



UNIVERSITÉ D'ANTANANARIVO



**FACULTÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE, DE GESTION
ET DE SOCIOLOGIE**

DÉPARTEMENT : DROIT

Mémoire de fin d'Etude en Master II

**LA SÉPARATION DU POUVOIR EXÉCUTIF ET
DU POUVOIR JURIDICTIONNEL : QUEL AVENIR ?**

Option : MASTER II Droit Public Interne et International

Présenté par : ANDRIANJAFINIAINA Zarnelson

Date de Soutenance : 24 Mars 2015

Lieu : Centre de Droit

Année Universitaire : 2013/2014

LISTE DES ABREVIATIONS

AAI	Autorité Administrative Indépendante
ACCPUF	Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français
AHJUCAF	Association des Hautes Juridictions de Cassation des Pays ayant en partage l'Usage du Français
AN	Assemblée Nationale
CA	Chambre Administrative
CACS	Chambre Administrative de la Cour Suprême
CC	Conseil Constitutionnel
CDM	Code de Déontologies des Magistrats
CE	Conseil d'Etat
CJA	Code de Justice Administrative
CPP	Code de Procédure Pénale
CS	Cour Suprême
CSM	Conseil Supérieur de la Magistrature
CTD	Collectivité Territoriale Décentralisée
DCC	Décision du Conseil Constitutionnel
DLC	Direction de la législation du Contentieux
ENMG	Ecole Nationale de la Magistrature et des Greffiers
ENA	Ecole Nationale d'Administration
HCC	Haute Cour Constitutionnelle
HCDDDED	Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'Etat de Droit
HCJ	Haute Cour de Justice
IGJ	Inspection Générale de la Justice
JA	Juge Administratif
OPJ	Officier de Police Judiciaire
PIDCP	Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques
PGD	Principes Généraux du Droit
SMM	Syndicat des Magistrats de Madagascar
TA	Tribunal Administratif

SOMMAIRE

INTRODUCTION

TITRE I : LE PARADOXE DE LA SEPARATION DE L'EXECUTIF ET JURIDICTIONNEL

CHAPITRE I : LA PLACE DU POUVOIR JURIDICTIONNEL FACE AU POUVOIR EXECUTIF

Section I : Minimisation du pouvoir judiciaire depuis Montesquieu

Section II : L'évolution Constitutionnelle malgache et la séparation des pouvoirs.

CHAPITRE II : L'AGRESSION DU PRINCIPE REGISSANT LA SEPARATION DES POUVOIRS EXECUTIF ET JURIDICTIONNEL

Section I : Le Mythe de l'Indépendance de la Justice

Section II : Non Respect de la Règle de Non-Immixtion

CHAPITRE III : DOMINATION DE L'EXECUTIF AU JURIDICTIONNEL

Section I : Domination ou Domestication Institutionnelle

Section II : Domination fonctionnelle et décisionnelle

TITRE II : TENTATIVE DE DEMYTHIFICATION DU SEPARATION ENTRE LE POUVOIR EXECUTIF ET JURIDICTIONNEL : ESSAI DE REEQUILIBRAGE

CHAPITRE I : REFONTE DES RAPPORTS ENTRE L'EXECUTIF ET LE JURIDICTIONNEL

Section I : La nécessaire révision du rapport entre l'exécutif et le juridictionnel

Section II : Rendre effective l'indépendance du pouvoir judiciaire

CHAPITRE II : CLE DE LA SEPARATION DE POUVOIR : « CONTROLE EFFICACE »

Section I : Rééquilibrer les contrôles réciproques

Section II : Limites : le contrôle de l'exécutif et du citoyen

CHAPITRE III : LA VERITABLE PREMISSE A LA REFONTE DES RAPPORTS :

Section I : L'Assainissement de la profession des Magistrats

Section II : La réglementation et sanction des pratiques politiques des gouvernants

CHAPITRE IV : L'EVOLUTION INTERNATIONAL DES RAPPORTS

Section I : L'efficacité de la justice et la puissance du juge

Section II : Séparation bipartite des pouvoirs : l'évolution dans le monde

CONCLUSION

INTRODUCTION

Le principe de la séparation des pouvoirs est un des principes sacro-saint de la démocratie moderne. Ce principe trouve son origine depuis Montesquieu qui soutient l'existence des trois pouvoirs dans un Etat : « Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil. ¹» et qu'il souhaite que ces trois pouvoirs soient séparés l'une et l'autre pour garantir la liberté². Ce même auteur énonce que « Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, (...) ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. ³». La séparation veut un partage des pouvoirs aux trois fonctions inhérentes à l'Etat, à des différentes autorités ou institutions pour garantir la liberté. Une même autorité ne doit pas cumuler entre ses mains tous les pouvoirs au sein de l'Etat. Principe qui deviendra un des fondements de la pensée libérale révolutionnaire en Grande-Bretagne, en France et partout en Europe, aux États-Unis... et que les Constitutions les plus modernes ou récentes tentent toujours d'appliquer.

Cet élargissement de l'application de la théorie est dû à l'influence de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui disposent dans son article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. ». Un Etat où tous les pouvoirs seraient concentrés n'aurait donc pas de Constitution. La théorie devient une condition sine qua none d'existence d'un Etat organisé par une norme de base d'organisation étatique, protégeant ainsi la liberté tant orchestrée par la démocratie moderne. Madagascar aussi dans sa Constitution de 2010 consacre le principe de la séparation des pouvoirs dans son préambule « la Séparation et l'équilibre des pouvoirs exercés à travers les procédés démocratiques ; ».

¹ Charles de Secondât de MONTESQUIEU « *De l'esprit des lois* » Une édition électronique édition établie par Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995. p 112

² *Ibid*

³ *Ibid*, p 113

La lecture de la Constitution nous montre que : cette loi suprême consacre et institue la séparation souple des pouvoirs. Institue les trois pouvoirs dont Montesquieu prônait. Cette image de la séparation et régime de pouvoir Malgache sont dus à son histoire liée à la France, surtout la colonisation. Les trois pouvoirs dont la Constitution Malgache consacre, c'est le pouvoir exécutif, législatif et juridictionnel. Dans son article 40 titre III de la constitution qui organise les institutions de l'Etat et prévoit les trois (3) institutions dont « le Président de la République et le Gouvernement ; l'Assemblée Nationale et le Sénat ; la Haute Cour Constitutionnelle. La Cour Suprême, les Cours d'Appel et les juridictions qui leur sont rattachées ainsi que la Haute Cour de Justice exercent la fonction juridictionnelle. C'est la répartition classique comme dans tous les Etats soi-disant respectant la démocratie.

De prime à bord, le pouvoir exécutif se compose du Président de la République et le Gouvernement qui l'exercent⁴. Ce pouvoir désigne l'exécution de la loi⁵, non seulement, mais exécute le programme d'intérêt général déterminé par elle-même. L'exercice du pouvoir exécutif combine à la fois les droits et obligations d'exécuter la loi de la République, il lui incombe de promulguer les lois sous peine de sanction et de la faire exécuter par l'ensemble de la République. L'exécutif est essentiellement titulaire du pouvoir réglementaire dans l'exercice de sa fonction. Grâce à ce pouvoir qu'elle exécute la fonction dont la Constitution lui attribue, à part sa fonction classique d'exécutrice des lois, la conduite et la détermination de la politique générale de l'Etat c'est la fonction gouvernementale. Actuellement, il concourt avec le pouvoir législatif dans le domaine de la loi compte tenu du système de collaboration ou séparation souple des pouvoirs qu'emprunt Madagascar.

Puis en second, le pouvoir législatif, classiquement, exerçant la fonction de légiférer ou d'élaborer la loi dans toute la nation « pouvoir de faire les lois. Il désigne donc avant tout une fonction de l'Etat.⁶ ». La Constitution dénomme du Parlement qui exerce ce pouvoir. Parlement qui comprend l'AN et Sénat dans le bicaméralisme qu'est Madagascar⁷. Non

⁴ Article 44 de la Constitution de la Quatrième République Malgache adoptée en 2010.

⁵ Voir Dictionnaire du Droit Constitutionnel, Ed Sirey, 7eme édition, p 255 -256.

⁶ Voir Dictionnaire du Droit Constitutionnel, Ed Sirey, 7eme édition, p 256.

⁷ Article 68 de la Constitution de la Quatrième République et le dictionnaire du Droit Constitutionnel énonce aussi que : « Dans le vocabulaire courant, on qualifie souvent le Parlement de « pouvoir législatif », au

seulement, il n'exerce plus la fonction de faire ou défaire la loi en la votant, mais aussi il exerce le « contrôle de l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques⁸ ». Le Parlement a donc deux armes, celle du législatif et politique. Dans cette fonction politico-législative, la Constitution n'oublie pas de règlementer les rapports entre le Gouvernement et le parlement dans son chapitre III. D'où on parle que ces deux pouvoirs sont les pouvoirs politiques proprement dits, légalement constitués. Le Parlement n'a pas l'exclusivité de créer des normes à cause de sa complexité, d'où le partage avec l'exécutif.

Enfin, la dernière, le pouvoir juridictionnel, qui est un pouvoir de faire exécuter la loi, contrôle et sanctionne son inobservation par l'ensemble des institutions et du peuple au nom de ce dernier. Le dictionnaire constitutionnel définit ce pouvoir comme « l'ensemble des juridictions, tant de droit privé que de droit public, afin de souligner qu'elles ont la compétence pour dire le droit par des décisions qui ont force de vérité légale et qui donnent lieu à l'exercice de la puissance de contrainte étatique.⁹ » « L'expression "pouvoir judiciaire" a dans la langue juridique deux sens principaux: un sens fonctionnel "l'ensemble des actes par lesquels sont jugés les procès" et un sens organique "un ensemble de tribunaux présentant certaines propriétés structurelles"¹⁰ ». Le pouvoir juridictionnel est donc exercé par l'ensemble des Cours exerçant la fonction juridictionnelle et forme un tout inséparable, du point de vue de la Constitution Malgache dans son sous titre IV. Le régime malgache n'exclut pas la HCC dans le champ du pouvoir juridictionnel comme dans les cas des autres Etats dont la France et le Bénin par exemple, mais néanmoins elle exerce toujours des fonctions spécifiques par rapport à ses collègues de la Cour Suprême et les autres Cours de la République. Madagascar fait partie du système romano-germanique qui divise et distingue le droit public et droit privé entraînant les deux ordres de juridictions comme dit Philippe Ardant « L'expression pouvoir juridictionnel est mieux adoptée dans la mesure où notre pays connaît

motif que dans les démocraties libérales contemporaines, il est bien l'organe qui, par un acte de volonté, adopte la loi. ».

⁸ Article 68 de la Constitution de la Quatrième République Malgache adoptée en 2010.

⁹ Voir Dictionnaire du Droit Constitutionnel, Ed Sirey, 7ème édition, p 256.

¹⁰ Michel TROPER « Le Pouvoir Judiciaire et la Démocratie » Vol.1 EJLS No. 2 p 6.

une division de la fonction de justice entre deux ordres de juridiction (judiciaire et administrative)¹¹».

On sait que la Constitution règle les rapports entre le Parlement et le Gouvernement. Mais elle n'a pas expressément prévu les rapports entre le juridictionnel et le Parlement mais aussi entre le juridictionnel et l'exécutif. C'est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs. Ce principe veut l'indépendance entre les différents organes qui exercent chaque fonction. Chaque Constitution de chaque pays reconnaît cette règle d'indépendance en tant que principe et valeur fondamentale surtout pour le pouvoir juridictionnel. C'est le corollaire de l'indépendance de la justice. Montesquieu énonce que : « Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur¹² ».

Dans cette affirmation, l'auteur sous-entend déjà l'indépendance du pouvoir juridictionnel vis-à-vis des deux autres pouvoirs surtout pour l'exécutif pour éviter l'oppression et garantir la liberté. C'est là que notre étude puise sa source sur cette séparation entre l'exécutif et le juridictionnel que la Constitution malgache n'a pas consacré un chapitre spécifique règlementant leur rapport. Ces rapports sont toujours au cœur des débats juridico-politique. Une étude qui, à travers la démocratie actuelle et l'accroissement du rôle social du pouvoir juridictionnel, que Montesquieu jadis qualifie de « nulle », tend vers une évolution que le précurseur initial de la théorie semble échappée dans son intellectuelle prophétie. Certes, dans la séparation entre le pouvoir exécutif et juridictionnel à Madagascar, beaucoup de paramètres nous permettent :

D'une part, de critiquer et d'analyser l'application du principe de séparation entre le juridictionnel et l'exécutif qui est gage de l'indépendance de chaque détenteur de pouvoir surtout celle du juridictionnel constitutionnellement déclarée « En effet, la théorie de la séparation des pouvoirs implique non seulement la séparation des fonctions mais aussi

¹¹ Philippe ARDANT « Institutions Politiques et Droit Constitutionnel » Ed LGDJ p 52.

¹² Charles de secondât de MONTESQUIEU « De l'esprit des lois » Une édition électronique Édition établie par Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995. p 112-113.

l'indépendance de leurs dépositaires.¹³ » « C'est le principe même de séparation qui commande l'existence d'un statut d'indépendance des organes titulaires des différents pouvoirs de l'État...¹⁴ ». Cette séparation a pour devise le non cumul des fonctions pour éviter que ces pouvoirs soient entre une seule main ou qu'une institution exerce ou absorbe les différents pouvoirs à elle seule « Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux (...) exerçaient ces trois pouvoirs (...) »¹⁵ ». A Madagascar, la pratique démontre une inefficacité et nulle effectivité du principe de séparation entre l'exécutif et le juridictionnel et paralyse l'indépendance de la justice qui devient un simple mot d'ordre et slogan de propagande des gouvernants en place. Il faut remarquer que dans cette analyse, on ne va pas tout simplement se contenter sur la séparation de fonction et attribution de compétence entre la fonction administrative et juridiction administrative, classiquement des études des étudiants en droit public. Mais le pouvoir et la fonction exécutive et juridictionnelle en générale.

Notre étude n'est donc indemne de relater la réalité des rapports entre ces deux pouvoirs dans notre système de collaboration et balance des pouvoirs sur le papier¹⁶. Collaboration qui entraînera une relative indépendance du pouvoir judiciaire. Inversement, la pratique illustre une confusion et voir même confiscation de pouvoir par l'exécutif qui fausse la théorie et le déséquilibre de la balance des pouvoirs. L'Etat de droit se trouve mis en péril. A Madagascar, l'application du principe ne dépend pas tellement des textes mais le groupe de personne ou de dirigeants « de l'exécutif » qui l'exerce. Selon J Foyer « Selon la conjoncture et la disposition des forces politiques en présence, les attitudes changent et s'inversent sans

¹³ 2ème Congrès de la Conférence mondiale sur la Justice Constitutionnelle, Rio de Janeiro, Brésil, 16 au 18 janvier 2011 « Séparation des pouvoirs et indépendance des Cours Constitutionnelles et instances équivalentes » Rapport national français (novembre 2010)

¹⁴ Ibid

¹⁵ Charles de secondât de MONTESQUIEU « De l'esprit des lois » Une édition électronique Édition établie par Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995. p 113

¹⁶ Le dictionnaire de Droit Constitutionnel définit la balance des pouvoirs : « Se dit d'un certain type d'aménagement du principe général de séparation des pouvoirs. Il y a balance des pouvoirs lorsqu'un relatif équilibre est instauré entre les principaux organes constitutionnels. »

grand souci toujours de continuité et de cohérence.¹⁷» La bonne marche du principe dépend de la volonté, voir l'humeur et le caprice du détenteur du pouvoir exécutif surtout son chef « le Président de la République ». Notons que, dans ce rapport entre l'exécutif et le juridictionnel, c'est sans doute, il n'est pas question d'étudier l'indépendance du pouvoir exécutif dominée par le judiciaire, c'est quasiment fausse piste. Au contraire, on étudiera la dépendance et soumission dans toutes ces formes du pouvoir juridictionnel à celui de la suprématie de l'exécutif.

D'autre part, si Montesquieu n'a aucune sublimation et estime la puissance de juger « nulle » par rapport au pouvoir exécutif, l'analyse qu'on va faire les démontre autrement à cause de l'évolution accru sur le plan international du rôle du juge¹⁸ et de l'attente de la population malgache. La critique doit être constructive pour permettre à cette théorie d'avoir une bonne application à la hauteur des demandes sociales et aux standards internationaux relatifs aux garanties du droit à un pouvoir judiciaire indépendant, et à la mutation de la pratique démocratique. Pratique qui remet en cause le principe classique au détriment de la stricte séparation entre le pouvoir judiciaire et exécutif. Ces nouveaux rapports nous semblent être impératifs et incontournables, c'est pourquoi on tente de démythifier le rapport complexe malgache. L'étude portera à la recommandation nouvelle exigée par cette évolution pour permettre d'instaurer et de promouvoir effectivement l'Etat de droit. Il faut rééquilibrer le pouvoir de telle sorte que l'attente sociale, le développement international, le respect de la loi et l'Etat de droit l'exigent. Ainsi pour permettre l'efficacité du contrôle mutuel tout en arrachant les abus de pouvoir qui décapitent la liberté et empoisonnent le développement même du pays.

Chacun des pouvoirs qu'il soit juridictionnel, ou exécutif exerce indépendamment, les uns et les autres, leurs fonctions respectives sans aucune interférence ni soumission de façon directe ou indirecte. Il admet le jeu d'autonomie et le refus d'une hiérarchisation entre les deux pouvoirs comme dit Robert Badinter, il faut que « ceux qui gouvernent l'Etat se voient retirer tout moyen d'influence sur la magistrature ». Le seul qui devrait être au dessus de tout pouvoir est le peuple, le seul souverain dans la démocratie contemporaine.

¹⁷ Jean FOYER « La Justice : histoire d'un pouvoir refusé » In *Pouvoir* n°16 p 17. 1981

¹⁸ In *Archives de philosophie du Droit* « La création du Droit par le Juge » sous « L'institution de la justice et les Africains » 2007, p 181.

De tout ce qui précède, c'est là que notre analyse trouve son intérêt. Nous amenons à s'intéresser sur l'avenir du principe de la séparation du pouvoir juridictionnel et exécutif à Madagascar. La séparation nous actuellement dans sa grande complexité et confusion de pouvoir causant la suppression de l'indépendance de la justice alors que l'idéal est à la hauteur des évolutions. Notre question intervient de savoir comment se manifeste et réconceptualise-t-on la séparation indépendante du pouvoir exécutif et juridictionnel pour répondre à l'attente de l'Etat moderne ?

L'effectivité de la séparation entre ces deux pouvoirs est loin d'être assurée à Madagascar malgré la disposition légale qui leur rassure. La volonté des constituants et du législateur verrouille encore l'indépendance du juridictionnel. L'exercice du pouvoir par les gouvernants nous montre aussi la volonté manifeste de briguer tout le pouvoir à sa propre guise et le déséquilibre du rapport. D'où on parle dans la première partie du paradoxe de la séparation du pouvoir exécutif et juridictionnel (I).

Compte tenu de notre réflexion, notre étude est vaine sur ce sujet classique qu'on tente de mettre à jour si on n'apporte pas une tentative de réponse à cette lacune. On essaie de trouver une issue proche, de projeter à l'avenir pour mettre au rail les différents pouvoirs. On essaie aussi d'établir des solutions et des pistes de réflexion pour le renforcement de l'indépendance du pouvoir judiciaire qui jusqu'ici reste une conquête. On consacrera donc tout au long de la seconde partie une tentative de démythification de la séparation des pouvoirs juridictionnel et exécutif (II) pour contribuer à l'instauration de l'Etat de droit.

TITRE I : LE PARADOXE DE LA SÉPARATION DE L'EXÉCUTIF ET JURIDICTIONNEL

La séparation des pouvoirs, telle qu'elle est, devrait garantir à l'appareil d'Etat l'indépendance de chaque pouvoir constitué et accorde un pouvoir proportionnel, équilibré comme la Constitution la prévoit. Paradoxalement, lorsqu'il s'agit de l'exécutif et du juridictionnel, la place de ce dernier semble mise en cause dans la séparation et l'équilibre du pouvoir. Son indépendance déclarée par la Constitution fut qu'un mythe, car la domination de l'exécutif est grandissime.

CHAPITRE I : LA PLACE DU POUVOIR JURIDICTIONNEL FACE AU POUVOIR EXÉCUTIF

Des rapports et équilibres inégalitaires se constatent, d'emblée, dans la séparation entre l'exécutif et le juridictionnel. Ces relations favorables au pouvoir politique ou celle de l'immense puissance des gouvernants illustrent la place du pouvoir juridictionnel. Jadis, le précurseur, célèbre de la théorie de la séparation des pouvoirs, minimise déjà le pouvoir judiciaire. Les constituants malgaches aussi le désarment, qu'on étudiera à travers l'évolution constitutionnelle et la séparation des pouvoirs.

Section I : Minimisation du pouvoir judiciaire depuis Montesquieu

Presque partout dans le monde, modernisé et influencé par le droit international, positionné par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen en 1789 dans son article 16 qui dispose que : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Chaque Constitution d'un Etat consacre la séparation des pouvoirs quelque soit ses formes ! Mais ces formes n'empêchent pas la méfiance au pouvoir judiciaire depuis Montesquieu.

Paragraphe 1 : Les différentes formes de séparation de pouvoir

L'étude et l'application du principe de la séparation des pouvoirs démontrent qu'il y a en principe deux (2) types de séparations, celle de la séparation souple et celle de la séparation stricte selon les régimes politiques empruntés par l'Etat donné. A l'exception, il y a une variante de la séparation souple entraînant les régimes mixtes.

A. La séparation stricte des pouvoirs

Largement emprunté par le régime présidentiel, les trois pouvoirs ou institutions de l'Etat à savoir l'exécutif, le législatif et le judiciaire sont quasi-nettement séparés dans leurs pouvoirs et compétences. Donc, il y a indépendance réciproque entre les organes constitutionnels. Il n'y a système de collaboration entre les institutions¹⁹. L'exemple par excellence de ce régime est celui des Etats-Unis où le Président ne dépend pas du congrès pour son élection et il n'est pas responsable devant lui sauf la procédure de l'impeachment que la responsabilité pénale du Président est mise en cause. Cette procédure ne peut être déclenchée à des fins purement politiques. Le congrès ne dépend en rien du Président : les chambres ne peuvent être dissoutes par lui, ni même ajournées temporairement. Il y a le pouvoir judiciaire ou la Cour Suprême des Etats-Unis qui constitue le troisième pouvoir. Elle veille à la constitution, tranche les litiges entre Etats fédérés et ce dernier avec l'Etat central fédéral²⁰. Mais ce pouvoir dépend pour son organisation du congrès et pour la désignation de ses membres à la fois du Président et du Sénat. Cette procédure n'empêche pas l'indépendance stricte du pouvoir judiciaire car une fois nommée les juges exercent son pouvoir à vie.

B. La séparation souple des pouvoirs

La séparation souple des pouvoirs, caractère du régime parlementaire, repose sur la collaboration des pouvoirs entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, par la dissociation entre les fonctions de Chef d'Etat et celle de Chef du Gouvernement, par l'entremise d'un Gouvernement responsable devant le Parlement²¹. L'Assemblée peut donc censurer le Gouvernement. Il existe des moyens d'actions réciproques d'un pouvoir sur un autre. C'est un système qui fonctionne presque sans à-coups depuis Montesquieu en Grande-Bretagne.

Dans ce système, le pouvoir judiciaire semble un peu écarté et reste tout simplement dans l'interprétation de la loi comme fonction car les différentes Constitutions ne consacrent que les rapports entre le législatif et l'exécutif. Madagascar a vécu cette expérience du régime

¹⁹ Bernard CHANTEBOUT in « *Droit Constitutionnel* » p. 97

²⁰ Bernard CHANTEBOUT in « *Droit Constitutionnel* » p 104

²¹ Eric OLIVA « *Aide mémoire Droit Constitutionnel* » p 94

en 1992 d'où le Parlement désigne le Premier Ministre, et il y a une étroite collaboration entre le pouvoir d'où l'Assemblée Nationale peut mettre fin à la fonction du Président de la République par la procédure d'empêchement que le Président à l'époque a subi le sort. Nombreuses Constitutions privilégient le principe de la collaboration des différents pouvoirs en leur attribuant des moyens d'actions les uns sur les autres. Cependant, dans la pratique, le pouvoir exécutif va souvent au-delà de son rôle en s'assurant la mainmise sur les autres pouvoirs.

C. La variante de la séparation souple des pouvoirs : les régimes mixtes

Les régimes mixtes combinent des éléments empruntés aux régimes parlementaires et aux régimes présidentiels. Le Président élu, dispose des pouvoirs considérables et il existe des moyens d'actions réciproques. Le Gouvernement est en effet responsable devant l'Assemblée Nationale et le président peut en effet dissoudre l'Assemblée, ce qui relève du régime parlementaire. On prétend sur ce régime mixte l'adoption par certains pays en pratique du régime semi-présidentiel ou semi-parlementaire.

Madagascar fait partie d'un Etat adoptant cette nouvelle variante de la séparation des pouvoirs, et certains constitutionnalistes assimile le régime politique malgache à celui d'un parlementarisme rationnalisé et semi-présidentiel. C'est encore à débattre, vu la complexité de la Constitution de la quatrième République. Pour faire simple, on mettra le régime politique malgache « d'hybrides » avec une large interdépendance et actions réciproques. Au contraire dans la pratique et l'exercice de ce pouvoir, c'est une autre Constitution qui vient d'une autre planète qui s'applique et s'interprète²².

En effet, la réciprocité de collaboration entre les pouvoirs dans la Constitution de 2010 va dans une cohabitation plus étroite entre les institutions gouvernantes, c'est pourquoi on l'appelle de déclinaison de régime où il y a une large interdépendance structurelle, fonctionnelle et relationnelle. Interdépendance structurelle d'où présentation du Chef de

²² JP MASSERON « Le pouvoir et la Justice en Afrique noir Francophone et à Madagascar » p 45 : « On sait que les principes énoncés dans les constitutions ou leurs préambules ne permettent pas toujours de définir un régime politique. En effet, certains d'entre eux sont altérés des leur application alors que d'autres, volontairement ignorés, sont remplacés par des usages qui parfois constituent les véritables ressorts du régime alors qu'ils ont été imposés par des groupes de pression ; En outre, d'un continent à l'autre, souvent même d'un pays au pays voisins les mots prennent une signification différente. »

Gouvernement par le Parlement, désignation par le Président de la République des Sénateurs. Interdépendance fonctionnelle à savoir l'initiative des lois, autorisation de ratification des traités par les chambres. Enfin, interdépendance relationnelle, c'est la responsabilité politique des ministres inorganisés : questions d'interpellations.

Le droit de dissolution tombe en désuétude car cette procédure ne peut plus être unilatéralement prise par le Président de la République mais il faut dans la moindre des choses la consultation des autres chefs d'institutions, comme le Président de l'Assemblée Nationale²³. Mais le pouvoir judiciaire est mis de côté dans cette Constitution de la quatrième République, il n'y a pas vraiment un changement marquant apporté par rapport à l'ancienne Constitution. Néanmoins on peut parler que, dans la relation avec l'exécutif, la Constitution de 2010 n'a plus concurrencé la fonction de la Haute Cour Constitutionnelle avec celle du Président de la République en matière de garantie du respect de la Constitution comme on l'a vue avec l'ancienne Constitution que le Président de la République est aussi garant de la Constitution²⁴. Elle laisse maintenant le soin à la Haute Cour seule de garantir cette plus haute fonction à caractère purement juridique.

Paragraphe 2 : Les rapports entre séparation des pouvoirs et autres principes

Autres notions connexes et principes similaires vont dans le sens parallèle de la séparation des pouvoirs dans l'Etat moderne. Il suffit de voir les rapports de cette dernière avec le principe de la démocratie, de l'Etat de droit et de la liberté.

A. Séparation des pouvoirs et Etat de Droit

Selon la Constitution de la quatrième République Malgache dans son préambule, l'Etat de droit c'est la soumission des gouvernants et gouvernés aux normes juridiques sous le contrôle d'une justice indépendante²⁵. Selon Eric Oliva : « L'État de Droit peut être défini

²³ Article 60 de la Constitution de 2010« Le Président de la République peut, après information auprès du Premier Ministre, et après consultation des Présidents des Assemblées, prononcer la dissolution de l'Assemblée Nationale. »

²⁴ Article 44 de la Constitution de 2010 qui dispose que : Le Président de la République est le Chef de l'Etat. A ce titre, il veille au respect de la Constitution.

