs, c'est un contrôle réservé à la classe politique. L'avantage de ce contrôle tient à ce qu'il bloque l'entrée de toutes lois inconstitutionnelles dans le système juridique. Il vide l'ordre juridique de toute inconstitutionnalité. Ces lois sont alors considérées comme n'ayant jamais existé.

L'inconvénient tient à son caractère politique : le processus de formation de la loi n'étant clos qu'à sa promulgation, la Cour intervient avant celle-ci et se place alors dans le processus législatif. D'autre part, le caractère assez bref fait que la juridiction constitutionnelle ne puisse pas statuer effectivement sur la validité de la norme et enfin, et c'est un inconvénient de grande importance, le cas de la loi inconstitutionnelle publiée. Il en est ainsi des lois favorables aux dirigeants politiques, et la saisine de la juridiction constitutionnelle n'étant pas obligatoire, qui entrent dans le système juridique. Aucune action n'est plus possible à cet égard et par conséquent, la limitation des autorités de saisine fait que l'on aboutit à un « contrôle à éclipses » dont le contenu est tributaire de cette autorité de saisine.

#### **Le contrôle a posteriori**

Ce contrôle est exercé après la promulgation de la loi et directement par l'intéressé devant le juge constitutionnel. Il permet de se parer des lacunes du contrôle a priori. Ensuite, il est un délai plus long permettant d'apprécier la constitutionnalité des lois. En effet, la loi jugée inconstitutionnelle au départ peut apparaître contraire à la Constitution suite à son application car c'est au moment de l'application que toutes les imperfections d'une loi se montrent. Le contrôle a posteriori va couvrir tous les cas d'inconstitutionnalité. Ces deux constatations sont à mettre dans l'actif du contrôle a posteriori.

L'inconvénient du système réside dans la possibilité d'insécurité juridique des personnes. Une loi publiée devient applicable après un jour franc et crée des droits acquis. Un mois plus tard, on se rend compte que la loi est inconstitutionnelle et annulation s'ensuit, qu'en est-il des droits acquis par le citoyen ?

### **II.3.2 – Les titulaires**

La saisine de la juridiction constitutionnelle peut être soit réservée à une catégorie de personnes soit ouverte à tous les citoyens. Hans Kelsen avait envisagé l' « actio popularis » mais à l'époque l'auteur était septique à la possibilité d'instauration d'un tel type de saisine.

Le premier système correspond le plus souvent au contrôle a priori où la saisine est réservée aux seules autorités politiques.

Le second système a pour avantage de donner aux citoyens le pouvoir de contester toute atteinte à leurs droits fondamentaux. Ce système va prôner la Démocratie car l'effectivité de ces derniers serait plus garantie à partir du moment où c'est le citoyen lui-même qui effectue le recours. L'inconvénient consisterait en un débordement ou en une inflation des recours introduits auprès de la juridiction constitutionnelle.

### **II.3.3 – Les solutions**

La solution serait de se placer à mi-chemin entre les alternatives et mettre en place une possibilité de recours direct a posteriori à la disposition du citoyen. La question du contrôle a priori ne pose guère de problèmes, sa remise en question serait inutile. Mais, pour l'autre système, il faudrait mettre sur pied un contrôle a posteriori pouvant être exercé par le citoyen. On opposera à cette idée le débordement des recours qui vont arriver auprès de la Cour constitutionnelle mais des mesures d'accompagnement ou de restrictions seront à prévoir.

La solution la plus simple est la mise en place un filtre qui aurait pour but d'éliminer les recours non fondés et de retenir ceux qui sont susceptibles d'aboutir à l'annulation de la loi. A cet effet, on peut créer une commission spéciale ayant pour tâche d'effectuer ce filtre pour éviter ladite inflation des recours constitutionnels.

Une autre hypothèse serait de donner le contrôle au juge ordinaire qui sera le bras séculier du juge constitutionnel. C'est le contrôle de constitutionnalité dérivé. Le juge ordinaire aura pour rôle d'assurer le plein effet des décisions de la juridiction constitutionnelle. Il protégera les droits fondamentaux des citoyens en s'appuyant sur une interprétation donnée par le juge constitutionnel et vérifie indirectement la constitutionnalité et le recours par voie d'exception serait beaucoup moins inutile. Le seul hic est le fait que les juges ordinaires doivent avoir une

parfaite connaissance des droits fondamentaux et de la jurisprudence constitutionnelle. D'autre part, le juge se doit d'être préparé à l'exercice du contrôle de constitutionnalité et assimiler la notion, ce qui n'est pas chose facile à faire.

Au final, l'ouverture du contrôle à tous les citoyens marque une pratique démocratique qu'il faudrait prendre en compte pour le développement de la justice constitutionnelle.

#### **II.4 – La juridictionnalisation de la procédure**

La question de la juridictionnalisation est très importante car elle influera sur la place de la Cour constitutionnelle dans la société, de la force de ses jugements, de son impartialité et de l'indépendance des juges la composant. Le but est de faire en sorte que la Cour constitutionnelle puisse faire sortir une quantité de jurisprudence comme toute autre juridiction.

Si l'on fait un constat de la procédure actuelle suivie devant la juridiction constitutionnelle, on s'aperçoit de son caractère embryonnaire : la saisine est non publiée au journal officiel, le ministère d'avocat est inutile, les audiences sont non publiques et le respect du principe du contradictoire est complètement ignorée. D'autant plus que les mémoires en réponse aux griefs ne sont pas communiqués à l'auteur de la saisine.

Le renforcement du caractère juridictionnel peut se faire de diverses manières en tenant compte des méthodes citées ci-dessus qui n'ont jamais été appliquées devant la juridiction constitutionnelle.

Des auteurs préconisent que la juridictionnalisation puisse se faire en y intégrant des membres du Conseil d'Etat, de la cour de cassation ou encore de la cour des comptes.

Pour le cas de Madagascar, et cela est cité plus haut, l'avènement de la Cour constituée peut être considéré comme le moyen le plus adéquat pour assurer l'indépendance et la juridictionnalisation de la Cour constitutionnelle malgache.

## CONCLUSION

Pour conclure, le modèle de justice constitutionnelle a déjà été présent depuis longtemps à travers la présence des juridictions constitutionnelles dans la quasi-totalité des Etats du monde. L'instauration de telle institution a contribué à combattre le retour à des régimes dictatoriaux et autoritaires d'une part, et a fait asseoir la plupart des pays sur des bases démocratiques. A côté de cela, la protection des droits et libertés fondamentales a été assurée à travers la notion. Pour le cas de Madagascar, le modèle choisi s'est plus rapproché du modèle français, celui du pays colonisateur. La tradition française reste fortement ancrée à Madagascar faisant que la juridiction constitutionnelle subit aujourd'hui les vicissitudes se présentant au Conseil constitutionnel autrefois. La forte politisation de l'institution, le manque d'information à son propos, tout cela a fait que la juridiction constitutionnelle malgache a perdu de sa crédibilité et de sa légitimité. Or cette légitimité est un élément essentiel pour que l'institution puisse retrouver une place dans l'ordre juridique interne.

Les problèmes qu'encourt l'actuelle Haute Cour constitutionnelle malgache sont donc des questions de base, de fondement même de l'institution. Peut-être bien que la transposition à coup sec du modèle français n'a pas été très opportune pour la Grande île car une juridiction constitutionnelle doit toujours refléter le cadre juridique vécu dans le pays et s'adapter en fonction de cela. Conséquence, la Constitution ne sera plus qu'un programme politique au regard des dirigeants politiques sans force obligatoire car la juridiction qui devait sanctionner toute violation de celle-ci n'est devenue qu'un serviteur docile du Président de la République.

En outre, et pour parer à ces péripéties, des réformes devront être faites pour que la Haute Cour redéploie ses ailes et s'aligne sur le modèle des Cours constitutionnelles européennes dans l'intérêt aussi bien de la Nation que des citoyens dont les droits fondamentaux sont garantis par la Constitution.

Mettre en place une justice constitutionnelle effective, indépendante et impartiale, tel serait l'objectif à se fixer. Pourquoi pas, si on prend exemple sur le Conseil constitutionnel français, certes, cette juridiction n'a pas encore atteint la perfection en matière de protection des droits fondamentaux, mais que dire du chemin par où elle est passée. Les réformes sont toujours possibles avec un peu de volonté politique et une sensibilisation des citoyens sur l'existence d'une instance garantissant l'exercice de leurs droits fondamentaux.