²⁵ Voir préambule de la Constitution de la Quatrième République Malgache

comme celui dans lequel tous les organes de l'État et d'une manière plus générale encore toutes les personnes publiques ou privées sont soumises au respect de la règle de droit »²⁶. Entre ces deux définitions similaires et complémentaires, l'Etat de Droit se définit comme l'ensemble d'institutions politiques ou pouvoirs dont les différents organes agissent en vertu du droit et ainsi garantissent le respect par cette institution les droits fondamentaux individuels et collectifs. L'Etat de droit s'oppose au pouvoir arbitraire, d'où entre en jeu la séparation des pouvoirs comme son gage qui exige un organe indépendant pour garantir la soumission à la loi et pour sanctionne sa violation. Cette institution ou organe indépendant n'est autre que la justice conçue et issue de la division fonctionnelle de l'Etat par affirmation de la séparation des pouvoirs.

L'exercice de l'Etat de droit nécessite donc l'encadrement juridique c'est-à-dire que la puissance publique qui doit fonctionnellement être séparée, se soumet au droit dans son exercice et met en exergue l'institutionnalisation du pouvoir²⁷. L'Etat de droit existe quand le pouvoir est séparé et s'autolimité entre eux pour éviter la tyrannie ou l'abus de pouvoir entraînant l'empiétement du droit. On peut dire donc que l'Etat de droit alimente la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le juridictionnel de tel sorte que l'un doit appliquer la loi et se soumettre au droit et l'autre assure la primauté du droit tout en défendant les principes fondamentaux et en sanctionnant l'inobservation. En l'absence de séparation du pouvoir sous sanction et contrôle juridictionnel, l'Etat de droit est sacrifié dans sa pratique.

La loi prévoit de ce fait différentes contrôles : D'une part, le contrôle politique du Président de la République, qui est le garant politique du respect de la Constitution, « dans l'article 44 de la Constitution révisée de 2007 : Le Président de la République est le Chef de l'Etat : à ce titre, il veille au respect de la Constitution »²⁸, par les autres institutions politiques. Cette disposition de garantie du respect de la Constitution est supprimée dans la Constitution de la quatrième République. Et d'autres part, le contrôle juridictionnel est exercé

²⁶ Eric OLIVA « Aide mémoire Droit Constitutionnel » p 33

²⁷ Intervention de Babacar GUEYE « La démocratie en Afrique : succès et résistances » in Pouvoirs n°129 p.12

²⁸ Voir Article 44 de la Constitution révisée de 2007 de la IIIème République.

par la Haute Cour Constitutionnelle, qui est la garante juridictionnelle du respect de la Constitution par le législateur, le fameux contrôle de constitutionnalité des lois.

Certes, une faiblesse née dans l'application : l'Etat de droit suppose que les pouvoirs publics fassent un usage sincère et correct du droit. On attend de la juridiction indépendante un contrôle nécessaire et efficace. Hélas, c'est le premier qui devra respecter la loi qui le viol et l'use à sa propre intérêt. Le principal danger pour l'Etat de droit, c'est donc l'Etat et le pouvoir.

B. Séparation des pouvoirs et Démocratie

La démocratie c'est un mode de Gouvernement où le peuple source de tout pouvoir l'exerce par le biais d'un vote ou d'une élection. Elle suppose ainsi un principe fondamental dans le régime politique libéral. Selon Papa Oumar SAKHO : « On entendra par régime démocratique celui fondé sur le système représentatif, des élections libres et transparentes, le multipartisme, la liberté de la presse, l'indépendance de la magistrature, le refus de la censure, la bonne gouvernance »²⁹.

La démocratie c'est l'essence de la séparation des pouvoirs. Une société démocratique l'a comme piliers. L'exercice de la démocratie est encadrée juridiquement pour être effectif et pour garantir la séparation des pouvoirs ; Elle contribue à son instauration et assure l'exercice de son équilibre. Selon les termes de la constitution dans son préambule : « la séparation et l'équilibre des pouvoirs exercés à travers les procédés démocratiques »³⁰. Ces procédés démocratiques supposent des élections libres et transparentes dans l'instauration des différentes institutions de l'Etat.

Election reposant sur la volonté du plus grand nombre, elle implique donc le suffrage universel. La démocratie est donc la loi du plus grand nombre ou de la majorité. Le plus grand nombre « citoyens » cède son pouvoir à ses représentants qui sont investis du pouvoir pour diriger l'institution, c'est la démocratie représentative, qui rend légitime le pouvoir. « Elle est

²⁹ Intervention de Papa Oumar SAKHO « Quelle justice pour la démocratie en Afrique ? » in *Pouvoirs* n° 129 p 57

³⁰ Voir préambule de la Constitution de la IVème République.

devenue un rite démocratique »³¹. Mais la question de la majorité ne contribue plus à elle seule l'existence de la démocratie comme illustre Michel Troper : « la démocratie n'est pas ce qu'un vain peuple pense. Elle ne saurait être identifiée vulgairement au pouvoir de la majorité. La véritable démocratie, c'est le pouvoir judiciaire³². » Autrement dit donc, un Etat qui se prétend démocratique reconnaît forcément l'existence d'un pouvoir judiciaire

Il paraît paradoxal de parler de démocratie si la séparation des pouvoirs n'existe pas ou tous les pouvoirs sont exercés par une seule institution. Aussi, la séparation existe mais il y a un super pouvoir qui contrôle seul les différentes institutions de la République ou un partage de pouvoir inégalitaire, au point de rendre inexistantes les libertés fondamentales. Donc il faut séparer le pouvoir à travers la pratique démocratique.

Paragraphe 3 : La grande méfiance au pouvoir juridictionnel

Dans l'ancienne conception de l'office du juge, surtout par Montesquieu, quand ce dernier dégage pour la première fois la séparation tripartite des pouvoirs : la puissance exécutive, la puissance législative et la puissance de juger, il attribue à ce dernier des tâches ou « il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers³³ ». Pour préserver la liberté, il faut que cette puissance juridictionnelle soit séparée des deux autres pouvoirs. La justice a donc un rôle très essentiel vis-à-vis des citoyens pour exclure la dictature politique et l'arbitraire du prince.

L'auteur craint encore le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Si la puissance de juger est entre leur main, le premier peut devenir juge et partie sur les relations avec les citoyens et la deuxième peut devenir oppresseur³⁴. Malgré cette crainte, ce penseur voyait

³¹ Intervention de Babacar GUEYE « La démocratie en Afrique : succès et résistances » in *Pouvoirs* n°129p14.

³² Michel TROPER « Le Pouvoir Judiciaire et la Démocratie » Vol.1 EJLS No. 2 p 2.

³³ Charles de secondât de MONTESQUIEU livre XI, chapitre VI, p 112

³⁴ Charles de secondât de MONTESQUIEU livre XI, chapitre VI, p 113 « Le même corps de magistrature a, comme exécuter des lois, toute la puissance qu'il s'est donnée comme législateur. Il peut ravager l'État par ses volontés générales, et, comme il a encore la puissance de juger, il peut détruire chaque citoyen par ses volontés particulières. »

dans le juge une puissance « invisible » c'est-à-dire qui ne se voit qu'à lui-même et « nulle »³⁵ c'est-à-dire qui n'est pas à craindre ou qui a une existence insignifiante ou moindre. Il voit ainsi au juge de puissance inerte, inactive et qui ne peut s'activer que sous ordre de la loi ou tout simplement pour interpréter strictement la loi sans en faire confusion, une machine à subsumer procédant par raisonnement syllogistique qui n'est que la « bouche qui dit les paroles de la loi »³⁶. C'est paradoxal car Montesquieu craint la puissance de juger d'être prise ou absorbée par les autres pouvoirs pour semer la tyrannie alors qu'il la connote comme insignifiante. On peut en déduire dès lors que depuis, la puissance de juger a été exposée par la méfiance des auteurs et des gouvernants.

Même au XIX siècle, l'Assemblée Constituante française a toujours défié le juge avec leur affirmation d'indépendance des magistrats détenteur de compétence et de pouvoirs limités ou restreints³⁷. Cette histoire de l'ambiguïté du pouvoir juridictionnel est liée par des raisons historiques à l'application des Gouvernements des juges jadis, c'est une crainte par pure expérience.

Section II : L'évolution Constitutionnelle malgache et la séparation des pouvoirs

Dans cette étude comparative et évolutive de la Constitution malgache qu'on établira la place que les constituants donnent aux différents pouvoirs étatiques et d'en essayer de mettre en exergue ce qu'elle en est actuellement par la Constitution en vigueur.

Paragraphe 1 : Dans les Constitutions anciennes

A. La consécration du principe de la séparation des pouvoirs

³⁵ *De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux; et l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats.*

« Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle. Il n'en reste que deux; »

³⁶ Charles de secondât de MONTESQUIEU livre XI, chapitre VI, p 114 « Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. »

³⁷ Article de Robert Badinter « Une si longue défiance » in *Pouvoirs* n° 74 p8

Influencée, dominée ou copiée du régime français, la Constitution malgache de 1958 c'est-à-dire depuis l'indépendance de Madagascar pendant laquelle le peuple malgache a vu le soleil de la République démocratique consacrer la séparation et l'équilibre des pouvoirs et ceux dans un procédé démocratique par le biais de l'élection. Cette consécration était imposée par la politique des colonisateurs qui, implicitement derrière cette indépendance déguisée parce que l'évolution des relations et droit international l'exigent. La séparation des pouvoirs et la division de fonction dans cette première Constitution de la République malgache a été invoquée sans équivoque dans son article 41 : « Les institutions de l'Etat sont : le Président de la République et le Gouvernement, L'Assemblée nationale et le Sénat, La Haute Cour Constitutionnelle. Les trois fonctions de l'Etat - fonction exécutive, fonction législative, fonction juridictionnelle-sont exercées par ces institutions et des organes distincts. La Cour Suprême, les Cours d' Appel et les juridictions qui leur sont rattachées ainsi que la Haute Cour de Justice participent à la fonction juridictionnelle.³⁸»

Dans la troisième République, à la version initiale de la Constitution de 1992, la séparation et l'équilibre des pouvoirs sont toujours le principe, mais ce qui est remarquable dans cette Constitution c'est l'initiative des constituants de bien énoncer expressément l'existence des trois pouvoirs de l'Etat à la place du mot fonction. La troisième République début de mandat a mis tous les institutions de l'Etat sur un même pied d'égalité. En l'occurrence, l'article 41 de cette Constitution dispose que : « La structure de l'État comprend: le pouvoir exécutif, composé du président de la République et du Gouvernement ; le pouvoir législatif formé par l'Assemblée nationale et le Sénat ; le pouvoir judiciaire exercé par la Cour constitutionnelle, administrative et financière, la Cour suprême, les cours d'appel, les tribunaux et la Haute Cour de justice³⁹ ». Puis la constitution révisée de 1995 et 2007 ont revenu sur le terme de fonction en remplaçant celui du pouvoir initialement institué. Sauf pour la dernière révision de 2007, à la fin de l'article 41, elle énumère que : « les trois fonctions (...) obéissent au principe de la séparation des pouvoirs et sont exercées par des organes distincts⁴⁰ ».

³⁸ Article 41 de la Constitution de la I^{ère} République Malgache

³⁹ Article 41 de la Constitution de la III^{ème} République Malgache version initiale

⁴⁰ Article 41 de la Constitution de la III^{ème} République Malgache version révisée de 2007

B. Reconnaissance de pouvoir et /ou autorité judiciaire

Cette question d'autorité et pouvoir a été toujours sujet des débats doctrinaux et politiques pour affaiblir ou donner reconnaissance aux institutions judiciaires ou juridictionnelles. On entend par « Auctoritas » ou autorité « un pouvoir reconnu et légitime » et « le fondement de cette reconnaissance variant selon les régimes : ainsi, dans un régime démocratique, le fondement de l'autorité est la confiance du peuple souverain ». Mais au sens juridique du terme, ce n'est pas seulement l'élection par le peuple qui donne la légitimité au pouvoir mais également la compétence exercée que la loi attribue à la personne ou à l'institution⁴¹. L'autorité désigne aussi donc une institution ou ensemble d'institutions. On devrait voir aussi la notion d'autorité sur un acte, l'exemple par excellence est celle de l'autorité de la chose jugée pour une décision judiciaire et l'autorité de la chose décidée dans la hiérarchie de l'Administration.

Contrairement au pouvoir ou « potestas » : « capacité d'agir, qui implique une idée de puissance et donc présuppose un acte de volonté (...). Appliquer en matière politique, le pouvoir est un phénomène de commandement et d'obéissance, faisant naître une relation inégalitaire (asymétrique) entre les gouvernants et les gouvernés. ⁴²» Le pouvoir est donc une capacité de soumettre quelque chose à une autre (un ordre, contrôle). « Mais le mot pouvoir est également utilisé dans le sens de fonction s'exprimant par un ensemble de compétence, et dans celui d'organe auquel est attribuée cette fonction ». Le mot pouvoir et autorité sont donc similaires mais pas semblables. Si on octroie sur la question d'autorité comme une institution, celle-ci peut être investie de pouvoir. Mais la corrélation entre le pouvoir et l'autorité c'est l'ensemble de compétence qu'on attribue à une institution par la loi. A vrai dire, il faut apprécier la question de pouvoir dans l'action ou dans son application ou son exercice.

La Constitution française retient l'autorité judiciaire comme l'ensemble des magistrats de l'ordre des juridictions judiciaires, ce qui sous entend implicitement que la juridiction administrative ne faisait pas partie de cet ordre. Donc la Constitution française assimile la juridiction administrative dans le rang d'administration. Mais compte tenu de la dualité des institutions juridictionnelles françaises, il y a une division de compétence dont seule la

⁴¹ Voir *Dictionnaire du Droit Constitutionnel*, Ed Sirey, 7eme édition, p 18

⁴² Voir *Dictionnaire du Droit Constitutionnel*, Ed Sirey, 7eme édition, p 251

juridiction administrative est compétente pour connaître les différends relevant de l'administration ou le pouvoir exécutif en général, excluant le judiciaire⁴³. La France ne reconnaît donc pas le pouvoir judiciaire ou juridictionnel au même titre que le pouvoir exécutif et législatif de part sa Constitution. Les magistrats ne sont pas élus par l'ensemble du peuple et n'ont pas la souveraineté.

Pour eux, la reconnaissance du principe constitutionnel de l'indépendance de la justice et l'inamovibilité des magistrats de siège sont essentielles. Le conseil constitutionnel français, dans sa décision du 22 juillet 1980 « validation d'actes administratifs », a proclamé l'autorité juridictionnelle pour la première fois comme l'ensemble des juridictions administrative et judiciaires, indépendantes dans leur fonction et qu'aucun des deux autres pouvoirs ne peuvent s'immiscer⁴⁴. Et depuis, la doctrine parle d'autorité judiciaire qui couvre la juridiction administrative et judiciaire.

Si on reçoit la séparation des pouvoirs en tant que la réalisation de l'Etat de droit et la justice en tant que garant de l'Etat de droit comme le Président de la République, la question qui se pose c'est : pourquoi l'institution juridictionnelle n'est pas investie de pouvoir équivalent à l'exécutif ? Vu l'évolution constitutionnelle à Madagascar influencée par le modèle français sauf à la deuxième République avec le régime socialiste, les textes constitutionnels ou les constituants influencés par les politiciens et les élites des politiques malgaches ont tous des hésitations de reconnaître la justice en tant que pouvoir à côté des deux autres. Seulement à partir de la troisième République par la Constitution de 1992, on a reconnu et a investi le juridictionnel d'un vrai pouvoir. Dans notre analyse, la qualification d'autorité ou de pouvoir ne devrait plus être un sujet à grand débat car c'est un pouvoir. Il faut dire que la justice est un véritable pouvoir à part entière et non une simple autorité qui de part son statut « devrait être indépendante ». Puis de part sa fonction, le pouvoir judiciaire sert à contrôler l'application conforme à la loi et sert à jouer le rôle de correcteur et d'arbitre sur les conflits de

⁴³ Source de la dualité des juridictions française le terme « le roi ne peut mal faire » et aussi la division de fonction et la restriction à l'autorité judiciaire de soustraire un administrateur de l'Etat devant lui. Voir aussi article 13 Titre II du décret 16 out 1790 sur l'organisation judiciaire : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

⁴⁴ CC 22 juillet 1980 « Validation des actes administratifs » in Grands décisions du conseil constitutionnel. 8ed, Dalloz p 409.

compétences entre les deux puissances publiques et les autres institutions de l'Etat. Donc, participer au pouvoir de l'Etat, c'est avoir la possibilité de la contrer⁴⁵. En d'autres réflexions, pour être l'arbitre de deux puissances de l'Etat qui est investis de pouvoir indépendant les uns et les autres, il faut aussi la qualité ou la taille de ces belligérants là. Comment une institution de taille inférieure à celle de ceux qui entrent en conflits peut-elle régulariser leurs cas ? Il faut une puissance au moins quasi-égale à eux⁴⁶.

Au final, il faut admettre que la justice est la clé de voute d'un Etat démocratique et libéral. Seulement sa notoriété et sa puissance sont perdues dans la pratique ou l'exercice de ces pouvoirs en disent autrement pour des innombrables raisons. L'usage linguistique ne change en rien l'existence de pouvoir. On affirme donc que le judiciaire est un pouvoir voir même une superpuissance si on examine bien sa structure, mais une superpuissance qui est limitée dans sa compétence, se laisse affaiblie et accepte d'être absorbée par d'autres pouvoirs.

Paragraphe 2 : La Constitution de la IVème République et la séparation de l'exécutif et du juridictionnel.

Dans la lecture de l'ensemble de la loi fondamentale en vigueur au sein de la République, elle reconnaît implicitement l'existence du pouvoir juridictionnel, tout en consacrant une solution particulière pour éviter les mauvaises langues et interprétations. Mais dans son contenu, les constituants désarment le pouvoir juridictionnel face à l'exécutif.

A. La solution de la Constitution en vigueur sur la question d'autorité ou pouvoir juridictionnel

⁴⁵ Charles Secondât de MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, Livre XI, chapitre VI. « J'appelle faculté d'empêcher, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre; ce qui était la puissance des tribuns de Rome. Et, quoique celui qui a la faculté d'empêcher puisse avoir aussi le droit d'approuver, pour lors cette approbation n'est autre chose qu'une déclaration qu'il ne fait point d'usage de sa faculté d'empêcher, et dérive de cette faculté. »

⁴⁶ Voir extrait de Madagascar tribune « Magistrature Malgache : deux, deux et demi u trois pouvoirs ? » « Le Coq et le Lion » L'Editorial donne une image de la magistrature à un coq face à un lion qui est l'exécutif, pour illustré la réalité des rapports entres ces deux pouvoirs. « Un coq peut il impressionner le lion ? » Peut être consulté sur <http://www.madagascar-tribune.com/Magistrature-malgache-deux-deux-et-13907.html/pdf/> mardi 27 avril 2010, par [Anthony Ramarolahiaingonirainy](#)

En dépit des différents débats encourus sur la question de pouvoir ou d'autorité judiciaire ou juridictionnelle, les constituants malgaches ont pris le terme de fonction pour éviter les mauvaises langues et l'interminable interprétation dont fonction exécutive, législative et fonction juridictionnelle. Cette initiative est prise pour donner une image un peu plus démocratique et le respect de l'Etat de droit, aussi pour donner une image plus crédible et légitime de la justice. L'évolution Constitutionnelle malgache parle de fonction pour échapper à cette telle interprétation. Toutefois, la Constitution malgache parle aussi de l'autorité judiciaire quand il s'agit de la compétence de l'ordre judiciaire c'est-à-dire des affaires entre les particuliers : « Article 13 Constitution 1992 : Nulle perquisition ne peut avoir lieu qu'en vertu de la loi et sur l'ordre écrit de l'autorité judiciaire compétente, hormis le cas de flagrant délit »⁴⁷.

La Constitution de la quatrième République est un peu muette sur le terme et laisse l'interprétation aux spécialistes du droit et aux juges constitutionnels le soin d'interpréter les textes. Les constituants de la quatrième République lisent tout simplement de l'exécutif, du législatif et du juridictionnel sur les trois pouvoirs ou fonctions sans en laisser un mot. De préférence, la solution donner par la Constitution de la troisième République version révisée de 2007 semble plus intelligente car elle fait pour mettre fin aux guerres de pouvoirs et l'interminable débat. Mais compte tenu de la séparation souple des pouvoirs que le régime politique malgache prône, c'est la balance des pouvoirs qu'il faut rechercher car il n'y a pas séparation étanche entre les différentes institutions constitutionnelles de l'Etat mais relative. Le problème sur la question de fonction c'est qu'il existe de lien de subordination et d'ordre, de hiérarchisation, desquels la fonction juridictionnelle devrait être à l'abri. Dans la conception actuelle de la séparation et équilibre des pouvoirs prévus dans la Constitution, elle connaît implicitement le pouvoir juridictionnel.

La Constitution Malgache de 1992 prévoit expressément le pouvoir judiciaire et celle de 2010 ou de la quatrième République étant en silence. Mais quoi qu'il en soit, autorité ou pouvoir, les dispositions de ces deux Constitutions posent les mêmes règles, dans son contenu, et non différentes. La connotation est donc symbolique.

B. Désarmement du Juge par les constituants

⁴⁷ Article 13 Constitution 1992

A l'instar des constituants français qui désarment et ne reconnaissent point le pouvoir judiciaire, la Constitution de la quatrième république malgache traite indifféremment au détriment du juge l'équilibre de pouvoir ou la balance de pouvoir. Elle reconnaît la suprématie des pouvoirs politiques, « législatif » compte tenu du parlementarisme rationalisé, semi présidentiel ou hybride, et « exécutif », surtout pour les détenteurs de ce dernier. La fonction du juge est garant de la liberté fondamentale. La garantie de l'Etat de droit et de la démocratie se trouve concurrencer avec un autre organe politique qui est le haut conseiller pour la défense de la démocratie et de l'Etat de droit. Il se trouve même que le pouvoir juridictionnel est sous l'observation et contrôle de cette institution en matière de respect de l'éthique du pouvoir et dans la promotion et protection des droits⁴⁸ : « Article 43 : Le Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'Etat de droit est chargé d'observer le respect de l'éthique du pouvoir, de la démocratie et du respect de l'Etat de droit, de contrôler la promotion et la protection des droits de l'Homme. Les modalités relatives à la composition, à l'organisation et au fonctionnement du Haut Conseil sont fixées par la loi ».

A part cette institution, il y a aussi l'Inspection général de la justice instituée sous l'égide de la présidence de la République chargée de « contrôler le respect des règles déontologiques particulières aux Magistrats, ainsi que les agissements du personnel de la justice »⁴⁹, et peuvent être saisis par des chefs d'institutions et associations en cas de manquement constatés des agissements des magistrats, donc concours à côté du CSM. Une troisième institution aussi est prévue, c'est le « Conseil National de la Justice » pour « proposer au gouvernement des mesures d'ordre législatif ou réglementaire relatives à l'organisation et au fonctionnement des juridictions, au statut des magistrats et des auxiliaires

⁴⁸ Article 43 de la Constitution de 2010 prévoit l'existence du Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'Etat de droit pour contrôler les pouvoirs. Certains politiciens disent même que cette institution doit être composée des anciens présidents qui sont reconnus comme des sages « Ah bon ». Mais quid si cette institution vont avoir des décisions dans l'exercice de sa fonction ???

⁴⁹ Article 112 de la Constitution de la Quatrième République Malgache qui dispose que : « L'Inspection Générale de la Justice, composée de représentants du Parlement, de représentants du Gouvernement, de représentant du Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'Etat de droit, et de représentants de la Magistrature, est chargée de contrôler le respect des règles déontologiques particulières aux Magistrats, ainsi que les agissements du personnel de la justice. Elle est rattachée à la Présidence de la République. Le Président de la République, le Parlement, le Gouvernement, les Chefs de Cour, les associations légalement constituées et toute personne justifiant d'un intérêt peuvent saisir l'Inspection Générale de la Justice. Les règles relatives à l'organisation, au fonctionnement et aux attributions de l'Inspection Générale de la Justice sont fixées par la loi »

de la justice »⁵⁰. Tous ces organes sont mis à la disposition des politiciens, explicitement à l'exécutif, pour mieux contrôler et désarmer le pouvoir juridictionnel dans l'exercice de sa fonction. La constitution exclut le pouvoir juridictionnel en temps de crise, le juge est donc nul et invisible comme Montesquieu l'entend dit en matière de crise et de situation de fait. Or, on dénomme toujours le juge d'analyseur de fait pour la convertir en droit « Donne moi les faits et je te donne le Droit » selon le proverbe. Jadis, en temps de guerre ou de crise, l'Etat donne place au tribunal militaire pour résoudre les conflits survenus dans cette période comme à Madagascar en 1975 sous la Révolution socialiste.

De plus, il y a aussi ce fameux pouvoir que certains juristes appellent de dictature constitutionnelle, exclusivement réservée au chef de l'exécutif prévue à l'article 61 de la Constitution : « Lorsque les Institutions de la République, l'indépendance de la Nation, son unité ou l'intégrité de son territoire sont menacées et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics se trouve compromis, le Président de la République peut proclamer, sur tout ou partie du territoire national, la situation d'exception, à savoir l'état d'urgence, l'état de nécessité ou la loi martiale. La décision est prise par le Président de la République en Conseil des Ministres, après avis des Présidents de l'Assemblée Nationale, du Sénat et de la Haute Cour Constitutionnelle. La proclamation de la situation d'exception confère au Président de la République des pouvoirs spéciaux dont l'étendue et la durée sont fixées par une loi organique. Dès la proclamation de l'une des situations d'exception précitées, le Président de la République peut légiférer par voie d'ordonnance pour des matières qui relèvent du domaine de la loi. »⁵¹. Malgré cette condition de demande d'avis à la HCC prévue au dernier alinéa, la Constitution ne prévoit pas si cet avis est conforme ou facultatif, lie ou ne lie pas le Président de la République provoquant l'incapacité du juge dans la crise politique. Il ne faut pas régler juridiquement tout ce qui est question politique. A tout cela que les constituants malgaches exposent les juges, c'est pourquoi elle est désarmée malgré la reconnaissance implicite de son

⁵⁰ Article 113 de la Constitution de la Quatrième République : « Le Conseil National de la Justice, organe consultatif composé du Premier Président de la Cour Suprême, Président, du Procureur général de la Cour Suprême, des Chefs de Cours, de représentants du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif, de la Haute Cour Constitutionnelle, du Conseil Supérieur de la Magistrature, du Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'Etat de droit, et des auxiliaires de la justice en général. A ce titre, il peut proposer au Gouvernement des mesures d'ordre législatif ou réglementaire relatives à l'organisation et au fonctionnement des juridictions, au statut des Magistrats et des auxiliaires de la justice.

⁵¹ Article 61 de la Constitution de la Quatrième République de Madagascar réglementant la situation d'exception dans toute l'étendue du territoire de la République.

pouvoir. Les constituants ont tendance à consacrer de régulariser les relations entre le pouvoir législatif et exécutif, dont le pouvoir régulateur de la vie publique au nom du droit et de la loi a perdus poids.

CHAPITRE II : L'AGRESSION DU PRINCIPE RÉGISSANT LA SÉPARATION DES POUVOIRS EXÉCUTIF ET JURIDICTIONNEL

Dans la consécration constitutionnelle des principes de la séparation et équilibre des pouvoirs, plusieurs principes constitutionnels et législatifs sont institués pour régir les rapports entre le pouvoir ou fonction exécutive et juridictionnelle en droit. Il s'agit du principe de l'indépendance de chaque pouvoir et la règle de non-immixtion des fonctions entre les deux qui vont au détriment de l'imperium du juge. Pour Jean-Marc VARAUT dans le dictionnaire de la justice, « L'indépendance est la situation d'une collectivité, d'une institution ou d'une personne qui n'est pas soumise à une autre collectivité, institution ou personne. Il faut que son titulaire n'ait rien à attendre ou à redouter de personne ». L'indépendance de la justice est donc « la liberté du juge de rendre une décision sans pression ni interférence d'autres personnes physiques ou morales, sans prendre en compte les relations hiérarchisés comme l'article 2 du code des déontologies des magistrats la prévoit⁵². L'indépendance c'est le corollaire d'une interprétation stricte du principe de la séparation des pouvoirs et nécessaire à la protection des droits. Le principe de non-immixtion quant à elle, veut qu'aucune intervention ne soit faite dans l'exercice de fonction des organes exécutifs ou intervention de l'exécutif dans la prise des décisions du pouvoir du juge. C'est le corollaire du principe de séparation des pouvoirs. Ces principes se trouvent compromis en réalité, et se voient comme un mythe et la non-immixtion n'est pas respectée en pratique à cause d'un subtil mélange d'indépendance et de subordination.

Section I : Le Mythe de l'Indépendance de la Justice

Bien que la Constitution énonce l'indépendance de la justice dans son préambule, l'indépendance ne veut aucun empiétement, ni ordre ou pression directe ou indirecte venant du Gouvernement pour enjoindre le juge à statuer comme telle soit acceptable⁵³. Mais celle-ci est en vain et peut être susceptible d'influencer de l'exécutif à tous les niveaux. L'intitulé

⁵² Voir décret n° 2005-710 du 25 octobre 2005 portant Code de Déontologie des Magistrats, article 2 : *Le Magistrat exerce sa fonction de façon indépendante, conformément à l'esprit de la loi, sans influence extérieure, incitation, pression, menace, ou interférence directe ou indirecte, de la part de n'importe qui que ce soit.*

⁵³ Roger PERROT « Institutions Judiciaires » Ed DOMAT DROIT PUBLIC Montchrestien, 7eme Edition p41

suppose déjà l'existence des faussés entre la loi qui régit et garantit l'indépendance des juges, et la réalité que vivent ces derniers dans l'exercice de leurs fonctions.

Paragraphe 1 : Manifestation de la dépendance du juge à l'exécutif

Etonnamment, la loi démontre que l'indépendance de la justice est une finalité comme une chose à construire alors que ceci devra être une règle qui s'impose dès son existence et son insertion à la loi⁵⁴. Ceci démontre donc que, dans les rapports avec le pouvoir exécutif, la dépendance du pouvoir juridictionnel est justifiée et se manifeste sous plusieurs formes. On va essayer de voir cette manifestation sous l'angle de la subordination comme cause du mythe de l'indépendance et du paradoxe dans sa garantie.

A. Les gardiens de l'indépendance de la justice

Les constituants ainsi que le législateur ont prévu deux organes de garantie, conjointement, de l'indépendance de la magistrature à savoir le Président de la République et à son côté le Conseil Supérieur de la Magistrature.

1. Le Président de la République : Le paradoxe

Le Président de la République malgache détient tout l'arsenal de l'édifice constitutionnel. En tant que Président de l'exécutif, c'est lui qui fait la pluie et le beau temps au sein de ce pouvoir de l'Etat. Il détermine la politique générale de l'Etat. Il nomme le Premier Ministre malgré la présentation de ce dernier par la majorité des partis au sein de l'Assemblée Nationale⁵⁵. Majorité qui devient majorité présidentielle dans la plupart des cas. Le Président aussi nomme et révoque les ministres avec le Premier Ministre, les hauts fonctionnaires de l'Etat et les ambassadeurs. Egalement Chef Suprême de l'armée et garant de son unité, le Président de la République est aussi « garant, par son arbitrage, du

⁵⁴ *Exposé des motifs de la loi 2004-036 relative à l'organisation ; aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la cour suprême et les trois cours la composant : « La présente loi organique relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois Cours la composant s'inscrit dans le cadre du programme d'action prioritaire entrepris par le Gouvernement au titre de la Justice, (...), l'objectif à atteindre étant d'avoir un système judiciaire indépendant efficace et méritant la confiance des justiciables. »*

⁵⁵ *Article 54 de la Constitution de la IVème République Malgache adoptée en 2010*

fonctionnement régulier et continue des pouvoirs publics, de l'indépendance nationale et de l'intégrité territoriale. Il veille à la sauvegarde et au respect de la souveraineté nationale tant à l'intérieur qu'à l'extérieur. Il est le garant de l'Unité nationale »⁵⁶. Et ce qui nous intéresse, c'est qu'il est aussi le garant, assisté par le Conseil Supérieur de la Magistrature dont il est encore le président, l'indépendance de la justice « Le Président de la République est garant de l'indépendance de la justice ». A 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.⁵⁷ »

Le fait de concentrer tout ces pouvoirs aux mains du Président de la République entraîne l'hypertrophie au sein de cette présidence dont il tente en abuser en conséquence comme Montesquieu la déjà prédis. C'est paradoxal, car la première personne qui va manier la justice est son garant. Le Président peut user de ces pouvoirs, et il est confiant à cause de sa large légitimité découlant de son élection par l'ensemble du peuple au suffrage universel direct. La conception malgache de « Ray aman'dreny » au Président de la République aussi aggrave encore son égo car on a tout le respect et l'obéissance envers lui. Madagascar est aussi contaminé du syndrome de « personnalisation du pouvoir ».

Il va donc influencer les juges car il est toujours partie directement ou indirectement à la nomination des magistrats des hautes juridictions. La présence de ce colosse peut aussi colorer politiquement la justice, comme dans les autres pouvoirs à savoir « législatifs ». Le Président de la République impose ses puissances souveraines et son influence sur le juridictionnel, en pratique, par l'intermédiaire du Ministre de la Justice. Ce dernier, qui est malléable, exécute sans réserve son ordre par crainte de destitution ou conservation de leur poste⁵⁸. Le Ministre de la Justice est utilisé pour faire des oppressions aux opposants

⁵⁶ Article 45 alinéa 2 de la Constitution de la IVème République Malgache adoptée en 2010

⁵⁷ Article 107 de la Constitution de la IVème République Malgache adoptée en 2010

⁵⁸ Babacar GUEYE présente comme celle-ci la fonction du ministre par rapport à son Président de la République en Afrique : « Quant aux ministres, « juxtaposés les uns par rapports aux autres, cultivant l'humilité, [ils] gèrent leur département respectif un peu à la manière des chefs de service, sans participer à la détermination de la politique nationale, apanage du chef de l'État 21 ». Le souci de conserver leur poste est dès lors la préoccupation majeure des membres du gouvernement. » In pouvoir n°129 p.16 « La Démocratie en Afrique » qu'il l'inspire du propos de Jean Gicquel, Jean-Éric Gicquel, op. cit, p. 707. Ce point de vue exprimé à propos du Cameroun est encore valable pour un grand nombre d'États africains.

politiques comme dans la plupart de tous les Etats Africains et comme préconisent les opinions que la justice devient « la justice des vainqueurs ». On peut en déduire donc que la présence et ou la garantie par le Chef de l'exécutif de la justice préjudicie cette dernière dans son indépendance. La garantie de l'indépendance de la justice par le président de la république porte atteinte du moins à l'équilibre du pouvoir entre l'exécutif et le juridictionnel. La pratique demeure la preuve « exemple la plus récente, le flou sur le problème de l'ancien Chef de l'Etat et consorts de son entrée en catimini à Madagascar, Est-ce une protection par décision administrative ou une exécution des décisions juridictionnelles proclamées avant ? Quoi qu'il en soit, la justice a été manœuvrée la dedans ⁵⁹ ».

2. Le Conseil Supérieur de la Magistrature et le corporatisme des juges

Il est institué le conseil supérieur de la magistrature à côté du Président de la République pour garantir, conjointement, l'indépendance de la justice prévue dans la Constitution et dans la loi organique relative au CSM. Cet organe est une grande institution appartenant au pouvoir juridictionnel de par son fonctionnement et ses attributions. Ceux-ci devraient être un symbole de la puissance juridictionnelle. Hélas, il est présidé par le Chef de l'exécutif et encore sous tutelle administrative du Ministère de la Justice qui est le vice-président⁶⁰. Le Ministère de la Justice organise l'élection des membres du CSM et en fixe les

⁵⁹ Voir Extrait du Madagascar-Tribune.com Affaire« Ravalomanana n'est pas emprisonné » selon la ministre de la Justice, Noëline Ramanantenasoa » consultable sur <http://www.madagascar-tribune.com/Ravalomanana-n-est-pas-emprisonne,20545.html>14déc201414:36. Date de mise en ligne : jeudi 4 décembre 2014.

⁶⁰ « Le Conseil Supérieur de la Magistrature est composé ainsi qu'il suit :

1. Le Président de la République, Président ;
2. Le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Vice-président ;
3. Le Premier Président de la Cour Suprême et le Procureur Général près ladite Cour ;
4. Un magistrat de la Cour Suprême représentant les trois Cours la composant élu en Assemblée Générale ;
5. Sept magistrats élus, dont cinq élus dans les ressorts des Cours d'Appel, un élu dans les tribunaux administratifs et un élu dans les tribunaux financiers. Les magistrats en service à la chancellerie et les magistrats détachés, ou mis à disposition, votent et sont éligibles dans le collège des magistrats du ressort des Cours d'Appel. Les magistrats sont éligibles dans le collège où ils sont électeurs ;

règles la concernant « L'élection des membres magistrats a lieu au scrutin uninominal majoritaire à un tour. Un arrêté du Ministre de la Justice détermine les modalités du scrutin.»⁶¹.

Le comble se trouve au cœur du texte même qui régit le CSM. La composition du conseil comprend 19 membres y compris le Président de la République comme Président et le Ministre de la Justice le vice, tous deux membres de droit, alors que l'article 7 de la même loi dispose que : « Aucun membre du Conseil Supérieur de la Magistrature ne peut, pendant la durée de ses fonctions, exercer ni la profession d'avocat, ni celle d'officier public ou ministériel ni celle de militaire en activité ni aucun mandat public électif. Le Conseil Supérieur de la Magistrature met fin aux fonctions d'un de ses membres en cas d'incompatibilité. » Déjà modifiée par la nouvelle loi organique 2014-009 modifiant et complétant certaines dispositions de la Loi Organique n°2007-039 : cette dernière régleme le régime de l'incompatibilité au Président de la Cour Suprême et celui du Procureur Général de la dite Cour⁶², contrairement au statut des magistrats. Ces articles instaurent et prévoient les questions d'incompatibilités, comme connues de tous, pour préserver l'indépendance des membres ainsi que sa neutralité dans son noble et grande tâche. Dans son attribution, elle est l'organe chargé de gérer la carrière des magistrats⁶³, donc la vie professionnelle toute entière des magistrats exerçant la fonction juridictionnelle. En tant qu'organe de consultation du Ministre de la Justice sur les questions de nomination des magistrats tenant le poste des ordres

6. Deux enseignants des Universités désignés par la Conférence des Présidents des Universités de Madagascar ;

7. Une personnalité choisie hors de la magistrature par une entité fédérative des organisations de la Société Civile de Madagascar parmi les candidats proposés par les associations membres. »

Composition du conseil supérieur de la magistrature et son hiérarchie prévue dans l'article 2 de la loi organique 2007- 039 du 14 janvier 2008 modifiée et complétée par la loi organique n°2011-006 du 14 janvier 2008 relative au Conseil Supérieur de la Magistrature.

⁶¹ Article 5 de la loi organique 2007-039 relative au Conseil Supérieur de la Magistrature.

⁶² Article 7 de la loi organique 2014-019 modifiant et complétant certaines dispositions de la Loi Organique n°2007-039 du 14 janvier 2008, modifiée et complétée par la Loi Organique n°2011-006 du 1er août 2011 relative au Conseil Supérieur de la Magistrature.

⁶³ Article 16 de la loi organique 2007-039 relative au Conseil Supérieur de la Magistrature : « Le Conseil Supérieur de la Magistrature assure la gestion de la carrière des magistrats. »

des différentes juridictions au sein de la justice, l'organe semble avoir ses mots car toute sa proposition et avis lient l'autorité de nomination.

En tant que conseil disciplinaire⁶⁴, il siège et statue en cas de manquement des obligations et d'éthiques déontologiques des magistrats. Seulement, il faut deux tiers de ces membres pour statuer en tant que conseil disciplinaire. Le Président du CSM qui préside le conseil et convoque les membres⁶⁵. Le Président ou son vice qui désigne un rapporteur en charge d'enquête en cas de manquement d'un magistrat. Dans la nomination, le « veto consultatif » semble de prime à bord caduc car le Président de la République et le Ministre font parties de l'organe de consultation, leur présence peuvent influencer ou parfois imposer aux autres membres dans la nomination, promotion et affectation des magistrats. Vu la loi donc, l'ensemble du fonctionnement du CSM est largement dominé et contrôlé par son président ou le vice qui est le chef du pouvoir exécutif également.

La pratique illustre concrètement que le Président de la République et le Ministre de la Justice passent outre et exercent directement sans implication du CSM quand il s'agit de nommer ou promouvoir un magistrat qui a un lien avec les deux « le favoritisme », malgré le vote au sein du CSM. Ils peuvent faire pression directement dans les affaires touchant un allié politique⁶⁶. De ce fait, il est impossible voir fragile que le CSM peut vraiment assurer l'indépendance de la justice alors que lui-même son indépendance est bafouée. De plus, le CSM est décrié par sa subordination à l'exécutif. Son indépendance même et son intégrité sont mises en cause vue cette intervention de ESOAVELOMANDROSO qui nous laisse perplexe : « Pour ce faire, les membres du CSM – qu'ils soient magistrats ou non magistrats – se doivent d'être intègres, se doivent d'être irréprochables. Le CSM ne peut pleinement jouer son rôle et sera toujours décrié si ses membres, magistrats ou non magistrats, n'adoptent pas un comportement exemplaire. »⁶⁷. L'irréprochable qu'on parle ici c'est que ces membres

⁶⁴ Article 25 de la loi organique 2007-039 relative au CSM.

⁶⁵ Ibid, Article 32 de la loi relative au CSM

⁶⁶ Source : Un magistrat de l'ordre judiciaire dans le tribunal de première instance d'Antananarivo dont il veut garder l'anonymat pour des raisons personnelles.

⁶⁷ Intervention de Faratiana ESOAVELOMANDROSO pendant le colloque « PERCEPTIONS ET REFLEXIONS DU CSM SUR L'INSPECTION DE LA JUSTICE A MADAGASCAR » nous montre encore le flou et nous démontre implicitement cette faille chez le CSM. Certes, mais pas tout les membres du CSM parce qu'on

doivent être à l'abri de toute suspicion et ne doivent être entachés par des affaires louches ou sales, mais celle-ci existe comme dans les affaires « Bois de rose » ou parmi les membres du CSM sont soupçonnés⁶⁸.

La suspicion est au cœur de l'organe. Les magistrats eux-mêmes aussi interviennent aux affaires en cours pour faire pression soit sur l'ordre du président, soit sa propre conviction. Ils sont généralement suspectés de connivence avec le pouvoir exécutif excluant leur crédibilité, aussi bien qu'au sein de la magistrature ainsi qu'auprès des populations plus méfiant aux décisions de justice. Le contrôle par l'exécutif sur le CSM est tellement massif de telle sorte que les décisions du CSM bénéficient de toute suspicion. L'organe est aussi vu sa composition majoritairement magistrat, sujet d'un corporatisme.

Ce corporatisme est l'un des problèmes que certains décrient sur le CSM. Vu le nombre important des magistrats membres de cet organe « presque le trois quart », le fort corporatisme des juges est favorisé et entrave l'indépendance de la justice. Ce corporatisme peut entraîner l'autoprotection aveugle des magistrats, la satisfaction sans résultat, aussi que le silence complice provoquant un dysfonctionnement même à l'intérieur de la justice. La protection des citoyens sur leurs libertés fondamentales se trouvent écartés par le juge d'où la faiblesse du pouvoir juridictionnel. Le corporatisme a aussi pour effet d'éloigner les juges des préoccupations de leurs concitoyens en les enfermant dans des logiques internes à l'égard desquelles ils perdent progressivement un regard critique. Il favorise l'adoption de « comportements de conformité ». La fermeture des juges au sein de son corps entraîne un manque de compétence et éloigne les juges de la réalité (on la traitera ultérieurement). La structure du CSM actuelle met de côté la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le juridictionnel qui dans son esprit exclut l'idée de subordination entre les deux institutions. Cette subordination qui se manifeste par la nomination des magistrats dans leurs fonctions fera l'objet d'analyse suivant.

B. La subordination par l'exécutif

connait très bien l'intégrité et le principe de certains membres de cet organe pendant ce mandat. /Elle est, membre du CSM nommé par la Conférence des Présidents des Universités de 2001 en 2014.

⁶⁸ Source : Un magistrat de l'ordre judiciaire de la Cour d'Appel d'Antananarivo dont il veut garder l'anonymat pour des raisons personnelles.

L'appareil judiciaire se trouve sous l'égide du Ministère de la Justice et ceux sur plusieurs niveaux. La subordination se manifeste par la nomination des magistrats placés sur les hautes juridictions entraînant la gestion de leurs carrières par ce pouvoir.

1. La nomination du juge par l'Exécutif

La nomination du juge par l'organe exécutif a tellement d'influence sur son indépendance malgré les conditions de nomination posées par les textes. Comme on l'a déjà vu auparavant, les magistrats aux postes de hautes juridictions et sur les différentes juridictions sont nommés en conseil de ministre sur proposition du Ministère de la justice après consultation du CSM. Au niveau de la Cour Suprême et les autres Cours qui la composent, l'article 3 de la loi 2004-036 relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois Cours le composant dispose comme suit : « La Cour Suprême est dirigée par un Premier Président et un Procureur Général. Le Premier Président est secondé par trois Vice-présidents qui sont respectivement le Président de la Cour de Cassation, le Président du Conseil d'Etat et le "résident de la Cour des Comptes. Le Procureur Général est secondé par le Procureur Général de la Cour de Cassation, le Commissaire Général de la loi et le Commissaire Général du Trésor Public. Ils sont respectivement nommés par décret pris en Conseil des Ministres sur proposition du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice après consultation du Conseil Supérieur de la Magistrature; les autres membres et les auditeurs sont nommés par décret sur proposition du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice. » Cette disposition est réinscrite dans l'article alinéa 1,2 et 3 de la loi organique 2007-039 relative au CSM. Vue la faiblesse du CSM qu'on a pu constater auparavant, alors que ce dernier en tant qu'organe technique de régulation de la carrière des magistrats, devra en principe sert de balise à l'emprise politique de l'exécutif. Il faille à son rôle. De plus, la loi ne pose pas un système de vote au sein du CSM quand il s'agit la nomination des magistrats sauf quand il statue en tant que conseil disciplinaire et/ou quand il vote les membres de la Haute Cour Constitutionnelle⁶⁹. Le

⁶⁹ Voir Article 32, 33 et 34 de la loi 2007-039 relative au CSM modifiée et complétée par la loi 2011-006 du 14 janvier 2008 : Ces articles disposent les conditions et les règles à respecter au sein de la CSM quand il statue en tant que conseil de discipline. L'article 33 impose même la réunion à huis clos : « Le Conseil de discipline siège et statue à huis clos. La décision du Conseil Supérieur de la Magistrature doit être motivée et prise à la majorité absolue des voix de ses membres. Le vote a lieu à bulletin secret si les 2/3 au moins des membres présents le décident. Elle est rendue publiquement. Les décisions du Conseil de discipline sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. L'acte constatant la décision prise par le CSM doit être notifié, au magistrat intéressé dans le mois qui suit, par le secrétaire général. » De tant de règles

Ministre de la Justice a donc une charge essentielle dans la gestion de la magistrature à partir de sa nomination, sur les principales postes essentielles et de la hiérarchie dans la justice. Elle désigne également et unilatéralement des magistrats au sein de la direction ministérielle⁷⁰. Il a donc une mainmise flagrante dans le fonctionnement de la justice et de plus il peut s'interférer dans la vie des juridictions puisqu'il répartit les moyens de fonctionnement de la justice par ses services.

Concernant cette nomination, la loi pose deux formes de juges selon les règles de compétences et selon les conditions et principes d'exercices de fonction. Il s'agit des magistrats du parquet représentant le ministère public et les magistrats du siège⁷¹.

- Les juges du parquet et l'amovibilité

Selon les lexiques de termes juridiques, le parquet c'est : l' « ensemble des magistrats de carrière chargés devant certaines juridictions de requérir l'application de la loi et de veiller aux intérêts généraux de la société »⁷². On les nomme aussi de « ministère public » quand il s'agit des magistrats civils et pénaux présidé par le Procureur Général de la Cour Suprême et composé de plusieurs magistrats selon l'article 50 du code de procédure pénale : « Le ministère public comprend : Le Procureur Général près la Cour d'Appel; Les avocats généraux et substituts généraux; Les procureurs de la République et leurs substituts; Les magistrats public. Affectés à une section de tribunal; Les officiers du ministère »⁷³. Mais

sont restrictives pour le CSM quand il s'agit de sanction alors que dans la nomination, l'exécutif est tellement libre.

⁷⁰ Article 16 paragraphe 7 de la loi organique 2007-039 relative au CSM « Les magistrats nommés au sein du Cabinet du Ministre de la Justice sont désignés par arrêté du Ministre de la Justice ».

⁷¹Article 4 de l'ordonnance 2005-005 portant loi organique relative au statut de la magistrature. « Dans leurs activités juridictionnelles, les magistrats du siège sont indépendants et ne sont soumis qu'à la Constitution et à la loi. Hors les cas prévus par la loi et sous réserve de l'exercice du pouvoir disciplinaire, ils ne peuvent être inquiétés en aucune manière en raison des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions. Aucun compte ne peut leur être demandé en raison des décisions qu'ils rendent ou auxquelles ils participent.

Les magistrats du Ministère public sont soumis à la subordination hiérarchique ; toutefois, dans leurs conclusions ou réquisitions orales, ils agissent selon leur intime conviction et conformément à la loi.

⁷² Lexiques des termes juridiques ; édition Dalloz, 14eme édition 2003 p 419.

⁷³Article 50 de l'ordonnance n° 62-052 du 20 septembre 1962 portant Code de Procédure Pénale Malagasy.

quand il s'agit du parquet de l'ordre administratif et financier on l'appelle sous le nom de commissaire général de la loi et de commissaire général du trésor public mais pas en tant que ministère public. Il est mieux de les distinguer car il y a un peu de différence entre les deux dans leurs fonctionnements.

Les juges du parquet qu'il soit administratif ou judiciaire sont soumis à la subordination hiérarchique dans l'exercice de leur fonction à cause de ses missions de préservation d'intérêt de la société ou de l'intérêt général. Mais cette subordination hiérarchique n'affecte en rien, en principe, sur leurs conclusions dans une affaire selon l'article 110 de la Constitution : « Les Magistrats du ministère public sont soumis à la subordination hiérarchique ; toutefois, dans leurs conclusions ou réquisitions orales, ils agissent selon leur intime conviction et conformément à la loi. Ils disposent de la police judiciaire dont ils peuvent contrôler les activités et le fonctionnement. Le fait de leur enjoindre d'accomplir des actes qui sont manifestement contraires à la loi entraîne pour les solliciteurs des sanctions prévues par la loi »⁷⁴. En conséquence, il ne bénéficie en rien le statut de l'inamovibilité.

SCARANO JP qualifie même les magistrats du parquet comme une simple administration de l'Etat central sous subordination : « les magistrats du parquet sont des agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux, (...) soumis à leur supérieur hiérarchique et au garde des sceaux »⁷⁵.

Il faut préciser aussi que la hiérarchie dont on parle c'est celle du Ministre de la Justice qui représente l'exécutif en d'autres termes. Le code de procédure pénale expose parfaitement cette subordination surtout quand il s'agit d'une poursuite d'infraction pénale. Le Ministre peut même donner des instructions au parquet et donne l'ordre à une poursuite derrière cette notion de protection d'intérêt général et de la préservation de l'ordre public « Le Ministre de la Justice peut dénoncer au Procureur Général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance, lui enjoindre d'exercer ou de faire exercer des poursuites, ou de saisir la

⁷⁴ Article 110 de la Constitution de la Quatrième République Malgache adopté en 2010.

⁷⁵ J.P SCARANO « Institutions Judiciaire » éd ellipses, 5eme éd, p 16

juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le Ministre juge opportunes »⁷⁶. Le pouvoir exécutif est donc parfaitement usuel ici.

Concernant le commissaire général de la loi et celui du Trésor Public qui ont autorité sur l'ensemble du commissariat des juridictions administratives. Certains les distinguent du ministère public à cause de leur compétence. Aucun texte ne distingue pas cette nuance mais la réflexion sur l'attribution de chaque juridiction en dit autrement. Imbiki Anaclet expose cette nuance sur deux points et il a distingué le rôle des commissaires à la loi. D'une part, en cas de sursis à exécution, le juge soulève d'office les règles d'ordre public. Ceci va avec la protection de l'ordre et de la sécurité dont le chef de gouvernement en est garant. Le juge apparaît ici comme protecteur de l'intérêt de la société avec le Gouvernement. Implicitement donc, pour l'auteur : « le principe de subordination hiérarchique s'applique pour les magistrats de parquets des juridictions de l'ordre administratives et financières »⁷⁷ D'autres part, il s'agit du fond du litige et il pose la question : « comment soumettre les magistrats des parquets administratifs et financiers(...) aux instructions de leurs chefs hiérarchiques placés sous l'autorité de l'exécutif, alors que justement, les attributions de leur juridiction consistent à statuer sur les actes et la gestion des organes de l'Etat et de leurs démembrements ? »⁷⁸. C'est contre nature de parler des juges représentants de l'Etat au sein des parquets administratifs et financiers car ils ont pour compétence de contrôler l'Etat. Donc, il faut que les commissaires à la loi soient indépendants dans ses conclusions et ne sont soumis aux instructions hiérarchiques politiques. Et pour clore sur ce point, l'auteur montre que : « L'Etat est représenté pour les procès auprès des juridictions administratives (...), par le directeur de la législation du contentieux DLC et non par le parquet »⁷⁹.

Toutefois en principe, oui, les magistrats du parquet de l'ordre administratif ne sont soumis à aucun ordre hiérarchique de l'exécutif de par sa nature. Mais ceci n'empêche guère

⁷⁶ Article 152 de l'ordonnance n° 62-052 du 20 septembre 1962 portant Code de procédure pénale Malagasy

⁷⁷ IMBIKI Anaclet dans son ouvrages « Déontologie et responsabilité des magistrats à Madagascar...pages 111,

⁷⁸ Ibid pages 112

⁷⁹ Ibid pages 113

le pouvoir exécutif d'exercer sa puissance et son excès de pouvoir au sein de cette juridiction. A l'ensemble, tant que les parquetiers qui pourront saisir librement le juge d'instruction ne sont pas indépendants, le reste n'est qu'utopie.

- Les juges du siège et l'inamovibilité

Les juges du siège, au contraire des juges du parquet, ont pour fonction d'appliquer la loi. Ils sont chargés de juger. Ils sortent des décisions soit sous la forme de jugement dans l'instance inférieure et d'arrêt dans l'instance de recours. Les magistrats du siège sont aussi nommés suivant la même procédure que ceux du parquet c'est-à-dire la nomination au conseil des ministres sur proposition du Ministre de la Justice après consultation du CSM. Le président de la Cour Suprême et les différents présidents de chaque juridiction sont nommés de même procédure⁸⁰. Les magistrats du siège sont dès lors nommés par l'exécutif via le Ministre de la Justice. Mais ces juges ont sa particularité qui devrait être de principe car celle-ci garantit son indépendance selon la Constitution dans son article 109 qui dispose que : « 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. » Les magistrats du siège ne sont donc pas sous la subordination hiérarchique directe du Ministère de la Justice et ils exercent leur fonction en toute sérénité selon l'article 108 de la Constitution : « 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. A 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.⁸¹ » Ils sont donc indépendants dans la prise de décision car celle-ci relève de chaque intime conviction des juges qui siègent sur une affaire. Ces derniers n'ont donc aucun compte à rendre à son Chef de juridiction, ni à personne d'autres. Les juges du siège sont maîtres devant le prétoire et on

⁸⁰Article 16 paragraphe 3 de la loi organique 2007-039 relative au CSM « Le Président de la Cour de Cassation et le Procureur général de ladite Cour, le Président du Conseil d'Etat et le Commissaire général de la loi, le Président de la Cour des Comptes et le Commissaire Général du Trésor public sont nommés par décret pris en Conseil des Ministres sur proposition du Ministre de la Justice après consultation du Conseil Supérieur de la Magistrature, de préférence parmi les magistrats les plus anciens dans le grade le plus élevé respectivement de l'ordre judiciaire, administratif et financier ; »

⁸¹ Article 108 de la Constitution de la Quatrième République malgache adoptée en 2010

ne pourra pas lui reprocher de la décision s'ils plaident en faveur de tel ou telle requérant. « Aucun compte ne peut leur être demandé en raison des décisions qu'ils rendent ou auxquelles ils participent.⁸² » La fonction de juger implique une part irréductible d'autonomie qui relève de la seule conscience de chaque juge.