Après ces différentes réformes, pourrions-nous enfin voir à travers l'Afrique et notamment Madagascar, non plus un paradis de la violation de la Constitution mais une terre dont la démocratie est roi, à l'abri de manifestations populaires alternantes nuisant au développement économique.

## BIBLIOGRAPHIE

### 1 – Ouvrages généraux

**CHANTEBOUT (Bernard)**, *droit constitutionnel et science politique*, Paris, Armand Colin, 1989

**COLOM (Jacques)**, *la justice constitutionnelle dans les Etats du nouveau Commonwealth : le cas de l'île Maurice*, France, Economica PUAM, « collection droit public positif », 1994

**EISENMANN (Charles)**, *la justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, s.l., Economica, 1928

**FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc)**, *le conseil constitutionnel*, PUF (que sais-je ?), n°1724, 1995

**ROUSSEAU (Dominique)**, *droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2001

### 2 – Périodiques

**BASTIEN (François)**, *Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France*, *Revue française de science politique*, 1997, Volume 47, Numéro 3, p. 377 - 404

**BON (Pierre)**, *le conseil constitutionnel français et le modèle des cours constitutionnelles européennes*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, mai-août 1991

**CAPPELLETTI (Mauro)**, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, *Revue internationale de droit comparé*, 1981, Vol.33, Numéro 2, p. 625 – 657

**DENQUIN (J.M)**, *que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle*, *revue internationale de droit politique*, n° 02, 2009

**FAVOREU (Louis)**, - *La légitimité du conseil tient à ce qu'il n'a pas le dernier mot*, *Le figaro*, 27 août 1993 ;

- *Modèle américain et européen de justice constitutionnelle*, *AJIC*, vol. IV, 1988, 51-66 ;

- *Sur l'introduction hypothétique du recours individuel direct devant le Conseil Constitutionnel*, *cahiers du Conseil constitutionnel*, n°10 ;

- *La légitimité du juge constitutionnel*, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46, 1994, n°02, p. 557-581

**GREWE (Constance)**, *le statut du Conseil Constitutionnel à la lumière des enseignements du droit comparé*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n° 8, 2004

**JOUANJAN (Olivier)**, *modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique*, Revue internationale de droit politique, n° 2, 2009

**KELSEN (Hans)**, *la garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP, 1928

**LUCHAIRE (François)**, *Le conseil constitutionnel français*, Revue internationale de droit comparé, 1981, Volume 33, Numéro 2, p. 285 - 334

### **3 – Colloques, exposés et allocutions**

**GUENA**, *la justice constitutionnelle en France : bilan et perspectives*, colloque sur les perspectives du contrôle de constitutionnalité en Europe au tournant du siècle, Moscou, 31 octobre au 04 novembre 2001

**PHILIPPE (Xavier)**, *Le contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux dans les pays européens* ; colloque international sur la garantie des droits fondamentaux.

**RAIMBAULT (Philippe)**, *Réflexions sur la nature du contrôle de constitutionnalité*, colloque sur the Rule of Law and Democracy: Sharing Experiences of Thailand and the European Union, Bangkok 9 mars 2009

**ROUSSILLON (Henry)**, *contrôle de constitutionnalité et droits fondamentaux*, colloque sur l'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, Maurice, septembre 2003

### **4 – Autres références**

**ACHOUR (Rafâa Ben)**, *le contrôle de constitutionnalité des lois : quelle procédure ?*

**BRUNET (Pierre)**, *le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? – Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle*, in la notion de justice constitutionnelle, Paris, Dalloz, 2005

**HAMON (Francis)**, **WIENER (Céline)**, *Justice – justice constitutionnelle*, Encyclopédie Universalis 2009

**JEON (Hak-Seon)**, *l'application du principe de proportionnalité dans la Justice constitutionnelle en Corée.*

**TOINET (Marie-France)**, *cour suprême de justice*, Encyclopédie Universalis 2009