Finalement, le Ministre de la Justice, contrairement à sa mission « d'assurer une justice indépendante, proche des usagers, intègre, efficace et respectueuse des droits humains et d'instaurer la bonne gouvernance au sein de la justice », qui est souvent magistrat, soumet au désir de son Chef « le Président de la République », l'aide, et est complice parfois même des ingérences de la justice par l'exécutif. A part cette volonté dominante de l'exécutif, les juges ont acquis la mentalité de dominer ou voir même peur que sa décision va à l'encontre de l'exécutif et leur demande une instruction avant d'agir. C'est le cas du parquet en matière de l'opportunité de poursuite surtout quand l'affaire touche des personnalités politiques⁸³.

2. Conséquences de la nomination

- Remplacement Ad nutum et affectation

Les tentatives de contrôle de la justice par le pouvoir exécutif apparaissent sous des formes multiples au rang desquelles l'affectation et la nomination des magistrats constituent la face visible de l'iceberg. En ce qui concerne l'affectation donc, d'une part, quand il s'agit des magistrats du parquet, l'affectation et le remplacement ad nutum semblent systématiques car ces juges ne sont pas protégés par l'inamovibilité. Le Ministre de la Justice par l'intermédiaire du Procureur Général procède d'office aux remplacements. D'autre part, quand il s'agit du magistrat de siège, il semble un peu complexe à cause de l'inamovibilité et le consentement indispensable de celui-ci selon l'article 9 du statut de la magistrature « Les magistrats du siège sont inamovibles. Ils occupent les postes dont ils sont titulaires en raison

⁸² Article 4 paragraphe 2 de l'ordonnance 2005-005 portant loi organique relative au Statut de la Magistrature. « Hors les cas prévus par la loi et sous réserve de l'exercice du pouvoir disciplinaire, ils ne peuvent être inquiétés en aucune manière en raison des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions. Aucun compte ne peut leur être demandé en raison des décisions qu'ils rendent ou auxquelles ils participent. »

⁸³ Source : Un magistrat de l'ordre judiciaire de la Cour d'Appel d'Antananarivo dont il veut garder l'anonymat pour des raisons personnelles.

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.⁸⁴ ».

Les magistrats du siège bénéficient de l'inamovibilité à part son indépendance et ne peuvent être affecté sans acceptation de leur part. La loi 2007-039 appuie que : « Les affectations sont décidées sur la base des desiderata exprimés par ceux-ci, hors les cas de nécessité de service. »⁸⁵. Mais il faut noter que : « la justice, en tant que service public, est également concernée par la hiérarchie »⁸⁶. La hiérarchie ici c'est entre les présidents de la Cour Suprême, les différents présidents d'ordre de juridictions et celui de différentes chambres.

« Ces chefs de juridiction qui sont investis de pouvoir administratif peuvent constituer des menaces à l'indépendance du juge s'ils ne sont pas limités aux nécessités du service. Il leur revient en effet le pouvoir de réglementer l'organisation des audiences, de pourvoir aux affectations et d'évaluer l'activité professionnelle des magistrats placés sous leur autorité (élément important pour leur avancement)⁸⁷ ». La hiérarchie entre les personnes crée des rapports plus complexes et soulève davantage de question quant à l'indépendance du magistrat. La nécessité de service est donc la limite à l'inamovibilité mais aussi la possibilité de sanction bien fondée par le CSM. L'inamovibilité reste donc encore floue. Ce principe d'inamovibilité semble vidé de son contenu dans les faits car des magistrats sont déplacés, mutés pour des raisons politiques ou désobéissance à l'ordre de l'exécutif qui contrôle sous son emprise le CSM « affectation abusive »⁸⁸. Leur avenir professionnel dépend directement de ce dernier.

⁸⁴ Article 9 de l'ordonnance 2005-005 portant loi organique relative au Statut de la Magistrature.

⁸⁵ Article 16 alinéa 2 de la loi organique 2007-039 relative au CSM.

⁸⁶ Roger PERROT, « Institutions judiciaires », 12eme éditions, Montchrestien, Paris, 2006, p. 76.

⁸⁷ Ibid p. 79. Même si des garanties entourent ces pouvoirs pour éviter tout arbitraire de leur part, le juge n'est pas à l'abri de pressions ou de sanctions de la part de ses supérieurs hiérarchiques, si les rapports qui les lient dans le service ne sont pas d'une parfaite sérénité.

- Les menaces et les Sanctions

En principe tous les magistrats subordonnés ou non, du pouvoir juridictionnel en entier, ne doivent être inquiétés dans l'exercice de leurs fonctions et ne doivent pas être sous pression de quelques formes que ce soit.

Le juge est sous l'épée de Damoclès. La possibilité de sanction est envisageable facilement en cas de désobéissance aux ordres du pouvoir exécutif, ou au cas de prise de décision qui va à l'encontre de l'intérêt du Gouvernement en place. La présence du Ministre ou de l'exécutif, en général, sur la gestion des carrières des magistrats portent gravement atteinte à leur indépendance. La sécurité d'emploi au sein de la justice est quasiment inexistant car ils sont sous la menace de poursuite disciplinaire, s'il n'obéit pas le ministre lui-même qui déclenche la poursuite selon l'article 57 du statut de la magistrature : « L'initiative des poursuites disciplinaires appartient au Ministre de la Justice sur avis des chefs de Cour. ». C'est la preuve que l'exécutif ordonne et donne la sanction disciplinaire. Appuyé encore par l'article 62 du même statut qui dispose : « Le Président du conseil de discipline désigne un rapporteur parmi les membres du conseil d'un grade au moins égal à celui du magistrat poursuivi. Il le charge, s'il y a eu lieu, de procéder à une enquête. », Alors que ce président du conseil de discipline n'est autre que le Président de la République qui désigne encore le rapporteur.

Les magistrats n'ont guère le choix face à ces menaces qui pèsent sur eux, du coup l'indépendance des juges sacrifiée. « Pour conserver leur poste et bénéficier de promotion, ils doivent donc se montrer conciliants »⁸⁹ sous peine de sanction. L'intime conviction du juge se voit arracher pour garantir l'impartialité et la transparence de la décision.

Paragraphe 2 : Impartialité soupçonnée

D'après l'AHJUCAF : « l'indépendance du pouvoir judiciaire est institutionnelle ; mais elle peut être reflétée par l'indépendance personnelle des juges par rapport aux éléments extérieurs et par rapport à eux-mêmes. Cette dernière indépendance est proche de la notion d'impartialité, tout en étant distincte. Comme moyen pour rendre une justice correcte,

⁸⁹ Intervention de Babacar GUEYE « La démocratie en Afrique : succès et résistances » in Pouvoirs n°129p17

l'impartialité est synonyme d'indépendance personnelle des magistrats. » L'article 7 du décret 2005 710 portant code de déontologie des magistrats définit l'impartialité comme l'absence de faveur donné à quiconque par le juge « Le magistrat exerce ses fonctions sans favoriser quiconque, ni prendre parti ⁹⁰ ». L'impartialité est assimilée au favoritisme. Le code d'éthique judiciaire de la Cour Pénale Internationale parle de conflit d'intérêt et que le juge devrait éviter celui-ci ainsi que des actes quelconques qui pourraient induire à celui-ci⁹¹. La Convention Européenne des Droits de l'Homme parle de l'impartialité comme doit être le caractère d'un juge ayant l'absence de préjugé. L'impartialité est aussi similaire mais pas synonyme de la neutralité qui veut que le juge devrait s'abstenir de faire partie.

L'impartialité est donc un état d'esprit "objective" que le juge devrait avoir, à la différence de l'indépendance qui relève de son statut. Enfin pour mieux comprendre reprenons ce que le professeur Mathieu MAISONNEUVE dit : « L'impartialité du juge n'est pas seulement un élément d'une bonne justice. Elle est une condition de l'existence même de la justice⁹² ». L'impartialité constitue donc un principe et question de moralité pour le juge et pour la justice dans l'ensemble des institutions. Toutefois, dans l'exercice de leur fonction, nombreux sont les causes de partialité du juge entraînant des conséquences néfastes à la justice.

A. Cause de partialité

En ce sens, la cause entraînant l'absence d'indépendance du juge dans ses rapports avec la société est aussi flagrante. L'influence des autres pouvoirs en relation avec l'exécutif ainsi que la corruption constitue une absence de l'impartialité entraînant les méfiances des justiciables et bafoue sa crédibilité.

⁹⁰ Article 7 et 8 du décret 2005-710 portant Code de déontologie des magistrats.

« Le magistrat veille à ce que sa conduite professionnelle et extra professionnelle mérite la confiance du public, du barreau, des auxiliaires de justice et des plaideurs, en l'impartialité du magistrat et de la justice. »

⁹¹ Article 4 du code d'éthique judiciaire de la cour pénale internationale : « Les juges sont impartiaux et veillent à ce que cette impartialité se reflète dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Les juges évitent tout conflit d'intérêts, ainsi que les situations qui pourraient raisonnablement laisser conclure à l'existence d'un conflit d'intérêts. »

⁹² Intervention du professeur Mathieu MAISONNEUVE intitulée « impartialité du juge administratif » in Annales Droit 3, Acte du colloque « promotion du droit et justice administrative » pages 53

1. L’Influence des autres pouvoirs en relation avec l’exécutif

. Le pouvoir économique ou pression économique : Quand l’économie entre dans le prétoire, toute tentative de calcul laisse perplexe. Les questions d’intérêts et profits arrivent en achetés les pouvoirs y compris celle de l’impartialité et l’intégrité du juge. Cette pression économique actuellement appelés aussi pouvoir financier engendre nécessairement la corruption qu’on étudiera plus tard.

. Le pouvoir médiatique ou pression médiatique : Celui-ci appelé par certains quatrièmes pouvoirs actuellement, même si aucune loi ne prévoit, elle est constitutionnellement protégée⁹³. Ce pouvoir influence l’opinion publique et le juge n’est pas épargné sur ce point. Dans l’investigation ou enquête, les médias sont parfois arrivés en premier à déduire sur telles ou telles affaires et peuvent même créer des fausses idées ou investigations s’il y a intérêt qui est en jeu (brise le secret de l’instruction) et ne laisse le juge dans son intime conviction. Là, la fonction de dire le droit ou la vérité ne doit pas être confondue avec la fonction de raconter, de rapporter la vérité en informant les gens⁹⁴. Ce pouvoir médiatique aussi n’est pas si loin de l’exécutif, comme à Madagascar la plupart des médias appartiennent aux dirigeants politiques, qui avaient des politiques ou conduite à suivre dans leur ligne éditoriale.

La relation avec le pouvoir exécutif prend une forme politique. Les dirigeants et les opposants aussi ont leur propre station. C’est à travers ces médias que l’exécutif fait sa campagne et divulgue ces réalisations politiques et tente de manier, voire même confectionner ou manipuler l’opinion publique comme David Kessler a dit « Le responsable politique ne s’interroge plus sur la pertinence de sa décision mais sur l’efficacité de sa réception. ⁹⁵ ». Les médias ont donc un enjeu majeur dans l’impartialité du juge, soit ils appartiennent à l’exécutif et ils acclament le rôle de la justice ou l’influence en leur faveur, soit ils s’opposent à l’exécutif et décrient la partialité du juge sous peine d’une censure et poursuite judiciaire. Bon nombre d’affaires concernant les médias sont au menu du juge et décapitent l’impartialité du

⁹³ David KESSLER « Les médias sont- ils un pouvoir ? » in Pouvoirs n° 153 pages 105

⁹⁴ David KESSLER parle de « Là où la justice prend son temps, interroge, analyse de façon contradictoire, temps qui prend souvent des années, les médias exigent l’immédiateté : l’enquête judiciaire se transforme alors en enquête de presse. » in pouvoirs n°153 pages 109

⁹⁵ David KESSLER « les médias sont- ils un pouvoir ? » in Pouvoirs n° 153 pages 108

juge, car les medias eux-mêmes n'ont plus et n'exercent son vrai rôle mais devenus trop commercialisés et politisés. Peu sont les médias objectifs pour comprendre le fonctionnement de la justice et préservent la séparation de fonction entre les deux.

. Népotisme et favoritisme : Le juge, dans leurs relations avec les usagers, est constamment soumis dans l'exercice de ses fonctions, comme tous les autres fonctionnaires bien sûr, détenteurs de position d'autorité, aux pressions de son milieu familial et des réseaux sociaux et autres cercles de solidarité auxquels il est en contact. En effet, les proches parents, un ami ou une connaissance, interviennent auprès du juge pour lui même ou au profit d'un justiciable. Cette pression amicale, sociale, familiale confrérie a pour conséquence, sans doute, l'impartialité des juges.

2. Corruption au cœur du pouvoir judiciaire

« La justice au plus offrant », la phrase qui indignait le juge. « le fléau de la corruption, du captation des marchés et le clientélisme sont des obstacles à la bonne gouvernance et l'Etat de Droit ». A l'instar des autres institutions comme « la gendarmerie » qui figure au premier plan des plus corrompus en 2013⁹⁶, le fléau touche tout l'appareil d'Etat. La justice gangrenée par ce fléau. Son ampleur est immaîtrisable par le juge mais non seulement le juge, mais l'ensemble de l'institution judiciaire et celui qui la fréquente⁹⁷ « La corruption ne touche pas seulement ceux qui travaillent dans la Justice », elle concerne tous ceux qui fréquentent le tribunal: les clients, les accusés, les plaignants, ainsi que les avocats et magistrats⁹⁸. Beaucoup de facteurs sont à l'origine de cette persistance de la corruption au niveau de la justice. Ces

⁹⁶ Direction du suivi évaluation des programmes « Rapport des mises en œuvre des programmes année 2013 » Document du Ministère de l'économie et de la planification publiée le 19 Janvier 2015. Peut être consulté auprès de l'INSTAT Anosy.

⁹⁷ Propos du Ministre de la Justice Noëline RAMANANTENASOA pendant l'assise nationale du barreau de Madagascar sur le thème « Crédibilité de la Justice pour un État de droit efficient » le 27 au 29 août 2014. Peut être consulté sur <http://www.lexpressmada.com/blog/actualites/justice-la-corruption-au-banc-des-accuses>.

⁹⁸ « La corruption au niveau de la Justice malgache est d'une gravité importante qu'elle dépasse l'entendement. » peut être consulté sur <http://www.lexpressmada.com/blog/actualites/justice-la-corruption-au-banc-des-accuses-1660/310decembre2014/14:30>

maux achètent l'âme de l'impartialité du juge et enterrent l'indépendance de la justice en plus de la subordination du pouvoir exécutif à ce dernier.

Tout d'abord, l'état actuel de la législation malgache veut que le Président de la République est garant de l'indépendance de la justice au près du CSM. Ce dernier semble failli à sa responsabilité pour éradiquer ou au moins estomper ce phénomène de corruption, soit il s'accommode, la tolère, ferme ces yeux et fait un silence complice parce qu'il peut en prendre la voie de celle-ci aussi en cas de besoin. Les opinions publiques dénoncent, et parfois même baissent les bras et essayent de s'habituer à ses figures de transactions (c'est comme une commercialisation de fait, illicite du juridictionnel). La corruption ravage tous les principes juridictionnels à savoir l'indépendance, l'impartialité, l'intégrité et même l'égalité des justiciables. Il y a une mise en écart entre l'institution judiciaire et la population vulnérable et faible à qui la justice devrait protéger ses intérêts et ses libertés, c'est pourquoi la phrase : « la justice au plus offrant ».

Quand il s'agit des relations avec le pouvoir politique, notamment l'exécutif, la dépendance du juge avec celui-ci se fluctue à l'ensemble. La corruption semble favorable à l'exécutif car il est vraiment à l'abri des poursuites et des sanctions. Parfois, la corruption est aussi encouragée par les justiciables eux-mêmes qui voient la longue procédure. Ils se déplorent et tentent d'accélérer les procès, surtout en ce qui concerne les relations commerciales et pénales. Dans les affaires qui touchent les gros bonnets politiques avec des grands investisseurs, la justice ou le juge s'enrichisse si facilement à travers ce phénomène. Ainsi entre les juges de même juridiction, la suspicion est là, et la question d'impartialité et d'intégrité sont mises au banc de touche. Même les magistrats qui ont agi dans la bonne direction sont touchés car les perdants au procès présument toujours l'existence de la corruption.

Il y a donc une responsabilité partagée entre les magistrats et les justiciables qui ont déjà une idée enracinée dans leurs pensées que « la justice, s'achète » et « la vertu du juge a des prix » et l'argent fait sa raison⁹⁹. Comme a dit un simple citoyen sur le reportage diffusé

⁹⁹ <http://www.lexpressmada.com/blog/actualites/conference-un-blame-pour-le-monde-judiciaire-23680>
Information paru sur ce journal par rapport à la conférence l'Institut français de Madagascar (IFM) « l'avenir de la justice à Madagascar » le journal en ligne met en titre que « les acteurs du monde judiciaire ont reconnu les failles et les carences du système. Un état des lieux désastreux a été dressé.»

pendant le colloque à l'IFM quand il est questionné sur ce qu'il entend par justice « La justice, c'est la corruption ». La corruption au sein de l'institution lie ainsi tous les agents et usagers de la justice. Les avocats offrent aux magistrats ou leurs font pressions grâce à des sommes conséquentes. Les clients qui veulent voir son affaire tranchée en sa faveur déboursent. Enfin de compte, le plus offrant des avocats qui va gagner le procès et non celui qui a le mieux plaidés.

B. Conséquence de la partialité

Si telle en est la cause, la conséquence de la partialité du juge engendre des conséquences négatives dans sa mission primordiale qui n'est autre que la protection des droits fondamentaux. Ainsi que le degré de confiance des justiciables au juge s'accroît, alors sa crédibilité perd.

1. Protection imparfaite des droits fondamentaux

La protection des droits fondamentaux est l'image de l'unicité du pouvoir judiciaire, mais la compétence fait la dualité. L'une (juridiction administrative) pour la protection des libertés publiques, et l'autre (juridiction judiciaire) pour la liberté individuelle et propriété privée. Les plus vulnérables usagers et citoyens sont toujours à la merci de cette justice dépendante et partielle en tout état de cause (à exclure les personnes socialement stables qui peuvent engagées des avocats ou voir même d'acheter un magistrat). Ils ne voient plus leur sérénité, liberté et leur droit inaliénable qu'ils peuvent prétendre protéger par ce juge. Ce dernier est inaccessible. A part leur liberté, la réaction de peur d'approcher la justice ou d'ester en justice reste encore graver dans le social malgache. Cette peur est due à la coutume, soit dû à la connaissance de ne pas avoir raison devant le prétoire à cause de l'impartialité du juge écartée. La confiance et la certitude ne demeurent plus. L'insécurité quant à leur droit et le faussé entre le peuple et l'institution juridictionnelle grandissent progressivement. En effet, même pour fréquenter la cour de la Justice n'est pas dans l'habitude des citoyens, quand bien même que chercher le bureau du juge constitue parfois une course d'obstacle moralement

éprouvante¹⁰⁰. C'est sur ceux que l'ampleur de la justice privée ou la justice populaire s'intensifie au niveau de la société malgache parce que la population ne fait plus confiance à l'Etat car le juge est impuissant pour la protéger¹⁰¹. La protection de ce droit et liberté n'est qu'excellente seulement sur le papier ou sur la loi. C'est pourquoi certains auteurs parlent que « le législateur resterait (...) le meilleur protecteur des libertés publiques¹⁰², mais non le juge.

Cette méfiance n'est pas due par pur incompetence du juge. Ceci peut être secondaire, mais à cause de cette flagrante transgression du principe qui régit le pouvoir juridictionnel. Pouvoir qui se trouve confisquer dans le tiroir du pouvoir exécutif. Ceci montre la faiblesse du juridictionnel alors que plus l'Etat est faible et que l'une de ses fonctions essentielles, la redistribution des richesses, ne sont pas convenablement remplies, plus la corruption est endémique. La loi fondamentale prévoit aux citoyens le droit de la défense (le principe de contradictoire), la présomption d'innocence, d'avoir des avocats s'ils ne peuvent pas payer l'honoraire d'un avocat privé. Les avocats peuvent accéder aux preuves détenues par le Gouvernement; mais les prévenus n'ayant pas d'avocat ne peuvent pas prétendre à ce prérogative. Peu de citoyens en savent ces règles. En plus, la dépendance du juge constitue pour eux un combat perdu d'avance. Pour l'usager donc, son droit dépend uniquement de la bonne volonté du juge (s'il tombe dans la bonne) et non des lois qu'il est censé appliquer.

2. Crédibilité bafouée

Normalement, c'est cette crédibilité qui se perd quand le fonctionnement de la justice est reproché de ne pas être partial, si la mauvaise application des règles du droit règne et si la justice est mal rendue. Elles sont fatales pour l'harmonisation de la société, pour l'honneur du juge en et de l'ensemble de l'institution judiciaire. Cette crédibilité bafouée est due par le manque d'indépendance du pouvoir juridictionnel et engendre une certaine opacité dans le

¹⁰⁰ Constat à partir des entretiens et échanges qu'on a fait au couloir de la justice Anosy sur des personnes qui ont assistés à un procès le 08 décembre 2014. Mr Mandrosomahazo Tsitara Frederic et Mme Rafaraso.

¹⁰¹ .cf <http://www.madagascar-tribune.com/Justice-populaire-a-Mananara-nord,20867.html> Insécurité « Justice populaire à Mananara Nord » Date de mise en ligne : lundi 2 mars 2015, Extrait du Madagascar Tribune.com peut être consulté aussi sur <http://www.madagascar-tribune.com/La-vindictre-populaire-reprend,20876.html> « La vindictre populaire reprend » Date de mise en ligne : jeudi 5 mars 2015.

¹⁰² . cf. Note de Lovamalala RANDRIATAVY in Annales Droit 3 « actes du colloque, « Promotion du droit et justice administrative », 2014 p 117.

traitement des affaires faute de quoi les citoyens deviennent hostiles. Elle mine les valeurs démocratiques. L'inertie du pouvoir exécutif, actuellement détenteur de tous les moyens permettant au juge d'arracher les maux qui sévissent au niveau de leur institution, aggrave cet ébranlement de la confiance des peuples, alors que cette confiance n'est plus seulement à l'encontre du pouvoir juridictionnel mais aussi aux gouvernants. Cette inertie est donc due à la faiblesse de l'Etat, responsable en premier du dysfonctionnement social. « Le juge ne bénéficie guère de nos jours de l'idée que l'on se fait habituellement et légitimement d'un organe chargé de dire le droit, de rendre la justice. Sa crédibilité est sérieusement battue en brèche... Le juge, ou de manière générale l'appareil judiciaire, y est décrié et accusé de tous les maux : lui dont la plus haute mission est de trancher les conflits et protéger les citoyens contre les violations de leurs droits et libertés et contre tout arbitraire de la part des pouvoirs, se trouve quotidiennement et violemment pris à partie et soupçonné de partialité, de corruption, de négligence et même très souvent d'incompétence ¹⁰³»

Section II : Non respect de la règle de non-immixtion

Selon l'article 39 du CDM : « Le magistrat doit être à l'abri de toute forme d'ingérence ou d'immixtion de quelque nature que ce soit pouvant porter atteinte à son indépendance. » Cette règle est imposée en vertu du principe de séparation du pouvoir entre l'exécutif et le pouvoir juridictionnel. C'est le principe mais la pratique dit autrement. Le pouvoir exécutif empiète de plus en plus dans les affaires du juge dans sa mission et vice versa, le juge essaye de s'immiscer dans les affaires de l'exécutif.

Paragraphe I : Immixtion de l'exécutif dans les affaires du Juge

Le contrôle exercé sur le fonctionnement du CSM ou l'emprise de l'exécutif à ce dernier facilite l'immixtion. L'exécutif devient libre à s'interférer dans la mission du juge à cause de cette faiblesse du CSM. En plus, il affecte le déroulement des affaires judiciaires tout en instrumentalisant politiquement la juridiction suprême.

A. Interférence dans la Mission du Juge

¹⁰³ Afrilex: Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique peut être consulté sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/le-juge-le-justiciable-et-les.html>

Le pouvoir juridictionnel a pour mission de garantir l'Etat de droit dans un Etat démocratique comme Madagascar. L'Etat de droit veut la primauté de la loi et la garantie de la liberté fondamentale dans une démocratie. Mais celle-ci n'est pas garantie si l'exécutif fait une interférence dans le cadre de mission de régulation et de contrôle du juge.

1. Cadre de mission de régulation

Dans ce cadre, la loi confère au pouvoir juridictionnel dans la régulation de la vie politique et interinstitutionnelle du pays. La HCC et la JA concourent dans cette mission de régulation de la vie politique à partir de l'élection des dirigeants et nomination pour l'agent de l'administration.

1.1 Régulation de l'élection de l'exécutif par la Haute Cour Constitutionnelle

La HCC, qu'on qualifie de Haute Cour par excellence et indépendante des autres juridictions, a pour compétence spécial d'instaurer l'exécutif. Compétence en amont et en aval en matière électorale selon l'article 116 paragraphe 2,4 et 5 : « Outre les questions qui lui sont renvoyées par d'autres articles (...) la Haute Cour Constitutionnelle (...) : règle les conflits de compétence 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; 4° statue sur le contentieux des opérations de référendum, de l'élection du Président de la République et des élections des députés et sénateurs ; 5° proclame le résultat officiel des élections présidentielles, législatives et des consultations par référendum. Cette cours régularise donc les litiges que pourra produire un referendum.¹⁰⁴» Elle est aussi d'une part, le maitre sur la question de l'élection du patron de l'exécutif ou la magistrature suprême, la loi 2012 014 portant création de la CES dispose dans son article premier paragraphe 3 que : « Elle statue sur la validité de l'élection du président de la république (...) ainsi que sur la régularité des élections des députés ¹⁰⁵». Ici le pouvoir

¹⁰⁴ Article 116 paragraphe 2,4 et 5 de la Constitution de la Quatrième République de Madagascar adoptée en 2010.

¹⁰⁵ Article premier de la loi 2012-014 portant création d'une chambre spéciale dénommée CES au sein de la HCC. Nota bene : La CES est instituée spécialement pour ces derniers élections qui s'est tenu à Madagascar compte tenu des circonstances politiques dont le pays a vécu. Elle a exercée pendant son existence donc la fonction dévolue à la HCC.

juridictionnel trouve sa suprématie par rapport à l'exécutif selon les textes. En amont, elle contrôle sur la régularité de candidature d'un candidat. En aval, elle contrôle et valide la régularité des résultats du scrutin avant de la proclamé officiellement et solennellement. Par mauvaise foi, elle peut ne pas accepter un candidat régulier et accepte un candidat irrégulier pour être éligible. Mais comme il est de bon juge, il doit prêter attention, s'il n'est pas soumis à sa fonction car l'élection est toujours porteuse de conflits et crise cyclique à Madagascar pour que l'irrégularité ne soit là.

Mais ça n'a pas été toujours le cas car en 2010, d'où l'énigme de l'acceptation de tout candidat régulier et irrégulier au motif de l'intérêt supérieur de la nation entraînant la disparition du CES 1 à CES 2. Cette situation démontre que malgré la suprématie de la HCC en la matière, il y a toujours une trace de pression de l'exécutif en place dans cette mission. Aussi, ce n'est pas par pure méfiance de l'impartialité de la HCC qui est la raison d'être de la CES. La juridiction administrative (le conseil d'Etat) aussi est compétente en matière de l'élection¹⁰⁶, mais celle-ci concerne l'élection des collectivités territoriales décentralisées. Ici, le pouvoir exécutif s'immisce dans le rôle du juge dans la manipulation de l'élection en faisant pression surtout pour les élections des nombreuses communes rurales loin de la ville.

1.2 Régulation des conflits interinstitutionnels

En cas de conflits de compétence entre 2 ou plusieurs institutions, c'est le juge qui intervient comme arbitre. Dans la régulation, la HCC a une mission institutionnelle d'arbitrage entre l'exécutif et le législatif et entre autres plusieurs institutions, un pouvoir de clarification matérielle. Selon le terme de l'article 27 paragraphe 3 de l'Ordonnance n° 2001-003 : « Elle règle les conflits de compétence entre : deux ou plusieurs Institutions de l'Etat ; entre l'Etat et une ou plusieurs Provinces autonomes ; entre deux ou plusieurs Provinces autonomes¹⁰⁷ ». En matière administrative, il faut noter d'abord qu'au sein de la juridiction administrative, le Conseil d'Etat est seul compétent sur les litiges survenus entre l'administration centrale ou ce dernier avec le tiers. Pour le Tribunal administratif c'est celle des CTD. Quand au Conseil

¹⁰⁶ Article 129 de la loi 2004-036 relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois Cours la composant : Le Conseil d'Etat est juge de droit commun du contentieux administratif; (...) Il est juge des contentieux électoraux déterminés par la loi.

¹⁰⁷ Article 27 paragraphe 3 de l'Ordonnance n° 2001-003 portant loi organique relative à la Haute Cour Constitutionnelle.

d'Etat, il a pour compétence de connaître les conflits de compétence entre Administration ou deux institutions de l'exécutif, d'où l'article 129 de la loi 2044-036 relative à l'organisation et attribution (...) Cour Suprême et les trois Cours la composant dispose : « Le Conseil d'Etat est juge de droit commun du contentieux administratif. ». Mais ces conflits ne se présentent pas trop à cause de la solidarité gouvernementale et l'unité de l'administration. Même s'il y en a, le Président de la République intervient pour assurer l'arbitrage.

L'exécutif ne se laisse pas faire sur leurs problèmes internes pour que le juge régularise sauf disposition express de la loi. Même entre CTD, dont le tribunal administratif a pour compétence, l'exécutif par la délégation de pouvoir attribuée aux organes déconcentrés montre toujours sa suprématie devant les juges en cas de conflits.

La suprématie de la HCC démontre ici le pouvoir juridictionnel appuyée par sa décision insusceptible de recours et s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles¹⁰⁸. Mais ce n'est que l'écrit. La pratique la bascule car c'est toujours le pouvoir en place qui est derrière la manette pour manipuler l'élection jusqu'à son résultat et proclamation officielle.

2. Cadre de mission de contrôle :

En matière de contrôle, surtout en matière des lois et règlements que cela soit par la HCC ou par le CE et indirectement avec le TA, l'exécutif impose et le juge se trouve limiter en la matière car il ne constate que la conformité des lois à la Constitution ou la légalité des textes réglementaires à la loi. La HCC « statue également sur la conformité à la Constitution : des traités, des lois, des ordonnances, des conventions interprovinciales et des règlements autonomes édictés par le pouvoir central ainsi que des règlements intérieurs des Assemblées parlementaires. »¹⁰⁹ En matière de contrôle de constitutionnalité, celle-ci devient une simple formalité car le juge constitutionnel n'a pas le contrôle d'opportunité sur ces différentes matières. A Madagascar, surtout quand il s'agit des projets de loi ou règlements autonomes, l'approbation se fait facilement. On demande pourquoi un tel recul du pouvoir juridictionnel

¹⁰⁸ Article 120 de la Constitution de la Quatrième République malgache adoptée en 2010 : « Les arrêts et décisions de la Haute Cour Constitutionnelle sont motivés ; ils ne sont susceptibles d'aucun recours. Ils s'imposent à tous les pouvoirs publics ainsi qu'aux autorités administratives et juridictionnelles. »

¹⁰⁹ Article 27 paragraphe 2 de la l'ordonnance 2001-003 portant loi organique relative à la HCC.

face au pouvoir exécutif alors que dans le contrôle que le pouvoir du juridictionnel trouve son fondement ? Comme Babacar GUEYE constate « Or, dans de nombreux pays africains, on observe une faiblesse qualitative et quantitative de la jurisprudence constitutionnelle. Le droit y éprouve de réelles difficultés pour saisir la politique et pour garantir les libertés fondamentales en dépit de leur proclamation en abondance par les constitutions »¹¹⁰, et il démontre en plus la cause : « Cette faiblesse de la jurisprudence constitutionnelle est d'abord due au fait que les pays en cause ont délibérément choisi de confiner la justice constitutionnelle dans un champ de compétence restreint (contrôle de constitutionnalité des lois, contentieux électoral : Sénégal, Burkina Faso, Cameroun...) »¹¹¹. »

Au niveau de la juridiction administrative, le contrôle de légalité des actes administratifs n'a pas de contrôle a priori comme dans la loi. Elle doit être exécutée d'office par le sujet de l'acte à cause de la prérogative de puissance publique contenant l'acte. Et le contrôle du juge ne se fait que par saisine de ce dernier qui en constate ou questionne sur la régularité de l'acte réglementaire. De ce fait, le pouvoir de l'administration est difficile à gérer car, même en cas d'irrégularité, le règlement continue d'exister et entre dans l'ordonnement juridique.

En matière de contrôle de légalité de l'acte administratif toujours, l'administration dispose un « pouvoir discrétionnaire » dont le contrôle du juge est restreint. Selon l'auteur René CHAPUS: « le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives n'est rien autre que le pouvoir de choisir entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) également conforme à la légalité »¹¹². Le pouvoir discrétionnaire limite le pouvoir de contrôle. Mais quand l'administration joue le rôle du juge et exerce la fonction ou pouvoir d'arbitrage, c'est un excès de pouvoir ou immixtion de fonction, le pouvoir de contrôle est empiété.

B. Instrumentalisations politiques des Hautes Juridictions

¹¹⁰ Intervention de Babacar GUEYE « La Démocratie en Afrique : succès et résistances » in pouvoirs n°129 p19

¹¹¹ Idem, cette faiblesse de la Jurisprudence Constitutionnelle... p.19

¹¹² René CHAPUS dans son ouvrage « Droit Administratif General » édition Montchrestien, p 949

La prolifération des procès politiques qu'on a assistée ces vingt (20) dernières années qu'on amène à déduire cette instrumentalisation politique de la justice, surtout au niveau de la haute juridiction pénale. De prémisses, c'est à partir de la subordination hiérarchique des magistrats du parquet qu'on a vu le maniement de la loi et de la procédure afin d'instrumentaliser politiquement le pouvoir judiciaire par l'exécutif. Il porte atteinte à la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice car l'exécutif utilise cette faculté pour en faire de la justice une arme de poursuite des adversaires politiques en fournissant des dossiers et des fausses inculpations, et pour punir arbitrairement ceux qui lèvent la voix contre le Gouvernement en place. Ceci se constate chaque fois qu'il y a changement des dirigeants venant d'un soulèvement populaire bien sûr. C'est pourquoi on l'appelle de « Justice des vainqueurs ».

Mais quand les alliés politiques et/ou des certains gros bonnets des trafics illicites sont sujets de poursuites, le « classement sans suite » est recommandé d'office par le Ministre de la Justice au Procureur de la République¹¹³. Les magistrats qui n'obéissent, mettent au bord de désastre ses carrières. La mutation ou l'affectation est là pour sanctionner les magistrats, simulés par des raisons de nécessité de service. Cette notion est interprétée de façon comme le ministre l'entend mais pas comme elle doit être. Derrière cette notion que l'exécutif mute ou sanctionne implicitement les juges qui n'obéissent pas aux instructions politiques.

Concernant la manipulation juridique de cette notion de « nécessité de service » dont la définition exacte des termes a une certaine ambiguïté. Le pouvoir exécutif semble avoir la manœuvre juridique pour piloter la justice ou pour la faire taire. C'est comme le cas de la notion d'ordre public, on va y revenir plus tard. Elle est utilisée pour mater certaine manifestation hostile aux gouvernants. En outre, cette intervention entraîne un impact négatif sur la conduite d'enquête et de poursuite pénale dans les cas des violations des droits de l'homme, y compris l'appréciation des suites à donner aux plaintes et dénonciations. Mais le juge, soucieux de leur carrière ou voulant avancer soudainement dans leur grade s'y soumette. La tentation est donc sous leur tête en exécutant des causes qui ne sont justes en violant les droits. Cette tentation qui est alimentée par des débâcles financières et des promesses des

¹¹³Source : *Un magistrat de l'ordre judiciaire de la Cour d'Appel d'Antananarivo dont il veut garder l'anonymat pour des raisons personnelles.*

avancements spectaculaires et de poste direction prestigieuse. Le juge pris par ce genre de question vend son âme « intègre » aux anges politiques « qui vont se succéder mandat par mandat, ou coup d'Etat par coup d'Etat » qui ne fait qu'user les juges et la justice à ses fins.

En matière constitutionnelle et administrative, l'exécutif exerce sa pression pour que ce dernier interprète la loi comme le Président de la République souhaite. En matière de crise, à cause de la méfiance de tout à la HCC, cette dernière n'arrive pas à régler de façon impartiale les conflits entre la majorité dirigeante et l'opposition. L'opposition se trouve toujours en position de perdante. La décision que la cour va rendre est déjà prévisible. Rousseau constate que : « la saisine devient en effet, pour l'opposition, un élément obligé de sa stratégie de contestation de la politique législative du Gouvernement. Elle y trouve de multiples avantages : gêner ou retarder l'exercice du pouvoir législatif....., montrer à son électorat la détermination de son opposition, mettre en difficulté la majorité en essayant d'obtenir une invalidation totale ou partielle de la loi qui l'oblige à une nouvelle rédaction et donc à de nouveaux compromis politiques. ¹¹⁴»

Paragraphe II : Immixtion du juge dans les affaires de l'exécutif

Beaucoup plus usuels au niveau de la justice administrative mais n'empêche pas au niveau de la juridiction judiciaire quand il s'agit de confusion de fonction de juger et d'administrer.

A. Confusion entre fonction administrative et fonction de juger

ROUSSEAU D parle d'un « lien trop étroit entre le juge et l'administration car les magistrats de l'ordre administratif sont sortant de l'ENA (Ecole Nationale de l'Administration) recrutés par concours »¹¹⁵. Notamment en France, ce lien entraîne pour le juge, pour les auteurs et même pour les simples profanes, la confusion entre les deux fonctions « juger et administrer » d'où la célèbre affirmation ancienne « juger l'administration, c'est encore administrer ». C'est sur cette perspective que le juge confond sa fonction avec celle de l'exécutif provoquant l'immixtion entre les deux pouvoirs. A

¹¹⁴ Dominique ROUSSEAU, *Droit du Contentieux Constitutionnel*, Paris, 8ème édition Montchrestien, 2008, p. 485

¹¹⁵ René CHAPUS dans son ouvrage « *Droit Administratif Général* » édition Montchrestien, p 690

Madagascar, le juge est issu d'une école spécifiée au juge « l'ENMG (Ecole nationale de la magistrature et des greffiers) » dont il n'y a pas un lien entre les deux. Seulement le statut des magistrats ouvre la possibilité d'exercer la fonction administrative en situation de détachement « Le détachement est la position du magistrat servant hors de son corps. Dans cette position, le magistrat continue à bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite dans son corps mais il est soumis à l'ensemble des règles régissant la fonction qu'il exerce par l'effet du détachement » article 73 de l'ordonnance 2005-005 relative au statut des magistrats.

Dans cette situation, les magistrats peuvent exercer des hautes fonctions administratives (Directeur ou chef de service) dans une autre institution ministérielle sans être renvoyés de son corps d'origine et peut le reprendre. Cette situation mène le juge à confondre la fonction après et le laisse aussi être influencé par son ancien camarade de bureau. Mais celle-ci ne veut pas dire enfermer les juges dans leur tour d'Ivoire, mais pour éviter que « le juge administratif trop intellectuellement proche de l'administration » et la résume « juger l'administration, c'est la privilégier » dit professeur MAISONNEUVE¹¹⁶. Ce qui se passe réellement du moins à Madagascar actuellement même si certains magistrats nient, or c'est ce que les citoyens pensent¹¹⁷. Nombreux juges sont en situation de détachement. La fonction de conseiller le Gouvernement sur les questions de service public aussi amène les juges à se familiariser avec l'administration car la loi leur permet¹¹⁸.

En plus, si la loi impose le principe d'indépendance et de la neutralité du juge, elle en est aussi de même pour la neutralité de l'administration publique. C'est le corollaire du principe de l'égalité devant la justice et les charges publiques. Toutefois, il faut savoir que la neutralité du juge ne doit pas être confondue avec la neutralité de l'administration qui n'exclut en rien la soumission de l'administration au pouvoir politique dans l'exécution de la politique

¹¹⁶ *Propos du professeur Mathieu MAISSONNEUVE dans l'acte de colloque « Promotion administrative et Justice administrative » in Annales Droit p 55.*

¹¹⁷ *Jean Arsène TSARALEHA « Juge administratif, entre le marteau et l'enclume » in LANJAMIRA n°0006 mai juin 20013, Lettre d'information bimestrielle, p 01*

¹¹⁸ *Article 129 de la loi 2004-036 portant relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois cours la composant : « Le Conseil d'Etat(...) peut être consulté par le Premier Ministre et par les Gouverneurs des Provinces Autonomes et procéder à des études sur des textes de loi et sur l'organisation, le fonctionnement ou les missions des services publics ; peut être consulté par certaines autorités publiques. »*

générale de l'Etat « le Gouvernement dispose de l'administration »¹¹⁹. Donc la neutralité du juge n'est pas une neutralité administrative lui confondant à l'administration qu'ignorent certains magistrats.

Enfin, l'Etat de droit prône la démocratie ou l'Etat démocratique dont la liberté est fondamental et le gardien de cette liberté est le juge. C'est aberrant de voir la justice prendre une décision au nom de « l'intérêt supérieur de la nation » alors qu'il devrait dire au nom de « l'intérêt supérieur du droit » c'est l'essence de la fonction de juger. Il juge doit dire le droit pour garantir la liberté. Cette notion est appliquée dans certaines décisions, en l'occurrence, la décision de la chambre administrative opposant la société Madagascar Autruche SARL contre Etat Malagasy du 08 Avril 2008. Elle montre la volonté manifeste de l'Etat d'avoir tous les terrains appartenant à cette société. Vu les affaires qui la précèdent avec cette société, vue la décision du juge sur la question de l'expropriation pour cause d'utilité public qu'il n'a même pas statué sur tous les moyens en béton de défense du requérant, il résume et motive implicitement sa décision, avant de rejeter la requérante de sa demande, de « l'intérieur supérieur de la nation ». Notion politique employée par le gouvernement « défendeur »¹²⁰.

Cette décision nous amène à conclure qu'il y a confusion de fonction. Confusion entre la fonction administrative ou gouvernementale et fonction de juger par le juge. Elle démontre aussi l'immixtion de la politique dans la justice et voire même la corrompre. Cependant, il ne faut pas confondre cette notion d'intérêt supérieur de la nation avec l'intérêt général car, le premier veut une nécessité qui écarte la loi et le second veut une soumission à la loi. Le juge comme l'administration concourt dans cette satisfaction de l'intérêt général en exécutant respectivement leur fonction.

B. La venue du juge dans le monde politique, « juge politicien »

L'article 111 dispose que : « L'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec toute activité au sein d'un parti politique et du Gouvernement, l'exercice de tout mandat public électif ou de toute autre activité professionnelle rémunérée, à l'exception des activités

¹¹⁹ Article 63 de la Constitution de la Quatrième République Malgache adoptée en 2010.

¹²⁰ Voir la décision de la « Chambre Administrative du 09 avril 2008 Société MADAGASCAR AUTRUCHE SARL c : Etat MALAGASY » commenté par madame Rita RAZAKANAIVO, in Arrêts commentés de la chambre administrative et du conseil d'Etat de la cour suprême de Madagascar, p59

d'enseignement. Tout Magistrat en exercice est soumis à l'obligation de neutralité politique. Tout Magistrat exerçant un mandat public électif est placé d'office en position de détachement.¹²¹» Et l'article 10 du statut des magistrats énumère que:« L'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec toute activité au sein d'un parti ou organisation politique, l'exercice de tout mandat public électif ou de toute autre activité professionnelle rémunérée¹²² ». Ces dispositions restreignent le juge, à cause de ses nobles fonctions et les différents principes qui la régissent, d'intervenir dans la politique ou d'exercer la fonction politique.

En réalité ceci n'empêche guère le juge, soit par invitation des groupements politiques, soit par sa propre conviction d'en faire partie. Robert Badinter l'a dit : « Quand le pouvoir politique dispose de la carrière des magistrats, inévitablement, dans un système hiérarchisé, les hautes fonctions judiciaires sont confiées en priorité à ceux dont la fidélité autant que la compétence sont reconnues. Ce n'est pas là seulement l'expression du « *spoil system* », où les faveurs sont réservées aux amis politiques.¹²³» Pour illustrer, nombreux des magistrats sont vus avec leurs toges majestueuses assistent des manifestations populaires comme dans le cas des crises de 2002 et 2009 à Madagascar. Des magistrats dont le tribunal d'audience est déplacé dans un grand Villas ou hôtel comme le cas de la HCC en 2002. Ce contexte entraîne la multiplication des recours à l'arbitrage et l'application du Dina. L'arbitrage est une juridiction privée bénéficiant la préférence du justiciable qui croit plus en leur indépendance et efficacité surtout en matière commerciale.

Pourtant, celle-ci ne veut pas dire que le juge n'a à dire son opinion, la loi leur permet de créer une organisation syndicale ou associative dans laquelle il peut prendre part aux débats publics qui ont trait à la justice et l'Etat bien sur. Mais en principe le propos de Roger Perrot doit la résumer « Que le juge soit juge, mais qu'il le reste »¹²⁴.

¹²¹ Article 111 de la Constitution de la Quatrième République adoptée en 2010

¹²² Article 10 de l'ordonnance n°2005-005 portant loi organique relative au Statut des Magistrats, modifiée par l'article 35 de la loi organique 2007-039 relative au CSM.

¹²³ Article de Robert BADINTER « Une si longue défiance » in Pouvoir n° 74 p.9

¹²⁴ Roger PERROT dans son ouvrage « L'institutions Judiciaires » Edition Montchrestien, pages 26.

CHAPITRE III : DOMINATION DE L'EXÉCUTIF AU JURIDICTIONNEL

La consolidation de l'Etat de droit et des libertés exclut toute subordination de forme et de fond entre les pouvoirs constitutionnellement institués. Le système actuel consacre l'accessoirisations du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif vue la domination excessive du dernier sur le premier. Celle-ci qu'on appelle le phénomène de régent qu'exerce sur toutes les institutions politiques et aussi juridictionnelles. L'incursion du pouvoir exécutif dans la Constitution même du pouvoir qui a la charge de dire droit.

Section I : Domination ou Domestication Institutionnelle

Dans ce paradoxe de séparation de pouvoir entre l'exécutif et le juridictionnel, il est marqué de plus en plus par la prééminence ou la domination de l'exécutif sur le judiciaire. La domination est instaurée à cause, d'une part, de la formation ou la composition des institutions juridictionnelles par l'exécutif ou l'ensemble des pouvoirs politiques, et d'autre part, à cause de la domination décisionnelle ou l'exécutif impose sa puissance souveraine.

A. Création des institutions judiciaires par l'Exécutif

Presque toutes les institutions constitutionnellement instituées et légalement réglementées ne sont composées de personne nommé par l'exécutif directement ou indirectement. Cette situation nous amène à déduire la domestication et/ou domination du pouvoir juridictionnel par les gouvernants.

1. Les Institutions Légales

- La Haute Cour Constitutionnelle :

Située dans la plus haute hiérarchie et symbole de la grande suprématie du pouvoir juridictionnel est la HCC. Elle a pour compétence et mission de garder la valeur de la loi suprême ou la loi fondamentale qui conditionne l'existence du pouvoir, la valeur et la souveraineté d'un Etat. Elle est aussi une instance bénéficiant une indépendance comme toute juridiction. Mais essayons de voir la composition de cette institution à partir de leur nomination si elle reflète cette indépendance. L'article 114 de la Constitution dispose que « La Haute Cour Constitutionnelle comprend neuf membres. Leur mandat est de sept (7) ans non renouvelable. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, deux

sont élus par l'Assemblée nationale, deux par le Sénat, deux sont élus par le Conseil Supérieur de la Magistrature. Le Président de la Haute Cour Constitutionnelle est élu par et parmi les membres de ladite Cour. Cette élection ainsi que la désignation des autres membres sont constatées par décret du Président de la République¹²⁵ ». En lisant et analysant cet article, même si la qualité des membres sont : selon l'article premier alinéa 5 de l'ordonnance 2001-003 : « ils sont choisis en raison de leur compétence juridique et doivent avoir une pratique suffisante de la magistrature de l'ordre administratif ou judiciaire, du barreau, de l'enseignement supérieur du droit ou de l'administration. »¹²⁶, la composition de cette institution est totalement politique. Exceptionnellement, pour le cas des deux élus par le CSM « représentent le pouvoir juridictionnel » en question, ceux-ci sont aussi encore douteux sur le caractère politique de sa désignation.

Effectivement, trois sont nommés par le chef de l'Etat, deux par l'assemblée nationale qui sont de majorité présidentielle en pratique « influencé par le Président de la République » tout comme le Sénat qui élit deux aussi, et deux (2) autres pour le CSM qu'on a déjà analysé auparavant sa dépendance à l'exécutif. Finalement, la HCC est directement ou indirectement élue par les politiciens « le pouvoir exécutif » en général. Il est évident si l'appareil judiciaire est devenu allié de l'exécutif et non allié de la loi. Les opinions ont toujours produit des commentaires réguliers de ses interventions qui façonnent l'image d'une cour largement en dessous des attentes démocratiques et de l'Etat de droit mais aussi une instance domestiquée par le pouvoir exécutif.

- La composition du Conseil Supérieur de la Magistrature

Concernant le CSM qu'on a déjà vu auparavant son mode de fonctionnement largement dominé par l'exécutif, voyons en bref sa composition et sa création. Selon l'article premier de la loi organique 2011-006 modifiant et complétant la loi organique 2007-039 relative au CSM : « Le Conseil Supérieur de la Magistrature est composé ainsi qu'il suit : Le Président de la République, Président ; Le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Vice-président ; Le Premier Président de la Cour Suprême et le Procureur ; Général près ladite

¹²⁵ Article 114 de la Constitution de la Quatrième République malgache adoptée en 2010.

¹²⁶ Article premier alinéa 5 de l'ordonnance 2001-003 portant loi organique relative à la Haute Cour Constitutionnelle.

Cour ; Un magistrat de la Cour Suprême représentant les trois Cours la composant élu en Assemblée Générale ; Onze magistrats élus, dont : deux magistrats élus pour le ressort de la Cour d'Appel d'Antananarivo, un magistrat élu dans chaque ressort des autres Cours d'Appel, un magistrat élu dans les tribunaux administratifs, un magistrat élu dans les tribunaux financiers, deux magistrats élus parmi et par les magistrats en service à la chancellerie, à l'Ecole Nationale de la Magistrature et des Greffes et ceux en détachement ou mis à disposition. Les magistrats sont éligibles dans le collège où ils sont électeurs ; Deux enseignants des Universités désignés par la Conférence des Présidents des Universités de Madagascar ; Une personnalité choisie hors de la magistrature par une entité fédérative des organisations de la Société Civile de Madagascar parmi les candidats proposés par les associations membres.¹²⁷»

Concernant cette composition, plus précisément les critères d'adhésion, celle-ci a entraîné des désaccords entre le ministre de la justice et le syndicat des magistrats de Madagascar sur la question d'ancienneté et d'expérience pour être éligible¹²⁸. Ce désaccord montre qu'il n'y a vraiment pas de solidarité entre le juge et le ministre. Il signe aussi que le ministre fait partie de l'exécutif soumis à la solidarité gouvernementale, il amoindrit sa fonction de protecteur des intérêts du juridictionnel.

- La Haute Cour de Justice

Avant, les gouvernants ne pouvaient être tenus responsables de leurs actes. Il est aujourd'hui généralement admis que le juge peut statuer sur les actes pénalement répressibles du pouvoir exécutif dans l'exercice de leurs fonctions. La HCJ est devenue une institution mort-née de la Constitution de toute la République malgache depuis l'indépendance. Sa non instauration par les gouvernants qui se succèdent jusqu'ici marque la dépendance, la volonté de subordonner, et de manier l'institution juridictionnelle par l'exécutif. Etant jamais instaurés par les dirigeants politiques, enfin la quatrième République devrait la faire mise sur route sous peine de déchéance selon l'article 167 de la Constitution Malgache de la quatrième

¹²⁷ Article premier de la loi organique 2011-006 modifiant et complétant la loi organique 2007-039 relative au Conseil Supérieur de la Magistrature.

¹²⁸ « Conseil Supérieur de la Magistrature – Le projet de loi adopté sur fond de bras de fer » 19.08.2014 | 8:22 *Actualités*, Politique consulté sur <https://www.lexpressmada.com/blog/actualites/conseil-superieur-de-la-magistrature-le-projet-de-loi-adopte-sur-fond-de-bras-de-fer-16001>

République¹²⁹. Comme étant juridiction compétente pour trancher les litiges ou pour sanctionner pénalement les différents chefs d'institutions de l'Etat, sa mission semble déjà perdue d'avance à cause de sa composition explicitement par des politiciens ou implicitement l'exécutif. Voyons cette composition hybride selon laquelle les politiciens sont majoritaires que les magistrats professionnels alors que c'est une institution juridictionnelle. Selon l'article 2 de la loi 2014-043 relative à la HCJ qui rapporte conformément la disposition de la Constitution : « Conformément aux dispositions de l'article 136 de la Constitution, la Haute Cour de Justice est composée de onze membres dont : 1. le Premier Président de la Cour Suprême, Président, suppléé de plein droit, en cas d'empêchement, par le Président de la Cour de Cassation ; Deux Présidents de Chambre de la Cour de Cassation, et deux suppléants, désignés par l'Assemblée Générale de ladite Cour ; deux Premiers Présidents de Cour d'Appel, et deux suppléants, désignés par le Premier Président de la Cour Suprême ; 4. Deux députés titulaires et deux députés suppléants, élus en début de la législature par l'Assemblée nationale ; 5. Deux sénateurs titulaires et deux sénateurs suppléants, élus en début de la législature par le Sénat ; 6. Deux membres titulaires et deux membres suppléants issus du Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'Etat de droit. ».

Vu cette disposition, six des membres sont venus de l'extérieur de la magistrature dont : quatre (4) parlementaires sont surement issus de la majorité présidentielle et les deux autres par l'institution dénommée Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'Etat de droit. Une institution purement politique dont son existence et sa composition sont encore incertaine. Cependant, 5 autres sont des magistrats. On se demande alors comment ces membres vont statuer sur des affaires juridiques de haut niveau avec cette atypique composition sans dire mot sur la longue procédure pour la saisir. Cela nous amène à déduire que la domination institutionnelle du pouvoir exécutif sur le juridictionnel est fortement présente.

¹²⁹ Article 167 de la Constitution de la Quatrième République malgache adoptée en 2010 : « Afin de respecter le prescrit constitutionnel, le Président de la République, dans un délai de 12 mois à compter de son investiture, invite les Instances compétentes à désigner les membres qui composeront la Haute Cour de Justice afin de procéder dès l'expiration de ce délai à l'installation de la Haute Cour de Justice.

Toute partie justifiant d'un intérêt peut saisir les institutions compétentes de demande de sanction en cas de carence. En ce qui concerne le Président de la République, exceptionnellement, l'Instance compétente est la Haute Cour Constitutionnelle qui serait autorisée à prendre les sanctions qu'aurait pu prendre la Haute Cour de Justice si elle était installée. »

2. La Justice, Sous tutelle Administrative (Entre autorité administrative indépendante et institutions constitutionnelles)

Les gouvernants malgaches estiment l'institution juridictionnelle comme sous sa tutelle administrative. Un Etat d'esprit, jadis en France, pendant l'ère Napoléonienne a crée « les fonctionnaires juges » dont la justice est conçue comme une institution administrative vêtue d'une certaine qualité, au service de l'Etat. Cette idée de liaison considéré comme indissociable à l'exécutif est tirée d'une cause que la Justice est un service public, composées des fonctionnaires issus d'une école nationale tout comme les autres qui forment des hauts fonctionnaires de l'Etat. Dans son fonctionnement, l'institution juridictionnelle est assimilée à l'autorité administrative indépendante, dotée d'un statut spécial sous tutelle de l'exécutif. Cette assimilation est due à la dépendance financière et administrative de la justice à l'administration centrale.

Or par définition, L'AAI est une : « autorité de l'Etat bénéficiant d'une certaine indépendance statutaire (situation hors hiérarchie, composition habituellement collégiale), et de moyens (qui peuvent comprendre des compétences de réglementation, de décision et de sanction), lui permettant d'assurer une mission de régulation et/ou de contrôle dans des domaines particulièrement sensibles, où les risques et les enjeux justifient de s'écarter des règles d'organisation administrative traditionnelle.¹³⁰ » Exemple l'OMERT à Madagascar et la HALDE ou la Haute Autorité de lutte contre les discriminations en France. Par cette définition, l'institution juridictionnelle apparait tellement à ce dernier, seul la différence réside à la mission. L'AAI a une mission spécifique alors que la justice est d'ordre général mais pas spécifiée à un tel ou tel domaine. Mais compte tenu des diverses dispositions ou des divers situations de la justice qu'on a déjà analysées auparavant, en réalité c'est à une véritable tutelle de l'exécutif que la loi soumet le pouvoir judiciaire.

En contrôlant son fonctionnement, l'exécutif assure une tutelle encore plus évidente du CSM. Le financement du Conseil est assuré sur un budget voté au Parlement au titre du budget de la Présidence de la République « Le budget du Conseil Supérieur de la Magistrature est individualisé par une ligne spécifique au sein du budget de la Présidence de la République¹³¹. A l'exception, la HCC est dotée d'une indépendance budgétaire.

¹³⁰ Voir *Dictionnaire du Droit Constitutionnel*, Ed Sirey, 7eme édition, p 18

¹³¹ Article 12 de la loi organique 2007-039 relative au CSM.

En France le Conseil Constitutionnel a donné la solution sur cette idée d'assimilation de la justice à l'autorité administrative dans sa décision « DCC 17 janvier 1989 Conseil supérieur de l'Audio visuel » dont il définit en l'occurrence que « l'AAI ce sont des autorités administratives ou même des « organismes administratives », faisant partie, comme telles, de l'appareil administratif (...) de leur nature découle aussi la place de leurs actes dans la hiérarchie des normes. » Pour le conseil « ce sont des organismes non juridictionnelles soumis au contrôle du juge administratif et même, semble-t-il aux » autorités exerçant le pouvoir judiciaire »¹³² Ce Conseil rejette visiblement toute tentative à exclure les AAI sur le champ ou sous l'autorité de l'exécutif. Force est de constater que l'institution juridictionnelle n'est pas assimilable à celle d'une AAI car la première est une institution constitutionnelle constitutive de pouvoir public de l'Etat mais non de construction décrétable. La conduite faite par l'exécutif de la justice exprime autrement. Oui à la fois, c'est un service public, mais ça ne la donne pas la qualité d'AAI à cause de son statut de pouvoir constitué. La différence aussi se trouve dans le statut et régime juridique, les AAI sont créés par décret ou parfois par la loi tandis que la justice est prévue par la Constitution.

Si on suppose la justice comme une autorité administrative, toutes ces décisions bénéficient des lors la même autorité de l'acte administratif, or, ce n'est pas le cas. De plus, si on assimile la justice à une autorité administrative, elle trouve sa place impuissante et au plus bas de la hiérarchie car presque les autres administrations ne respectent pas sa décision.

B. La raison de la domination de l'exécutif

La séparation des pouvoirs axée sur l'idée de l'opposition permanente entre les pouvoirs a pour conséquence la paralysie de l'activité de l'État. Par souci de cette paralysie de l'Etat ainsi que par souci d'un Gouvernement des juges incitent le pouvoir exécutif, à Madagascar et surtout à l'Afrique, de mépriser le pouvoir juridictionnel et de ne pas le reconnaître en tant que pouvoir constitué.

1. Souci d'un gouvernement des juges

Il n'y a pas de définition universelle de la notion de Gouvernement des Juges alors que celle-ci n'est pas un terme inconnu du monde juridico-politique. On peut en déduire tout

¹³² *Décision du Conseil Constitutionnel du 17 janvier 1989 Conseil Supérieur de l'Audiovisuel in « Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, p 729*

simplement que c'est le juge qui dirige, gouverne et prend une décision et choix politiques de l'ensemble de l'Etat. Il gouverne dès qu'il a un pouvoir autonome et indépendamment des autres pouvoirs : un pouvoir d'interpréter, de créer, d'appliquer et de contraindre. A part le pouvoir lié, il dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Cette liberté discrétionnaire du juge est le plus grand souci du Gouvernement qui s'est succédé, c'est le risque de Gouvernement des juges.

Le souci se pose au niveau du magistrat du parquet, tout les gouvernements du monde détiennent le parquet sous leurs ailes « au motif de l'intérêt social ou public ». S'ils laissent le « juge d'instruction » ou du « parquet » sans être subordonné, l'image a été donnée par l'auteur Jean Denis Bredin : «le juge d'instruction ». Ce juge, observe-t-on, détient d'immenses pouvoirs, il dispose de la liberté, de l'honneur, peut-être de la vie de ceux auxquels il s'intéresse. Il fait ce qu'il veut du droit. Le pouvoir de ce juge semble sans limite, seul souverain parmi les trois pouvoirs que distinguait le grand principe de séparation. Ce juge s'il est bien de son temps parle aux journaux, vient à la télévision, il conforte son pouvoir absolu par l'absolu pouvoir des médias. Le pouvoir politique tremble ? L'opinion publique est captivée ? Mais la Justice poursuit son travail. Ainsi viendrait le Gouvernement des juges... »¹³³.

Par pure crainte de cette image, le Gouvernement veut que le pouvoir juridictionnel soit sous sa supervision : « Un juge d'instruction très fidèle à son temps, un juge qui fait trembler le politique, et fascine l'opinion. »¹³⁴ A vrai dire, le Gouvernement malgache, qui tient à mépriser pour sa guise politique et personnel. Le pouvoir exécutif sait ce que ça veut dire séparation des pouvoirs une fois quand la personne n'exerce plus celui-ci et que l'inverse ou le contraire se passe sous leurs yeux. C'est pourquoi, le pouvoir en place fait partie de ceux qui alimentent et dramatisent la justice.

Mais il ne faut pas aller se voiler la face avec cette idée des gouvernants, il faut savoir que ces juges sont soumis à la loi et il ne fait qu'interpréter et enfermer par les règles de procédures. C'est notre Droit qui devrait gouverner, non nos juges. Parmi ces juges maîtrisent bien sa fonction « Que quelques-uns usent de ces pouvoirs sans se retenir, pour servir la

¹³³ Jean Denis BREDIN « Un Gouvernement des Juges » in *Pouvoir* n°68 p 79

¹³⁴ Jean Denis BREDIN « Un Gouvernement des Juges » in *Pouvoir* n°68 p 82

vérité, ou par talent d'inquisiteur, ou pour le plaisir du pouvoir, ou par goût de la notoriété, cela ne semble pas signifier un gouvernement des juges. »¹³⁵

2. Censure des décisions par la justice et irresponsabilité des juges

A part la volonté manifeste des gouvernants de dominer la justice pour des raisons personnelles et politiques, il y a aussi ces raisons bien plus objectives au fonctionnement de chaque institution. La raison de la domination se pose aussi au niveau de la juridiction administrative. Si l'institution politique voit le pouvoir judiciaire grandissant, il risque de faire freiner la première préoccupation des gouvernants qui est la poursuite de l'intérêt général. Le gouvernement veut l'intérêt national et le problème de développement passe avant toute chose¹³⁶. L'exécutif ou le détenteur de l'administration ne veut pas voir sa décision annulée à chaque fois pour des questions de procédure ou d'une simple formalité alors que le recours devant la justice tend d'être lent ne permettant pas au gouvernement d'atteindre son objectif. Le second souci est donc un souci d'appréciation et de développement.

En matière constitutionnelle, la simple irresponsabilité du juge causera une instabilité du Gouvernement. Une instabilité de toute l'institution car il faut rappeler que le juge constitutionnel est responsable de trancher les conflits de compétences entre deux ou plusieurs institutions politiques tout comme le Conseil d'Etat en matière administrative. On peut craindre la survenance de blocage, conflit sans solution et finalement la paralysie du système. Sur la question de responsabilité des magistrats, il faut admettre que c'est au sein du système judiciaire aussi que le souci se pose. A part le corporatisme du juge qu'on a déjà vu auparavant, les magistrats ont aussi cette volonté et soif de pouvoir, d'agrandir leurs prestiges qu'ils aiment et protègent tant. Ils usent mal parfois de leurs pouvoirs : « président du SMM, a reconnu que comme tout autre corps de la fonction publique, certains magistrats abusent de leurs pouvoirs et certains sont exposés à la corruption¹³⁷ » Comme JD Bredin dit dans son article que le juge : « peut dénaturer la fonction de la Justice. Il peut faire le mal au nom du

¹³⁵ *Ibid*

¹³⁶ JP MASSERON « *Le Pouvoir et la Justice en Afrique noir Francophone et à Madagascar* » p 45

¹³⁷ *Assise nationale pour l'indépendance de la Justice Voir dans Extrait du Madagascar-Tribune.com*<http://www.madagascar-tribune.com/Pour-un-assainissement-interne-de,17069.html>

juste. Reste aussi qu'il est protégé par un statut de confortable irresponsabilité, ce qui le singularise de la plupart. »¹³⁸

Section II : Domination fonctionnelle et décisionnelle

La domination se manifeste expressément sur la question d'exécution des décisions de justice compte tenu des prérogatives de puissance publique qu'a l'exécutif. Elle se manifeste aussi sur des différents obstacles et procédures à la main de l'exécutif pour écarter la décision de justice.

Paragraphe 1 : La question d'exécution des décisions de justice

« L'imperium » du juge est constitué par la force exécutoire conférée à la décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée. La décision de justice acquiert l'autorité de la chose jugée une fois que toutes les voies de recours sont épuisées. L'autorité de la chose jugée confère à la décision une vérité légale irréfragable c'est à dire ne peut plus être remise en cause. Sauf, les voies de recours désignent les procédures par lesquelles l'une des parties peut soumettre une décision de justice à un nouvel examen par une instance supérieure. Cette décision a autorité de la chose jugée oblige les parties à exécuter. Mais à cause de l'influence politique de l'exécutif, cet imperium du juge se trouve bouleversés et l'inexécution des décisions s'imposent face à la fragilité de la justice.

A. L'influence de l'exécutif dans la prise de décision et procédurale

Les décisions du juge revêtent une importance capitale, de telle sorte qu'elle entre par la suite dans l'ordonnancement juridique. La décision constitue des normes appelées « jurisprudence », et aussi principe généraux du droit. Le PGD a une valeur supra décrétole et infra législative. Il est donc nécessaire d'avoir une décision conformément à la loi et de bon droit pour préserver la qualité et la sécurité juridique. Les décisions de justice revêtent plusieurs formes dont le jugement, l'ordonnance, l'arrêt et l'avis. Avis parce que certaines juridictions peuvent être consultées par d'autres institutions ou chef d'institution sur une disposition de la loi ou sur des règles permettant au développement du pays tel est le cas de la

¹³⁸ Jean Denis BREDIN « Un Gouvernement des Juges » in *Pouvoir* n°68 p 82

Haute Cour Constitutionnelle et du Conseil d'Etat. La mainmise structurelle de l'exécutif sur le fonctionnement quotidien des organes chargés de rendre « la justice » oblige la prise de décision non conforme à ce que le droit ou la loi impose.

Cette influence se trouve sur tous les différents ordres de juridiction mais la plus célèbre et fréquente c'est celle dans la juridiction administrative et pénale. Au sein de l'ordre judiciaire surtout en matière pénale, le rattachement du parquet à l'exécutif quand une affaire met une personne proche des hommes au pouvoir alors que l'infraction est légalement consommée, une demande de classement sans suite est adressé au juge c'est-à-dire d'arrêter toute poursuite et d'enquête judiciaire. Même quand une décision est déjà prononcée à l'encontre d'une décision définitive, le ministère public chargé de faire exécuter cette décision peut même en ordonner ou réquisitionner la police judiciaire¹³⁹ pour faire respecter la loi. Dans ce cas, l'exécutif via le ministre intervient pour demander le surseoir.

Cette intervention cause techniquement la paralysie du fonctionnement de la juridiction du parquet, et au niveau de l'opinion entraîne la perte de crédibilité et la perte de confiance à la justice étatique, d'où recours de la population à la justice populaire. Dernièrement, l'illustration qu'on va faire est la prise de décision par le Chef du Gouvernement concernant les voleurs des bovidés du sud qui ont étonné les juristes, et les dénoncent¹⁴⁰. Il n'y a pas de décision de justice mais par voie réglementaire pour innocenter le prévenu voleur.

En matière administrative d'où l'autre partie au procès est l'administration, il y a une différence car la décision de l'exécutif qui est devant le prétoire. En matière de procédure, heureusement que tous les codes de procédures applicables qu'ils soient civiles ou pénales

¹³⁹ Article 160 de l'ordonnance n° 62-052 portant Code de Procédure Pénale dont la dernière modification par Loi n° 2007-021 du 30 juillet 2007 modifiant et complétant certaines dispositions relatives à la détention préventive : « Dans l'exercice de ses fonctions, le Procureur de la République a le droit de requérir directement la force publique. »

¹⁴⁰ Voir *Express de Madagascar* « Dahalo Niova fo, la boîte de pandore » : « i l faudrait qu'ils soient jugés avant d'être amnistiés. En vertu de la séparation de pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif, ce dernier n'est pas habilité à accorder des amnisties avant le jugement. Il s'agit d'une grande entorse à l'État de droit et qui va créer de précédents fâcheux. Lien <http://www.madagascar-tribune.com/Dahalo-miova-fo-la-boite-de,20508.html>

sont de nature législative dont l'exécutif ne pourra pas changer à tout moment. Mais cette restriction ne l'empêche pas de déroger à la procédure existante.

Concernant les avis du juge, tel est décrit à l'article 40 dernière alinéa de l'ordonnance 2001-003 portant loi organique relative à la HCC : « La Haute Cour Constitutionnelle, consultée par tout chef d'institution ou tout organe d'une Province autonome, donne son avis sur la constitutionnalité de tout projet d'acte ou sur l'interprétation d'une disposition de la Constitution »¹⁴¹ et l'article 129 de la loi 2004-036 : « Il peut être consulté par le Premier Ministre et par les Gouverneurs des Provinces Autonomes et procéder à des études sur des textes de loi et sur l'organisation, le fonctionnement ou les missions des services publics. Il peut être consulté par certaines autorités publiques. La demande de consultation par les autorités publiques citées aux alinéas précédents est adressée au président du Conseil d'Etat et comporte une copie destinée au Commissaire Général de la Loi. »¹⁴² L'avis se définit comme une appréciation que les textes commandent comme nécessaire avant la prise de décision, la consultation des organes compétent. En matière de consultation du juge par les gouvernants, ces deux articles montrent le caractère facultatif de la portée de l'avis de ces juges. Même si parfois que, le Gouvernement demande avis auprès des juridictions ceci ne lie pas sa décision. La HCC vient éclaircir ce fondement dans ses considérants : « Considérant qu' en général, si de par sa nature, la fonction consultative n'a pour objet que de recueillir un avis juridique sur une ou des questions précises, elle ne doit pas avoir pour résultat, sauf à l'indication expresse du texte qui l'institue, une quelconque injonction juridique ; que l'avis conforme, c'est-à-dire un avis auquel l'autorité compétente doit se conformer, représente la principale exception à ce principe mais que celui-ci n'est effectif que lorsqu'un texte le prévoit expressément ;¹⁴³ » L'influence de l'exécutif sur la décision de justice est immense de telle sorte qu'il ne se laisse pas influencer par les avis des autres. En une année l'exécutif ne

¹⁴¹ Article 40 dernière alinéa de la Constitution de la Quatrième République Malgache adoptée en 2010.

¹⁴² Article 129 de la loi organique relative à l'organisation, au fonctionnement et à la procédure applicable à la cours suprême et les trois cours la composant.

¹⁴³ « Avis n°03-HCC/AV du 11 avril 2014 relatif à la nature et à la portée de toute procédure consultative engagée auprès de la Haute Cour Constitutionnelle. » peut être consulté via <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n03-hccav-du-11-avril-2014-relatif-a-la-nature-et-a-la-portee-de-toute-procedure-consultative-engagee-aupres-de-la-haute-cour-constitutionnelle/>

demande l'avis de la cour que peu (six demandes d'avis en une année auprès du Conseil d'Etat)¹⁴⁴.

B. Inexécution des décisions de justice

En vertu du principe de l'autorité de la chose jugée, les parties ont l'obligation d'exécuter les décisions de justice¹⁴⁵. En outre, en vertu du principe de légalité caractérisant l'Etat de Droit, l'Etat du moins le pouvoir exécutif détenant l'administration doit se conformer aux normes, même si elle est l'auteur-même de ses actes. La décision de justice fait partie de ces normes car le juge crée des normes en matière de droit qui est d'origine prétorienne appelée « jurisprudence ». L'exécution des décisions de justice administrative est donc une obligation qui s'impose aussi bien aux administrés qu'à l'autorité administrative. La conséquence juridique de l'obligation d'exécuter les décisions est que l'administration est tenue de prendre toutes les mesures nécessaires pour l'exécution des décisions rendues par le juge administratif¹⁴⁶

L'obligation d'exécuter la décision de justice s'impose aux parties au procès quand elle passe en force jugée¹⁴⁷. Le problème ne se pose même pas quand il s'agit des particuliers car la voie d'exécution de droit commun ne leur est applicable. C'est l'inverse quand il s'agit de l'administration à cause des privilèges et prérogatives de puissance publique rattachables à son acte. Ces actes bénéficient donc de certaines immunités. En matière procédurale à cause du privilège de préalable attaché à l'acte administratif qui n'est suspendu en cas de recours à son encontre, en vertu du principe de séparation de pouvoirs, sauf sursis à exécution qui est

¹⁴⁴ Bilan des activités du Conseil d'Etat année 2014 procurée auprès du président du Conseil d'Etat à Anosy. Les rapports et études n'a enregistrés que 06 demande d'avis en une année.

¹⁴⁵ Article 197, « Les décisions de la Cour sont exécutoires par elles-mêmes », de la loi 2004 036 relative à l'organisation, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la cour suprême et les trois cours la composant.

¹⁴⁶ Article 65 de la Constitution de la quatrième République adopté en 2010. « Le Premier Ministre, Chef Du Gouvernement : Veille à l'exécution des décisions de justice ; »

¹⁴⁷ Article 230, « La décision juridictionnelle rendue en dernier ressort ou celle qui n'est plus susceptible de voie de recours emporte force de chose jugée. » de la loi 2004-036 relative à l'organisation, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la cour suprême et les trois cours la composant.

encore conditionné. Mais il arrive fréquemment que l'administration exécute mal ou n'exécute même pas, pour simple ignorance, les décisions de justice.

En matière pénale, comme on l'a déjà vue précédemment, le Gouvernement a cette procédure pour permettre de muter ou de classer la décision de justice dans le placard. Ici, ce que nous allons traiter c'est le cas d'inexécution des décisions de justice en matière administrative. Le comble de l'exécution des décisions de justice aussi, c'est le fait que le Chef du Gouvernement veille à l'exécution des décisions de justice, alors que l'administration, qu'il détient, est assujettie à l'inexécution de cette décision. Le Chef du Gouvernement est-il neutre ? Sans doute pas. C'est la domination totale de l'exécutif.

La seule protection pour les administrés ou le seul pouvoir en main pour le juridictionnel de voir sa décision en marche est la procédure d'astreinte. Il s'agit là d'un des mécanismes de contrainte pour faire face à la résistance de l'administration et ses agents condamnés. L'astreinte est une condamnation pécuniaire par jour de retard dans l'exécution des décisions de justice. Elle sera prononcée non seulement contre une personne publique mais aussi contre les organismes privés chargés de l'exécution d'un service public « En cas d'inexécution d'une décision définitive rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'État peut, sur demande de l'intéressé, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargé de la gestion d'un service public pour assurer l'exécution de cette décision, et ce, indépendamment des dommages-intérêts.»¹⁴⁸ La procédure d'injonction n'est applicable à Madagascar et l'application de ce système, pour le juge, porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. En l'occurrence l'arrêt de la chambre administrative du 15 décembre 1999 dans ses considérants que : « En vertu du principe de la séparation des pouvoirs, il n'appartient pas à la juridiction administrative d'adresser des injonctions à l'administration ou de se substituer à elle »¹⁴⁹. L'astreinte est une condamnation pécuniaire infligée pour chaque jour de retard à l'inexécution. Mais le

¹⁴⁸ Article 231 alinéa premier de la loi 2004-036 relative à l'organisation, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la cour suprême et les trois cours la composant.

¹⁴⁹ CA 15 décembre 1999 RABARISON Jausen contre Commune Urbaine Administrative, in recueil de jurisprudence de la chambre administrative de 1977 à 2003 Ed Jurid'ika p 399. Et le juge de confirmer même qu'il exerce de contrôle sur les décisions ou les activités de l'administration et non sur le comportement. « CA 11 septembre 2002 Commune d'Andoharanofotsy contre délégué Administratif d'Arrondissement d'Andoharanofotsy » p 514.

problème encore c'est l'administration qui fixe par décret les conditions et modalités d'application de l'astreinte « Les modalités de cette mesure seront fixées par décret. »¹⁵⁰

Paragraphe 2 : L'obstacle à la décision judiciaire

A part l'inexécution des décisions de justice par les gouvernants, d'autres obstacles peuvent atteindre la décision judiciaire. L'une, en amont, ce sont les décisions de l'exécutif empêchant le juge d'en prendre la sienne, et l'autre, en aval, supprimant la décision de justice déjà obtenue force de la chose jugée.

A. La restriction d'en prendre la décision

On assiste ici à des actes injusticiables du pouvoir exécutif, tel que l'acte de gouvernement et l'exercice de la protection de l'ordre public.

1. Acte de Gouvernement

« L'acte de Gouvernement apparaît(...) comme une manifestation de volonté des organes exécutifs.¹⁵¹ » L'acte bénéficie d'une immunité juridictionnelle à cause de son caractère. Compte tenu de leur dimension politique, il n'est pas susceptible de recours administratif. Le pouvoir juridictionnel est ici écarté ou dessaisi de sa fonction de contrôle en la matière, même dans le cadre du contentieux de la légalité, que dans celui de la responsabilité.

Le juge, à travers la jurisprudence surtout en France est aussi le phare du droit malgache, établit les catalogues de ses matières qui donnent une incapacité à lui. Il s'agit d'une part, des actes intéressants les rapports avec les autres institutions politiques à savoir la mise en œuvre par le Président de la République de l'article « 16 en France, 61 à Madagascar » de la Constitution qui lui donne pouvoir déclarant l'état d'exception ce que l'on appelle « dictature constitutionnelle »¹⁵². L'acte de nomination et révocation d'un membre du

¹⁵⁰ Article 231 alinéa premier de la loi 2004-036 relative à l'organisation, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois cours la composant.

¹⁵¹ Bertrand MATHIEU « L'irréductible acte de Gouvernement » in ITEMDOCT, recueil Dalloz p 1

¹⁵² CE, 2 mars 1962, Rubin de Servens et autres : décision « tend d'une part à instituer un tribunal Militaire à compétence spéciale et à créer ainsi un ordre de juridiction au sens de l'art. 34

Gouvernement est une autre, surtout le Chef du Gouvernement à Madagascar le plus fréquent (Décision de la chambre administrative du 29 octobre 2009, incompétence de la cour concernant l'annulation d'un décret de nomination d'un Chef de Gouvernement)¹⁵³. D'autre part, il s'agit aussi des actes de Gouvernement qui intéressent les relations internationales ou les affaires de l'Etat avec l'étrangers, en l'occurrence, les relations diplomatiques : refus du Ministre des affaires étrangères d'autoriser des personnes à séjourner en France en qualité de membre d'une mission diplomatique (CE, 16 novembre 1998, Lombo), à Madagascar l'arrêt de la « chambre administrative du 27 juillet 1987 Monja Jaona contre Etat Malagasy »¹⁵⁴. Le pouvoir juridictionnel est incapable face à cette prééminence de l'exécutif.

2. La notion d'ordre public

La notion d'ordre public est une notion difficile à définir et l'une des notions le plus obscures du droit. Il faut savoir que ce sont des moyens destinés à protéger des règles juridiques d'une importance particulière. Des règles, normes qui sont destinées pour préserver l'unité et l'Harmonie sociale. Donc, c'est le contraire de désordre. La Constitution prévoit l'exercice de la liberté, et cet exercice est conditionné par le respect de l'ordre public « L'Etat garantit la liberté d'entreprise dans la limite du respect de l'intérêt général, de l'ordre public, des bonnes mœurs et de l'environnement. »¹⁵⁵ L'ordre public semble donc privatif et limite l'exercice de la liberté. Ici, l'office du juge, qui est la protection de la liberté fondamentale et sa faculté de prendre une décision, se trouve écarté au détriment du pouvoir de l'administration. Une fois que l'Administration dans son exercice de pouvoir de police évoque

précité, »explicitement qualifiée d'acte de gouvernement ; le Conseil d'Etat en déduit son incompétence pour contrôler la légalité de cette décision, in grands arrêts de la jurisprudence administrative, p555

¹⁵³ *Décision de la « CA, 22 octobre 2009 MONJA Roindefo Zafitsimivalo c / Etat Malagasy » demande d'annulation du décret 2009-1260 nommant le premier ministre Mangalaza Eugene ». La chambre a déclaré incompétente pour connaître un tel acte. In arrêts commentés de la chambre administrative et du conseil d'Etat de la cour suprême de Madagascar. P165*

¹⁵⁴ *Décision de la « CA 27 juillet 1987 Monja Jaona contre Etat Malagasy ; décision des autorités Malgaches de ne pas donner suite au recours préalable du requérant(...) rentrent dans le cadre des actes relevant des rapports de l'Etat malgache avec les instances internationales(...) actes de gouvernement (...) échappant au contrôle juridictionnelle ; Recueil de jurisprudence de la chambre administrative de 1997 à 2003 Ed Jurid'ika p 229*

¹⁵⁵ *Article 37 de la Constitution de la Quatrième République de Madagascar*

cette notion, le juge se plie et déclare incompétent. Il prime l'intérêt général et « tolère les atteintes aux libertés »¹⁵⁶.

Fait partie même de la règle procédurale même quand le juge déclare incompétent, cela constitue un moyen d'ordre public mais aussi suspend sa décision¹⁵⁷. La jurisprudence déduit que l'ordre public contenait la sécurité, la tranquillité, la salubrité et la moralité publique. Les plus célèbres arrêts Français en la matière sont l'arrêt du CE 19 mai 1933, benjamin, sur une question d'ordre public et liberté de réunion, et l'arrêt du CE Ass. 27 oct. 1995, commune de morsang-sur-orge sur une mesure de police restreignant une activité illicite. Une telle mesure est faite pour faire cesser un trouble à l'ordre public, un certain respect de la dignité humaine » Ces 2 arrêts illustrent les positions du juge qui se trouvent restreintes dans leurs missions et parfois déclarent même incompétent car il devrait soulever d'office les moyens d'ordre public¹⁵⁸. Le juge Malagasy a octroyé le sursis à exécution au requérant dans l'affaire de suspension de l'émission d'une station radio Fahazavana (CE 14 janvier 2010, station Radio Fahazavana contre Etat Malagasy) pour non respect du principe de contradictoire et l'absence de moyens d'ordre public¹⁵⁹.

Il est difficile jusqu'à maintenant pour le juge français et surtout malgache de trouver l'équilibre entre la préservation de l'ordre public et la protection des droits fondamentaux des

¹⁵⁶ Jean Arsène TSARALEHA « Juge Administratif, entre le marteau et l'enclume » in LANJAMIRA n°0006, lettre d'information bimestrielle du conseil d'Etat p01, MAI – JUIN 2013.

¹⁵⁷ CA 20 mai 2003 Héritiers Marie Joseph DELORME contre Etat Malagasy in Recueil de la jurisprudence de la Chambre Administrative 1977 à 2003 éd jurid'ika p 533.

¹⁵⁸ « CE 19 mai 1933, benjamin, René Benjamin devait donner à Nevers une conférence sur Courteline et Sacha Guitry. Devant le risque à l'op, le maire de Nevers fit interdire la Conférence publique qu'il devait tenir, tout comme la conférence privée qui s'y substitua. Le maire doit concilier l'exigence de prendre des mesures de police avec l'exercice de la liberté de réunion. Or le trouble risqué par la venue du conférencier ne justifiait pas une Interdiction totale : il était possible de prendre d'autres mesures de police que l'interdiction. » p 295 et l'arrêt « CE Ass. 27 oct. 1995, commune de morsang-sur-orge concernant Le « lancer de nain » est un « jeu » consistant à projeter le plus loin possible un nain revêtu d'un costume permettant à la fois de le saisir par des poignées et de le protéger dans sa chute sur un tapis de réception » p 730

¹⁵⁹ Arrêt u CE 14 janvier 2010, station Radio Fahazavana contre Etat Malagasy : sursis a exécution accordé sur la décision du SCAC d'annuler une émission Radio pour non respect des règles de procédures et absence de motif d'ordre public » In arrêt commentés de la chambre administrative et conseil d'Etat de la cour suprême de Madagascar p 213.

individus. Le juge devrait se plier à la nécessité sociale et l'intérêt général de l'ordre dûment déclaré par l'administration de façon normale ou non.

B. La suppression des décisions de justice

1. Amnistie

L'amnistie est une mesure législative exceptionnelle qui dépouille rétroactivement certains faits. Selon la loi 2012-005 portant amnistie pour la réconciliation nationale : « L'amnistie entraîne l'extinction de l'action publique ou l'effacement des condamnations. Elle entraîne également la réhabilitation professionnelle : le droit à la réintégration, à la reconstitution de carrière ou reclassement de l'intéressé et à la réhabilitation professionnelle. » C'est un effacement des condamnations. Or, c'est le juge qui prononce la condamnation d'une telle ou telle personne sur tel ou tel acte. L'amnistie est une œuvre législative car l'octroi de l'amnistie ne se décrète pas, comme dit JD Bredin « les lois d'amnistie viennent périodiquement nous rappeler la souveraineté de la loi capable même d'abolir les jugements,¹⁶⁰ » les lois d'amnistie éteignent l'action publique et effacent la peine prononcée ; Donc, au sens plus exacte, c'est le pouvoir législatif qui supprime la décision judiciaire. L'exécutif n'a rien à voir là-dedans. Mais compte tenu de l'évolution politique moderne et malgache, en d'autres termes, c'est l'exécutif qui est là à cause de la politique de la majorité. Le principe de la séparation des pouvoirs souffre ici d'exceptions. A Madagascar, l'amnistie est surtout prononcée pour régler les conflits politiques à peine nourrir l'irresponsabilité et l'impunité des dirigeants. La règle de l'amnistie est qu'il ne doit pas préjudicier les tiers, mais il préjudicie le pouvoir méchant du juge.

2. Grâce Présidentielle

Le droit de grâce est un droit constitutionnellement reconnu pour le Président de la République dans le cadre de son pouvoir propre « Le Président de la République exerce le droit de grâce »¹⁶¹. « La grâce qui est une mesure de clémence en vertu de laquelle un condamné est dispensé à sa requête de subir tout ou partie de sa peine ou doit exécuter une

¹⁶⁰ Jean Denis BREDIN ? « Un Gouvernement des Juges » in *Pouvoir* n°68 p 80

¹⁶¹ Article 58 de la Constitution de la Quatrième République Malgache adoptée en 2010.

sanction plus douce que celle initialement prononcée¹⁶²». L'exécutif vient directement effacer ou au moins modifier en atténuant certaines peines prononcées par décision judiciaire. C'est l'illustration de la suprématie du pouvoir exécutif face au juridictionnel. Parfois, les accords politiques aussi entrent dans cette catégorie de suppression des décisions judiciaires. Ces différents mécanismes deviennent un abri quasi-juridique pour l'exécutif de mépriser l'existence de la décision judiciaire comme souligne Badara Fall « Cette politisation est, de manière générale, dissimulée dans des notions juridiques, toutes importées par ailleurs, telles l'intérêt général, l'atteinte à la sûreté de l'État, la haute trahison, ou encore la notion d'ordre public. La dissimulation du caractère politique de ces décisions juridictionnelles est d'autant plus aisée et les solutions retenues plus difficilement critiquables, qu'elle s'opère à travers des notions qui sont étroitement liées à l'existence de l'Etat.¹⁶³» Définitivement, le pouvoir exécutif exerçait un contrôle et domination total sur le pouvoir juridictionnel.

¹⁶² *Définition du lexique des termes juridiques du Grâce présidentielle*

¹⁶³ Alioune Badara FALL « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique » in « Le statut du juge en Afrique » p 328

TITRE II : TENTATIVE DE DÉMYTHIFICATION DU SÉPARATION ENTRE LE POUVOIR EXÉCUTIF ET JURIDICTIONNEL : ESSAI DE RÉÉQUILIBRAGE

On a déjà constaté la domination de l'exécutif sur le juridictionnel. La séparation des pouvoirs devient un mythe. Il est nécessaire de la démythifier pour contribuer à l'instauration de l'Etat de droit. Si le principe de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs ont institué la spécialisation fonctionnelle, chaque institution de l'Etat est spécialisée et ne peut s'immiscer dans la fonction d'un autre et vice versa. Il faut revenir aux indépendances de chaque organe des pouvoirs publics. Chaque organe public ne peut agir les uns sur les autres. Cette indépendance est relative dans le système politique malgache qui prône la collaboration. La collaboration entre les organes indépendants ne doit souffrir d'aucun contrôle réciproque entre l'un qui veille sur l'autre, dont la faculté de s'autolimiter. Cette faculté provoquera l'équilibre, et qui dit équilibre dit pas de hiérarchie entre les pouvoirs ou les organes, chacun serait au même niveau ayant des fonctions équivalentes, c'est l'esprit de la tentative de rééquilibrage. La tentative de démythification voulait dès lors une refonte sur le rapport entre les deux pouvoirs exécutif et juridictionnel. Elle cherche l'indépendance et la séparation des pouvoirs dans le contrôle. Mais une véritable refonte des rapports et le rééquilibrage demandent une prémisses et des conditions préalables. Une remarque, il ne s'agit pas d'instaurer un veto judiciaire mais de revenir à un certain équilibre rendant l'harmonisation des pouvoirs étatiques.

CHAPITRE I : REFONTE DES RAPPORTS ENTRE L'EXÉCUTIF ET LE JURIDICTIONNEL

Un pouvoir judiciaire indépendant assure dit-on la démocratie et l'épanouissement du citoyen. Un Gouvernement se soumet à la loi cristallise dit-on l'Etat de Droit avec un esprit sain et juste pour le développement dans la bonne gouvernance. Ces deux pouvoirs sont différents mais complémentaires dans une perspective de finalité unique qui est de servir l'intérêt général, la protection des droits fondamentaux et le développement du pays. Or, les rapports entre les deux ne sont pas sereins à cause de la domination de l'autre qui entrave à l'équilibre des pouvoirs prôné par la Constitution et conduit à une paralysie du fonctionnement des institutions étatiques et le développement du pays sacrifié, ce qui anime la refonte des rapports. La révision des rapports est donc nécessaire entre le pouvoir exécutif et le juridictionnel pour rendre l'indépendance de la justice là où il devrait être.

Section I : La nécessaire révision du rapport entre l'exécutif et le juridictionnel

La nécessité de révision n'est dépourvue d'aucune cause étant donné qu'elle revendique une réforme légale des rapports entre l'exécutif et le judiciaire.

Paragraphe 1 : Cause de la Refonte

La principale cause inhérente et évidente est l'attente et la revendication ou hostilité sociale. A cause de cette hostilité et attente, une deuxième cause surgit, c'est la volonté du juge qui cherche d'asseoir le véritable pouvoir ou il voulait s'écarter de la soumission des gouvernants.

A. Attente sociale et aspiration de la volonté générale

L'opinion publique, les citoyens et les médias semblent actuellement perdus et n'ont plus leur confiance aux différents pouvoirs étatiques (exécutif et judiciaire). Ils attendent beaucoup de changement et même les plus hostiles attendent le miracle « Nos concitoyens attendent de leur justice des réponses claires dans un monde où ils ont parfois du mal à trouver de bons repères. Ils souhaitent aussi des réponses rapides.¹⁶⁴ ». La population Malgache voit dans les fonctions étatiques un tout rongeur, monopolise ensemble leur richesse, impose leur pouvoir et complice l'un et l'autre comme dit Badara Fall « le premier sentiment que donne le juge aux populations serait qu'il n'est pas autre chose que le « bras droit » du pouvoir politique en place ou un instrument corrompu et manipulé par des hommes du milieu des affaires ou autres personnalités influentes (...) Un juge qui, pour des raisons diverses, serait au solde de la classe dirigeante au détriment des droits et libertés.¹⁶⁵ ». L'attente du peuple est aujourd'hui d'avoir un gouvernement soucieux de leur développement, et un pouvoir judiciaire soucieux en tant que protecteur formel de leurs droits fondamentaux face à l'arbitraire d'autres pouvoirs. La justice doit être le refuge des faibles, et qu'elle se manifeste à l'égard de l'appareil politique. La population veut que les gouvernants cessent d'instrumentaliser la justice et de se soumettre à la loi et à sa décision pour cristalliser véritablement l'Etat de Droit. Les citoyens veulent que leur Gouvernement soit un Gouvernement responsable, responsable de leurs actes.

¹⁶⁴ *Les colloques du Sénat, Actes du colloque sur « L'Office du Juge » Vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006 Intervention de Mr M. Christian PONCELET, Président du Sénat P9*

¹⁶⁵ *Alioune Badara FALL « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique » in « Le statut du juge en Afrique » p 314*

L'usager attend un pouvoir indépendant « la justice » avec des fonctionnalités transparentes, efficaces, rapides et dignes de confiance, avec son dévouement. « L'indépendance et l'impartialité devraient être perçues non comme un privilège du juge mais un droit des citoyens ». Un appareil fort traite promptement les diverses atteintes au droit et permet d'instaurer une sécurité morale du peuple.

Un service public de la justice permet d'assurer une justice plus proche des citoyens « une justice plus efficace et plus accessible » dont un travail de sensibilisation et d'éducation devrait être mené par les pouvoirs publics. L'Etat devrait donner un meilleur service possible pour leur épanouissement, et que les uns et les autres ne se culpabilisent comme a dit Maître Rakotomalala « le juge ne peut pas trouver dans la défaillance de l'Etat une excuse à sa propre carence (...) Le justiciable n'attend du juge que sa compétence et son impartialité »¹⁶⁶. Non seulement impartiale, mais aussi incorruptible pour que la justice ne soit pas une forme de marché judiciaire dont le verdict est rendu au plus offrant. Sinon ce passage ironique de Jean-Denis BREDIN « nous exigerions volontiers des juges des vertus dont nous nous dispensons, et nous attendrions que la Justice soit miraculeusement protégée des maladies qui infectent tous les métiers¹⁶⁷ », et comme martèle Philippe ARDANT : « pour les citoyens l'indépendance du juge est plus importante que les relations qui s'établissent entre l'exécutif et le législatif, car gardienne de la liberté. ¹⁶⁸ »

B. Quête du pouvoir fort par le Juge

Accusés de tous les maux et mainte fois décriés par les citoyens et l'opinion publique, conscient de leur responsabilité affaiblie et battue en brèche à cause de l'inertie et fragilité face à des différentes difficultés socio-économiques, politiques et juridiques, en voulant être à la hauteur de l'attente des citoyens et pour pallier les maux de la justice¹⁶⁹, les détenteurs de la

¹⁶⁶ <http://www.lexpressmada.com/blog/actualites/conference-un-blame-pour-le-monde-judiciaire-23680>
Intervention du maître pendant le colloque « l'Avenir de la Justice à Madagascar » a l'IFM

¹⁶⁷ Jean Denis BREDIN « Un Gouvernement des Juges » in *Pouvoirs* n° 68

¹⁶⁸ Philippe ARDANT « Institution politique et Droit Constitutionnel », Ed LGDJ p 52.

¹⁶⁹ Jean Marc SAUVÉ, Vice président du Conseil d'Etat Français dit que : « Les citoyens réclament une justice plus effective, plus forte, garante des libertés et des droits fondamentaux : nous avons le devoir de répondre à cette demande. Notre époque plaide pour une revalorisation de l'intérêt général : nous devons assurer sa primauté sur les intérêts particuliers »

fonction juridictionnelle malgache crient haut et fort leur soif d'indépendance surtout vis-à-vis du pouvoir exécutif. Cette volonté des juges se ressent grâce à des différents colloques et conférences qui se sont tenus partout à Madagascar qu'ailleurs. La plus grande d'entre elle est l'assise nationale d'où les magistrats concrétisent cette volonté dans une résolution selon son préambule : « Conscients des aspirations plus que légitimes et toujours croissantes du Peuple Malagasy à une Justice indépendante, impartiale, crédible et apolitique comme garant de l'égalité de tous, gouvernants et gouvernés devant la loi ; Persuadés de la responsabilité primordiale de tous acteurs Madagascar de la justice, les magistrats en premier, (...) pour restaurer la culture de la Légimité et de la Justice à; Convaincus que la restauration de l'Etat de droit ne saurait se faire sans la reconnaissance constitutionnelle et matérielle à l'endroit de la Justice de son véritable Pouvoir. Prenant acte de la détermination des magistrats, conformément au serment auquel ils sont soumis, à refuser dorénavant toutes considérations ne répondant pas à la stricte et équitable application de la Loi dans l'exercice de leurs fonctions, au service de la consécration des droits humains et pour le bien du peuple malagasy ;¹⁷⁰ »

Les magistrats semblent reconnaissants de leur responsabilité mais n'ont pas rejeté les fautes aux autres pouvoirs et il le faut car la quête d'indépendance commence par soi-même comme l'ancienne garde des sceaux dite et qu'on éprouve, « l'indépendance est d'abord dans la tête du « juge » (...) les textes de loi ne suffisent pas, et l'État n'est pas l'unique débiteur de l'indépendance de la justice. Les juridictions et le juge ont aussi leur part de responsabilité »¹⁷¹.

L'influence des droits internationaux et la multiplication de ces normes rentrent dans l'ordonnement juridique interne, ainsi que des nouveaux phénomènes sociaux engorgent le prétoire du juge. Cet accroissement des normes protégeant les droits fondamentaux et l'exigence de la démocratie moderne obligent les juges de chercher leur liberté dans l'exercice de leurs fonctions pour permettre de répondre aux attentes des justiciables « Augmentation du

¹⁷⁰ Voir Préambule de la Résolution des assises nationales des Magistrats.

¹⁷¹ <http://www.lexpressmada.com/blog/actualites/conference-un-blame-pour-le-monde-judiciaire-23680>
Intervention du Bakolalao Ramanandrainibe le colloque à l'IFM

nombre de normes mais aussi complexification du droit.¹⁷²». Non seulement la liberté mais aussi la compétence insérées dans l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), auquel Madagascar est partie, qui garantit le droit de toute personne « 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 »¹⁷³.

La méconnaissance ou la négligence des pouvoirs politiques de ce qu'est le juge alimente aussi. Le pouvoir exécutif est l'une des causes dans lesquelles le juge ne pourra pas exercer normalement sa fonction. C'est pourquoi, il voulait cette séparation entre l'exécutif et le judiciaire. La rupture devrait être faite en coupant le cordon ombilical entre le juridictionnel et l'exécutif. Il faut savoir que L'Etat de droit ne peut se produire sans l'aide du juge et tous les yeux de son concitoyen tournent vers eux. Espérons que ce cri d'indépendance ne soit dépourvu d'effet, et pour se faire elle doit être accompagnée d'un acte de changement et courageux.

Paragraphe 2 : Réforme légale

Des amendements devraient être faits pour faire face à ces différentes exigences de l'évolution des attentes sociales et pour faire application effective et saine de la séparation des pouvoirs conforme au développement à la recommandation de l'Etat démocratique moderne ainsi qu'au respecter l'Etat de Droit.

A. Réforme de la loi fondamentale

Comme on a déjà vu auparavant, la Constitution actuelle minimise et désarme le pouvoir juridictionnel face au gigantesque pouvoir exécutif. L'amendement ou la révision de cette disposition de la Constitution est indispensable dans cette étude ou cette tentative de démythification des rapports entre ces deux pouvoirs.

¹⁷² *Les colloques du Senat, Actes du colloque sur « L'Office du Juge » Vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006 Intervention de Mr M. Christian PONCELET, Président du Sénat P10*

¹⁷³ *Voir article 14 PIDCP*

De prime à bord, il faut que l'indépendance de la justice comme énoncée dans l'article 107 ne soit plus garantie par le Président de la République mais seulement par le Conseil Supérieur de la Magistrature sur la forme recommandée par notre étude. En revanche, il faut donner au Président de la République de veiller à l'exécution de la décision de justice que le Chef de Gouvernement a pour attribution actuellement¹⁷⁴. Pour cette raison le Président de la République en tant que chef de l'exécutif peut surveiller tous les membres du Gouvernement et à l'ensemble de l'administration d'exécuter la décision de la justice sur saisine de la Cour Suprême en cas d'inexécution. Cette procédure devrait être le recours suprême en cas d'inexécution de décision de justice. Dans cette hypothèse, le Président est responsable en tant que garant de l'Etat de Droit. Il ne devrait plus avoir la présence de l'exécutif dans le CSM d'où révision de l'Article 107 de la Constitution.

L'article 110 qui consacre la subordination hiérarchique du ministère public doit mettre celui-ci sous la subordination hiérarchique de la Cour Suprême mais non plus au Ministère de la Justice. Il faut supprimer le Conseil National de la Justice prévu dans l'article 113 de la Constitution et donne à la Cour Suprême conjointement avec le Conseil Supérieur de la Magistrature, et la Cour Constitutionnelle l'initiative de proposer auprès du Gouvernement des mesures d'ordre législatif ou réglementaire relatives à l'organisation et au fonctionnement des juridictions, au statut des Magistrats et des auxiliaires de la justice. Le Gouvernement dispose d'un droit à une explication ou rectification de négocier des dispositions contenues dans le projet de lois dans les délais de 30 jours. Après négociation, le Gouvernement soumet le projet devant le Parlement dans sa session ordinaire. Il faut aussi supprimer dans la Constitution le Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'Etat de Droit car selon l'article 43 : « Le Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'Etat de droit est chargé d'observer le respect de l'éthique du pouvoir, de la démocratie et du respect de l'Etat de droit, de contrôler la promotion et la protection des droits de l'homme.¹⁷⁵ » Il n'est pas nécessaire de tout institutionnaliser, cela tue l'esprit de la chose et en plus cette institution concourt avec les autres dans son fonctionnement.

¹⁷⁴ Article 65 de la Constitution de la quatrième république : « Le Premier Ministre, Chef du Gouvernement : 7. Veille à l'exécution des décisions de justice ; »

¹⁷⁵ Article 43 de la Constitution de la Quatrième République adoptée en 2010

Le respect de l'éthique du pouvoir est déjà dévolu à la HCC dans sa fonction de régulation de conflit de compétence entre les pouvoirs publics. Le respect de la démocratie doit être assuré par le Parlement, et l'Etat de droit par le Président de la République sous contrôle du pouvoir juridictionnel. La promotion et la protection des droits de l'homme sont et doivent être assurées par une justice indépendante et des organismes indépendants rattachés à chacun des trois pouvoirs constitués, car le droit de l'homme ou l'humanité doit être les affaires de tous.

B. Les différentes lois

Effectivement la retouche sur la Constitution engendre une modification légale. Il faut consacrer la déontologie des magistrats par un texte législatif mais plus décretaal que l'exécutif pourra changer à tout moment. La nouvelle loi doit consacrer les codes d'éthiques et déontologies des Magistrats. Il faut abroger toutes les lois portant toute tutelle de l'exécutif sur le juridictionnel à savoir le CPP. Compte tenu du changement de la soumission à la Cour Suprême du Ministère Public ou du parquet, toute fonction et attribution dévolus au Ministre de la Justice énuméré dans le CPC devrait être transférées sous l'attribution de la CS. Néanmoins on va apporter quelques précisions sur l'article 152 du CPC : « Le Ministre de la Justice peut dénoncer au Procureur Général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance, lui enjoindre d'exercer ou de faire exercer des poursuites, ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le Ministre juge opportunes. ». Un aménagement doit être fait pour ne pas faire une rupture stricto sensu. Le représentant de l'exécutif peut dénoncer des infractions auprès de la CS qui ordonne par la suite le Procureur de la République sur une poursuite et enquête an fond. Celle-ci est faite pour cause que l'exécutif est le premier responsable de la sécurité de l'Etat, l'ordre public et il détient aussi les forces de l'ordre.

De ce fait, l'exécutif ne doit pas être un frein à la poursuite concernant les ordres donnés par la justice aux officiers de police judiciaire qui devrait exécuter l'ordre de la loi et les décisions de la justice.

Paragraphe 3 : Réforme institutionnelle : Garant de l'équilibre des pouvoirs

Si les réformes légales sont engagées, il est indéniable de faire une tentative de réforme institutionnelle complétant et mettant en œuvre parallèlement la refonte législative. A

part la restructuration des institutions juridictionnelles et le retour à la rééquilibre et indépendance, elle doit être suivie d'une réforme sur l'autonomie financière et administrative.

A. Restructuration des institutions juridictionnelles

1. Nouvelle architecture pour le CSM

La première préoccupation de l'essai sur la réforme institutionnelle est celle qui touche et marque l'indépendance de la justice et le Conseil Supérieur de la Magistrature. La composition du CSM doit refléter d'une part, l'indépendance du pouvoir judiciaire donc purger la domination du pouvoir exécutif et d'autre part, la séparation des pouvoirs. Avant, dans nos études, on a enlevé le ministre de la justice et le Président de la République puisque ce dernier ne peut être le chef de l'Assemblée nationale ni du Sénat. Par principe et pour assurer une indépendance effective des magistrats, il ne peut pas être le chef du pouvoir judiciaire à travers le CSM. C'est encore inimaginable et un peu fou, si au contraire il existe un Conseil Supérieur de l'Exécutif présidé et vice-présidé par des Magistrats. Il est nécessaire dans la restructuration et la composition du CSM avec le renforcement d'une ouverture à des personnalités extérieures à la magistrature. La raison de cette ouverture plus renforcée c'est pour éviter le corporatisme des juges, et l'influence qui peut être déraisonnable des hauts Magistrats sur la carrière des autres à l'échelon inférieur.

a. De sa composition

La dernière modification de la loi sur le CSM a pour souci de garantir une représentativité équitable au niveau de chaque degré de juridiction¹⁷⁶. Ainsi, le conseil comprend vingt-un (21) membres dont cinq (5) venant de l'extérieur et quatorze(14) sont des magistrats et deux membres de droit¹⁷⁷. Nous, soucieux de la qualité des décisions disciplinaires, proposerons de réduire d'abord les membres à la version de la loi organique

¹⁷⁶ Voir exposée des motifs de la loi organique n°2014-019 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi organique n°2007-039 du 14 janvier 2008, modifiée et complétée par la loi organique n°2011-006 du 1er août 2011 relative au CSM.

¹⁷⁷ Article premier de la loi organique n°2014-019 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi organique n°2007-039 du 14 janvier 2008, modifiée et complétée par la loi organique n°2011-006 du 1er août 2011 relative au CSM.

n°2011-006 relative au CSM (modification). On propose une représentation des avocats du barreau et du corps des huissiers. Eux aussi font parmi des personnels liés directement à la fonction juridictionnelle. Ils sont représentés par une personne élue dans chacun de leur ordre : un magistrat élu dans chaque ressort des Cours d'Appel, un magistrat élu dans les Tribunaux Administratifs, un magistrat élu dans les Tribunaux Financiers, un magistrat élu parmi et par les magistrats en service à la chancellerie, à l'Ecole Nationale de la Magistrature et des Greffes. Les membres de droit sont : le Président et le Procureur Général de la Cour Suprême. Les trois présidents des Cours devant la CS en rotation un par un préside pendant la mandature. Un CSM exempté de toute présence du membre de l'exécutif est nécessaire pour garantir la séparation des pouvoirs parce qu'il exerce une portion de pouvoir exécutif dans la fonction judiciaire.

b. De son fonctionnement

Dans son fonctionnement comme a dit D. Rousseau « L'indépendance de la justice se mesure à la qualité du régime disciplinaire des magistrats » donc dans l'impartialité et la qualité sur la décision concernant la faute disciplinaire « sans lien avec la fonction juridictionnelle » sujet de sanction et non sur la décision qu'un magistrat a pris dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Ce dernier « heurte à l'indépendance du juge »¹⁷⁸. Il faut dès lors adopter une politique efficace et transparente, loin d'indélicatesse. Il faut que le conseil redore son blason terni et regagne la confiance des magistrats et du public car des doutes persistent encore comme dans le cas de nomination des derniers membres du CSM¹⁷⁹. Pour être capable de faire respecter la déontologie des magistrats et de leurs pouvoirs sanctionnés en cas de manquement. Le Conseil et ses membres doivent en premier lieu être la bonne image, le phare de tous les magistrats, être intègres et respectueux de la déontologie.

Cependant, la loi prévoit dans son exposé des motifs le système de pétition en cas de manquement ou d'abus par le conseil¹⁸⁰. Il faut aussi l'enlever car la pétition rend encore la

¹⁷⁸ Dominique ROUSSEAU in « Indépendance de la justice » page 4

¹⁷⁹ cf revue de presse in Express de Madagascar 19.07.2014 | 8:29
<http://www.lexpressmada.com/blog/actualites/representant-a-la-haute-cour-constitutionnelle-un-des-choix-du-csm-controverse-13/12/2014-14337>

¹⁸⁰ Exposé des motifs de la loi organique n°2014-019 modifiant et complétant certaines dispositions de la Loi Organique n°2007-039 du 14 janvier 2008, modifiée et complétée par la Loi Organique n°2011-006 du

justice moins crédible et crée un mécanisme politique à l'intérieur de la juridiction. Cette disposition a des effets dissuasifs, certes, celle-ci peut être manipulée par les malintentionnés pour dénigrer l'image de la justice. « Trop de démocratie tue la démocratie ». Il faut que la contestation émane de l'ensemble de tous Magistrats ou par la majorité de l'ensemble des Présidents de Cours et Tribunaux. Même si les membres sont élus par chaque ordre de juridiction où ils viennent, quand ils entrent en fonction, ils sont responsables de tous magistrats, non seulement la juridiction dont ils sont élus. Cette mécanisme provoquera une guerre entre ordre si seulement les tiers de ces électors qui vont la destitués. Il faut qu'au sein de chaque juridiction il y ait des dépôts de doléances des magistrats, et ceux-ci sont rassemblés chaque année pour voir les noms le plus contestés, pour procéder d'office à sa révocation et pour déclencher une élection dans la juridiction où le déchu vient. Si la révocation vient à la deuxième année de mandat du CSM, il faut que le Président de la Cour ou son vice ou le plus ancien dans la juridiction le remplace jusqu'à la fin de mandature. Si la majorité absolue des magistrats est contestée, une nouvelle élection doit être faite d'office.

Il faut que ce conseil soit capable d'établir des normes déontologiques de concert avec la participation de l'ensemble des magistrats par des collectes d'idées. Ce code doit être à la mesure d'une pratique internationale. Il faut que le conseil fixe des critères de définition objectifs de la notion de « nécessité de service » qui justifie la mutation forcée des magistrats.

Le budget du conseil ne devrait plus être rattaché à la Présidence de la République¹⁸¹. L'article 12 de la loi 2007-039 sur le CSM doit être modifié pour éviter le chantage financier, l'argent aussi a son pouvoir et son mot à dire, c'est le corollaire de l'influence des pouvoirs financiers actuels.

2. Restructuration de la composition de la HCC

1er août 2011 relative au Conseil Supérieur de la Magistrature : « outre les cas d'abus ou de manquement aux obligations dans l'exercice de ses fonctions en tant que membre du Conseil ou même en tant que magistrat, constatés par les membres du Conseil Supérieur de la Magistrature, un membre pourra faire l'objet de vote de confiance en cas de pétition du tiers de son électorat et être relevé de ses fonctions à la majorité absolue de son électorat. Toutefois, la motivation de la pétition doit avoir trait à une violation par le membre élu, magistrat ou pas, des obligations inhérentes à la fonction de Conseiller Supérieur de la Magistrature et/ou simplement à la qualité de magistrat. »

¹⁸¹ Article 12 Loi organique n°2007-039 du 14 janvier 2008 relative au CSM : « Le budget du Conseil Supérieur de la Magistrature est individualisé par une ligne spécifique au sein du budget de la Présidence de la République ».

Pour permettre à une véritable contrôle et une réglementation des conflits de compétences entre deux institutions publiques de l'Etat, il faut que la composition précisément toutes les conditions de nomination des juges constitutionnels soient révisées comme suit : Les membres sont toujours au nombre de neuf(9) dont trois sont élus par l'ensemble des magistrats judiciaires, trois élus par l'ensemble des magistrats administratifs, un par le CSM , un par les parlementaires ou à défaut l'Assemblée Nationale, un autre issu de l'enseignement supérieur de Droit. Les magistrats devraient être assujettis à un conseil disciplinaire c'est-à-dire que toute candidature devrait être suivie et accordée par le CSM. Leur mandat n'est pas renouvelable. Les membres élisent eux-mêmes le Président de la HCC. On a laissé les parlementaires élisent à cause du caractère spécifique et fondamental de la mission de la HCC, ainsi le caractère « parlementarisme rationalisée de la Constitution Malgache et même si c'est un régime présidentiel, celle-ci semble toujours idéale.

3. Suppression de la HCJ

L'exposé des motifs de la loi 2014 043 relative à la HCJ énonce que « Afin de renforcer l'Etat de droit lequel consiste en ce que les gouvernants et les gouvernés soient soumis aux mêmes normes juridiques sous le contrôle d'une justice indépendante, et également pour satisfaire à ce prescrit constitutionnel, la mise en place de la Haute Cour de Justice s'avère être une étape incontournable.» On recommande de supprimer la HCJ, elle crée la suprématie des gouvernants et alimente l'inégalité. Égalité pour tous vaut égalité de droit devant la loi et égalité de procédure devant la juridiction. Mais pour conserver son prestige, une soumission d'office devant la Cour Suprême devrait être faite suivant les règles et procédures de la justice afin que les gouvernants répondent à toutes les questions floues pendant l'exercice de leur fonction, même en cas de déchéance ou d'empêchement comme disait René FLORIOT « Nul ne peut dire qu'il n'aura pas à s'expliquer devant les juges, même le Président de la République ». Cette innovation fait partie de la redéfinition du statut de l'exécutif aussi.

B. Autonomie administrative et financière de la justice

La réforme légale et institutionnelle n'est pas suffisante pour garantir l'effectivité de la séparation entre l'exécutif et le juridictionnel. Par application de ce principe, le bénéfice de l'autonomie administrative et financière sont souhaitables pour le pouvoir juridictionnel. Ceci implique la mise à la disposition de la justice des moyens suffisants, pour éviter toutes

pressions financières et interférences administratives dans son fonctionnement. La suppression de la tutelle administrative transfère la direction administrative à la Cour Suprême de Madagascar. L'autonomie administrative de la juridiction donne le pouvoir d'édiction de leur propre règle de fonctionnement, d'où le règlement intérieur, c'est le corollaire d'une autonomie normative.

En matière financière, la dispersion d'autonomie financière actuelle entre les différents Cours et organes composantes de l'institution juridictionnelle entraîne la discrimination et l'inégalité entre ces différentes juridictions. L'institution juridictionnelle devrait constituer une seule unité budgétaire administrée par la CS. Cette Cour, avec la HCC et le CSM, devra élaborer en toute liberté le budget de la Justice. La procédure de proposition budgétaire de l'institution juridictionnelle doit suivre la même procédure prévue dans l'article 16 de la loi

2001-003 de la loi organique relative à la HCC¹⁸². Mais au lieu de Président de la HCC prévu dans la loi, il est donné à la Cour Suprême la compétence d'arrêter annuellement le projet de budget. Le Ministre de la Justice peut demander une révision conjointe avec la Cour Suprême sur la dotation globale ou l'estimation avant de l'insérer au projet de loi des finances. Le Gouvernement peut engager des inspections de l'Etat ou des finances pour contrôler l'exécution du budget de l'institution et le juridictionnel ne devrait subir aucune ingérence sur les fonds qui lui sont légalement affectés.

Cette autonomie est tellement nécessaire car la question financière constitue une contrainte exercée au magistrat dans sa fonction. L'autonomie est donc un moyen pour résister à la contrainte extérieure des juges. Elle offre et est ouverte à l'administration, la

¹⁸² Article 16 de l'Ordonnance n° 2001-003 portant loi organique relative la HCC : « La Haute Cour Constitutionnelle jouit de l'autonomie administrative et financière. Les crédits nécessaires à son fonctionnement font l'objet de propositions budgétaires arrêtés conjointement par le Président de la Haute Cour Constitutionnelle et les Ministres chargés du Budget et des Finances. La dotation globale correspondante est incorporée au projet de loi de finances. Les crédits du budget de la Haute Cour Constitutionnelle sont répartis et ouverts par délibération de ses membres. Les dépenses de fonctionnement sont engagées après visa du Contrôle des dépenses engagées dont l'intervention ne peut porter que sur la régularité de celles-ci. En cas de refus de visa par le Contrôle des dépenses engagées, le Président de la Haute Cour Constitutionnelle saisit le Premier Ministre d'un mémoire, répliquant aux motifs du refus. Dans ce cas, le Premier Ministre peut recommander au Contrôle des dépenses engagées d'accorder son visa. »

liberté de manier son budget, sans accord préalable de l'exécutif. Elle fait partie essentiellement du respect de la séparation entre l'exécutif et le judiciaire.

L'autonomie octroyée au pouvoir juridictionnel débauche automatiquement à la gérance des salaires des juges. Salaires qui devraient être équipollents à ceux des deux autres pouvoirs pour éviter une infériorité économique. Elle provoque aussi une autonomie décisionnelle que soit au niveau des institutions, que soit au niveau des magistrats prisent individuellement dans l'exercice de leur fonction. L'autonomisation permet le rééquilibrage de chaque institution de l'Etat, et garant de la fonction du juge en tant qu'arbitre entre les gouvernants et gouvernés. Elle est donc gage non seulement d'indépendance mais aussi d'impartialité du juge.

Section II : Rendre effective l'indépendance du pouvoir judiciaire

L'indépendance du pouvoir judiciaire n'est jamais acquise s'il n'y a pas d'emblée l'indépendance du juge. Cette acquisition d'indépendance devra respecter un certain processus au sein de la juridiction. Il faut ainsi revaloriser le statut de chaque détenteur de pouvoir (juridictionnel et exécutif).

Paragraphe 1 : Processus d'amélioration de l'indépendance

On recommande un double processus d'amélioration à savoir l'élection des juges pour la direction des différents organes et la haute juridiction. Aussi, de donner au pouvoir juridictionnel l'initiative des lois.

A. L'élection des Juges

Selon l'exposé des motifs de la loi 2007-039 relative au CSM qu' « Afin de garantir aux yeux de tous, l'indépendance du Conseil Supérieur de la Magistrature, il a été jugé indispensable d'intégrer au sein de celle-ci des personnalités non magistrats, (...) Ainsi, les membres composant (...), sont tous des membres élus et non plus des membres de droit. » On admet et adhère cette procédure comme constitutive de l'indépendance des magistrats ainsi que l'Institution. Comme on l'a pu constater auparavant, toute recommandation sur la réforme institutionnelle repose sur l'élection du juge dans la composition d'un organe juridictionnel. D. Rousseau énumère que : « L'élection, qui ferait dépendre les magistrats de l'opinion

publique, et la nomination par le ministre, qui les ferait dépendre du pouvoir politique¹⁸³» Cette élection interne entre les magistrats emporte en premier lieu la légitimité au sein du pouvoir juridictionnel. Elle est garante d'une mutuelle confiance entre la hiérarchie au sein de la magistrature et un exercice de fonction sereine. Au niveau de l'opinion publique aussi, l'élection des juges pose la confiance, car le juge est loin ou coupé de tout lien avec les pouvoirs politiques qui ont domestiqué la juridiction. Celle-ci engendre d'une part, la légitimation au sein de la juridiction. D'autre part, elle n'entraîne pas systématiquement au niveau des citoyens et usagers de la justice une légitimité. Concernant la question de légitimité du juge, il ne faut pas regarder la question de légitimité en l'assimilant au corollaire de la majorité. La légitimité peut et se gagne aussi par action et par efficacité. L'efficacité nourrit la légitimité et inversement. L'efficacité est une balance de mesure pour la légitimité. Grâce à une action efficace et favorable à la volonté générale s'acquiert la légitimité d'une personne ou d'une institution. C'est le corollaire de la théorie des fonctionnaires de faits. Les fonctionnaires de faits sont légitimés par leur apparence légale grâce à leur acte qui contribue à l'intérêt et la volonté générale auprès du citoyen. La légitimité du juge peut donc s'affirmer par la qualité de ses décisions et la qualité de la fonction qu'il offre aux usagers et aux citoyens¹⁸⁴.

B. Participation des pouvoirs juridictionnels à l'initiative des lois.

Ce deuxième processus d'amélioration de l'indépendance de la justice semble aller à une immixtion de ce dernier au pouvoir législatif¹⁸⁵. Sachant que la production normative évolue dans le temps et dans l'espace. Le juge, à travers la jurisprudence, produit des normes qui entrent dans l'ordonnancement juridique « la sentence est une norme »¹⁸⁶. C'est pourquoi, le juge constitutionnel prend une décision que telle ou telle loi est anticonstitutionnelle, telle ou telle disposition est contraire à la loi fondamentale, le juge enjoint le législateur de ce fait

¹⁸³ Dominique ROUSSEAU, « Indépendance de la Justice » p 2

¹⁸⁴ Dominique ROUSSEAU « La légitimité du juge dépend donc d'une organisation de la justice qui permet de croire qu'un juge peut rendre effectivement ses décisions hors des influences de l'opinion, de la politique, de sa hiérarchie... » In « l'office du juge » Les colloques du Senat, palais du Luxembourg p 440

¹⁸⁵ Sabine MALENGREAU « montée en puissance et légitimité du juge dans une société fragmentée en quête de lien social » p 06

¹⁸⁶ Michel TROPER « Le Pouvoir Judiciaire et la Démocratie » Vol.1 EJLS No. 2 p 2

de corriger ou de reformuler la loi et/ou les dispositions. De même pour le CE quand il annule un acte administratif pour illégalité ou il substitue à l'administration défaillante¹⁸⁷. Il interprète la loi ambiguë et complexe en la donnant son véritable sens¹⁸⁸. Il peut donner des sentences et des appréciations larges sur la base du fameux « appréciation souveraine du juge » comme dans le choix de la durée d'une condamnation pénale, dans certaines affaires civiles et commerciales, dans la protection de l'intérêt supérieur des enfants. Dans ces cas, le juge substitue le législateur dans la confection de la loi. Il participe donc implicitement dans l'élaboration de la loi.

Grace à des différends qui sont traités devant le juge donnant une image concrète de la réalité sociale, il découvre les faits nouveaux et les problèmes modernes. Il est capable de mesurer l'évolution sociale et la moralisation socioculturelles. Il faut lui donner la faculté d'élaborer la loi pour éviter ce que certains auteurs parlent d'inflation législative. Madagascar fait partie aussi de ces pays qui ont le pluralisme culturel, ethnique et moral, en conséquence la pluralisation d'ordre normatif par rapport au Dina. Chaque ethnie du moins chaque région adopte leur Dina à part celle de la loi de la République comme dit Sabine Malengreau « La société se compose, en effet, de divers groupements ou organisations sociales qui tendent à produire leurs propres références normatives indépendamment de l'Etat. Un tel pluralisme juridique induit inévitablement de l'incertitude et de l'indétermination au niveau des références normatives, et entraîne la déformalisation de la norme étatique en dévoilant sa relativité, sa contingence¹⁸⁹ ». Il est nécessaire que le juge adopte des lois conformément à ces phénomènes. Aussi, sa participation à l'initiative des lois au sens strict du terme, concernant les règles juridiques qui régissent leurs pouvoirs, engendre effectivement la dépolitisation du pouvoir judiciaire. Mais il faut préciser que l'initiative des lois doit se limiter aux règles concernant le pouvoir juridictionnel et ces accessoires.

Paragraphe 2 : Revalorisation du Statut des magistrats et des gouvernants

¹⁸⁷ Dominique LATOURNERIE « Le Conseil d'Etat » *Au nom du peuple Français...* p 40

¹⁸⁸ Jean Pierre SCARANO « Institutions Juridictionnelles » *Ed Ellipses*, 5 éd. Année 2002 p 12

¹⁸⁹ Sabine MALENGREAU : « montée en puissance et légitimité du Juge dans une société fragmentée en quête de lien social » p 4

Pour continuer dans le schéma de la refonte du rapport entre l'exécutif et le judiciaire sur le renforcement de l'indépendance du pouvoir judiciaire, il est indéniable de procéder à une revalorisation et à la retouche des statuts de ces deux pouvoirs compte tenu de notre essai de rééquilibrage. Cette retouche du statut intégrera le développement imposé par les relations possibles entre les gouvernants et les magistrats.

A. Des magistrats

Pour doter d'une magistrature forte, compétente et indépendante, qui a autorité pour faire appliquer les lois, il faut que leur statut soit à la hauteur de cette exigence de forteresse et de compétence. Premièrement la subordination hiérarchique du parquet ou du ministère public ne devrait plus appartenir au Ministre de la Justice, ceci devrait être dévolue à la CS contrairement à la disposition de l'article 4 paragraphe 2 de l'ordonnance 2005-005 portant loi organique relative au statut des magistrats. Concernant les cas d'incompatibilité dans la fonction, il appartient au CSM d'apprécier et de donner la dérogation exceptionnelle en cas de demande de l'intéressée avec l'avis du chef de la Cour.

Concernant les sanctions disciplinaires, un magistrat accusé d'être corrompu ou participé passivement dans un acte de corruption devrait être sanctionné d'emprisonnement avec toutes les conséquences de droit « révocation avec toute suppression des droits à la retraite. » Il est nécessaire de supprimer la question de « détachement » pour préserver l'indépendance du juge et la familiarisation avec l'administration ou les hommes politiques (Cette recommandation est faite parce que le raisonnement à contrario ne sera pas possible. On ne peut pas imaginer ou admettre un administrateur civil en situation de détachement pour exercer la fonction de juge, sauf exception ceux qui ont des compétences similaires, plus élevés et expérimentés). Le raisonnement aussi est paradoxal. Si on demande tant l'indépendance du juridictionnel de l'exécutif, alors pourquoi les magistrats qui exercent la fonction juridictionnelle voulaient-ils et ne refusent-ils pas à l'occasion qui se présente d'accepter une poste de Chef de service ou directeur dans un cabinet ministériel quelconque. La remplacer avec un système de formation de 1 à 3 mois tous les ans en rotation est à recommander dans le but de se familiariser avec pour savoir le fonctionnement et l'évolution de l'administration, appuyé par des échanges d'expérience pour mieux l'encadrer juridiquement auprès d'une institution administrative ou d'un établissement supérieur de formation. Les formations sont indemnifiables. C'est aussi une des formes de collaboration entre l'exécutif et le juridictionnel. Celle-ci n'est pas pour but de caser le juge dans son

domaine mais pour le protéger contre les maux extérieurs. Toutes les questions relevant de la compétence du ministre de la justice concernant le statut d'un magistrat sont dévolues à la Cour Suprême.

B. De l'exécutif : Redéfinir le statut de l'Exécutif

Le statut de l'exécutif l'a toujours mis à l'abri du mépris du pouvoir et toute poursuite judiciaire, et il le faut toujours à cause des lourdes tâches qui lui incombent. Il faut rappeler que le Président de la République ne devra plus porter garant de l'indépendance de la justice mais le garant du respect de l'Etat de droit et de veiller à l'exécution des décisions de justice. Sur la responsabilité pénale, l'immunité juridictionnelle du Président de la République et les membres du Gouvernement et autres Chef d'institution, la Cour Suprême devrait être compétente pour trancher ces litiges pour ne pas affirmer qu'un tribunal judiciaire est impuissant pour juger des infractions commises par les représentants du pouvoir politique les plus hauts placés. Cela conduit à la création des juridictions politiques. À cet effet, à part la cause d'empêchement prévu par la Constitution et les règles imposées par le droit international sur les crimes contre l'humanité, le Président de la République et les membres du Gouvernement ne sont pas susceptibles de recours et de poursuite devant la justice dans l'exercice de leur fonction. Après leur mandat ou après déchéance dans leur fonction, ils sont tenus de répondre aux questions devant la Cour Suprême pour des actes délictueux commis pendant l'exercice de leur fonction. Cette procédure est faite suivant les doléances reçues auprès de la justice. L'immunité juridictionnelle des chefs d'institutions est donc limitative car ils vont être remis devant la justice pour éclaircir leurs cas.

Sur l'irresponsabilité politique, le Président de la République n'est pas contraint à démissionner même en cas d'inexécution de ses promesses¹⁹⁰. Le seul permettant de renverser le Président de la République est le peuple par biais de l'élection, referendum ou plébiscite. Le représentant du peuple aussi peut mettre la responsabilité politique du Président avec le Gouvernement par le biais de l'empêchement, la déchéance et de motion de censure, mais ceux-ci sont du domaine des rapports entre l'exécutif et le législatif.

¹⁹⁰ *Éric OLIVA « Aide mémoire Droit Constitutionnel » p 182.*

CHAPITRE II : CLÉ DE LA SÉPARATION DE POUVOIR : « CONTRÔLE EFFICACE »

Comme dit Montesquieu « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir¹⁹¹ », et comme expose F. Hourquebie : « tout pouvoir appelle un contre-pouvoir chargé de le contrôler en vue de le modérer¹⁹² ». Le contrôle se définit comme le droit ou le pouvoir dont dispose une personne ou une institution à l'effet de s'assurer le respect d'un ensemble de règles ou objectifs. Il entraîne aussi l'appréciation de l'opportunité. Le contrôle est lié au régime en place. Madagascar étant dans un régime hybride voire « parlementarisme rationnalisé, semi-présidentiel », le contrôle établie est très poussé, réciproque sur le plan politique, dans la Constitution. Le mécanisme est très compliqué avec un peu de prééminence parlementaire et parfois présidentielle parfois. Mais ce n'est pas le cas en pratique. L'étude précédente montre le contrôle total de l'exécutif sur le juridictionnel et sur le législatif. Il faut que l'exécutif soit surveillé en sachant ses limites de compétence¹⁹³. Pour que chacun des pouvoirs fasse ses obligations en toute indépendance, il est nécessaire de rééquilibrer le contrôle, en redorant ou en renforçant celui du pouvoir juridictionnel, tout en reconnaissant des limites par le contrôle de l'exécutif et ceux des citoyens. Donc, c'est un contrôle visant l'équilibre des pouvoirs et non une immixtion de pouvoir dans l'activité essentielle de l'autre.

Section I : Rééquilibrer les contrôles réciproques

Si l'essence de la séparation des pouvoirs ou l'équilibre de pouvoir est la faculté de s'autolimiter ou le système de contrepoids. Cette faculté permet d'estomper l'abus l'abus de l'un ou l'autre. Elle permet ainsi de garantir la liberté. Nos recommandations sont dès lors de fortifier le contrôle que la Constitution attribue au pouvoir juridictionnel sur l'application de la loi et des actes des autres institutions publiques. Aussi d'en octroyer des moyens pour

¹⁹¹ Charles de secondât de MONTESQUIEU » *De l'Esprit des lois* » Livre onzième chapitre IV pages 112

¹⁹² Fabrice HOURQUEBIE « *De la séparation des pouvoirs aux contre-pouvoirs: «l'esprit» de la théorie de MONTESQUIEU...* »

¹⁹³ *Ibid*

rendre effectifs ces contrôles au profit du respect de l'Etat de droit et de la liberté fondamentale.

Paragraphe 1 : Fortifier le rôle du juge en matière de contrôle

Notre principal souci c'est d'instaurer la prééminence du droit, c'est le seul moyen efficace pour établir l'Etat de droit. Si, le juge qui a pour compétence de faire respecter l'Etat de droit semble dans son inertie ou figé dans son incapacité, la notion autre que l'Etat de droit domine, comme l'Etat politique. On est dans l'obligation d'octroyer au juge la faculté d'une auto-saisine en matière de contrôle.

A. Essai sur l'auto-saisine en matière de contrôle et d'interprétation de la loi fondamentale

En principe, la Constitution Malgache de la quatrième République prévoit deux sortes de procédure de contrôle et de saisine en matière constitutionnelle, le contrôle par voie d'action et le contrôle par voie d'exception¹⁹⁴. D'une part, le contrôle par voie d'action, c'est celui qui s'exerce directement devant la Cour Constitutionnelle. D'autre part, le contrôle par voie d'exception dans laquelle les parties en cours de procès soulèvent l'exception d'inconstitutionnalité entraînant la saisine d'office par le juge ou l'une des parties avant de statuer. La faculté d'exercer ces deux modalités est très limitée car elle ne peut pas être faite, pour la première, que par les chefs d'institution ou le quart des membres parlementaires et représentant des organes de CTD. Pour la seconde, c'est une procédure particulière très longue. Ce caractère limitatif entraîne le caractère politique de la saisine de la HCC car seuls les gouvernants peuvent le saisir. C'est pourquoi on accuse le juge constitutionnel de complice et de bras droit de l'exécutif comme dit Bernard CHANTEBOUT « un inconvénient certain du contrôle par voie d'action est de politiser la justice constitutionnelle au regard de

¹⁹⁴ Article 118 de la Constitution de la Quatrième République malgache : « Un Chef d'Institution ou le quart des membres composant l'une des Assemblées parlementaires ou les organes des Collectivités Territoriales Décentralisées ou le Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'Etat de droit peuvent déférer à la Cour Constitutionnelle, pour contrôle de constitutionnalité, tout texte à valeur législative ou réglementaire ainsi que toutes matières relevant de sa compétence. Si, devant une juridiction, une partie soulève une exception d'inconstitutionnalité, cette juridiction sursoit à statuer et saisit la Haute Cour Constitutionnelle qui statue dans le délai d'un mois. De même, si devant une juridiction, une partie soutient qu'une disposition de texte législatif ou réglementaire porte atteinte à ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, cette juridiction sursoit à statuer dans les mêmes conditions qu'à l'alinéa précédent. » Cette disposition prévoit implicitement ces 2 voies de contrôles et saisine de la HCC en matière de constitutionnalité des lois.

l'opinion, la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi aussitôt après son adoption apparaissant comme une victoire de l'opposition sur la majorité parlementaire.¹⁹⁵»

En cas de plusieurs interprétations sur un texte ou article de la loi faites par les citoyens ou par les opposants, le juge ne peut rien faire sur notre système tant qu'il n'est pas saisi. Cette incapacité et inertie provoquent une instabilité institutionnelle et le non-respect de la Constitution, dont la raison de l'auto-saisine. L'auto-saisine se définit comme « action de se saisir soi-même¹⁹⁶ ». Cette auto-saisine doit être réglementée pour éviter le (Gouvernement des juges) et ne devrait être activé que sur des matières spécifiques. Il faut instaurer un système d'auto-saisine dans les affaires touchent les libertés fondamentales, le contentieux entre institutions et son instauration, ainsi que dans les question touchant la République. L'auto saisine est faite pour donner au juge constitutionnel la capacité de gérer les crises « crise institutionnelle » « qualifier de crises du quotidien politique et démocratique...¹⁹⁷ » dit Jean du Bois de GAUDISSION.

En matière de lois de finances, la HCC devrait être saisie conjointement avec la Cour des Comptes pour contrôler l'exactitude des prévisions de comptes budgétaires et de sa constitutionnalité. Cette recommandation est dans l'esprit d'instaurer la primauté du droit et pour que tout le monde s'y soumet, et que l'interprétation constitutionnelle soit sans équivoque ou à sens unique pour préserver l'unité et le bloc de légalité et de constitutionnalité. Il faut aussi, que l'avis de la HCC¹⁹⁸ soit un avis conforme quand il s'agit de l'interprétation d'un article de la loi fondamentale et devra lier toute personne publique pour que la loi soit uniforme. Il faut que cette auto-saisine soit mise en place pour gérer tout

¹⁹⁵ Bernard CHANTEBOUT in « Droit Constitutionnel » p 46

¹⁹⁶ Michel DE VILLIERS, Armel Le DIVELLEC In « Dictionnaire du Droit Constitutionnel », p 19

¹⁹⁷ Intervention de Jean du Bois de GAUDISSION in « Rapport général du 5^e congrès de l'ACCPUF » p126

¹⁹⁸ Article 119 de la constitution de la quatrième république malgache adoptée en 2010 : « « La Haute Cour Constitutionnelle peut être consultée par tout Chef d'Institution et tout organe des Collectivités Territoriales Décentralisées pour donner son avis sur la constitutionnalité de tout projet d'acte ou sur l'interprétation d'une disposition de la présente Constitution »

conflit institutionnel et effectivement la gestion des crises politiques, attributions inhérentes au juge constitutionnel¹⁹⁹.

B. Contrôle de légalité de l'acte et agissement

L. Duguit disait : « le principe de la légalité risque de demeurer non effectif tant qu'il n'est pas conjugué avec le principe d'indépendance de la justice. ». Après avoir écarté l'exécutif du terrain du juridictionnel, il est aussi nécessaire d'intensifier le contrôle de légalité de l'acte administratif par l'appréciation d'opportunité et par l'évolution des techniques de contrôle plus protecteurs des droits fondamentaux. En matière de contrôle de légalité, la saisine est une procédure nécessaire pour respecter le principe de non immixtion et le principe de séparation entre fonction administrative et fonction juridictionnelle. Pour rendre efficace la saisine, il faut aussi rendre la justice plus accessible aux administrés. Une souplesse de procédure et célérité du procès est nécessaire. Cette facilitation de procédure est à recommander pour assurer l'aboutissement de la requête des administrés pour ne pas être sujet de rejet systématique²⁰⁰. La facilitation de saisine est efficace en Europe depuis la mise en vigueur de la Convention Européenne de Droit de l'Homme: « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial...²⁰¹ ».

A Madagascar, pour garantir un droit et facilité d'accès pour les administrés, il faut favoriser de plus en plus la justice de proximité. La plupart des malgaches sont des analphabètes surtout ceux qui sont loin de la grande ville. Il faut imaginer à reconnaître l'oralité d'une requête et instruction, si l'écrit en est le principe. Un des moyens de contrôle efficace sur l'administration aussi, est le fait de rendre effectif le droit au recours car un recours effectif vaut contrôle effectif. Ce recours effectif est le toujours inspiré de la

¹⁹⁹ Intervention de Jean du Bois de GAUDISSION in « Rapport général du 5^e congrès de l'ACCPUF » p 125

²⁰⁰ J.A TSARALEHA « juge administratif, entre le marteau et l'enclume » in LANJAMIRA n°0006, Lettre d'information bimestrielle du conseil d'Etat de la cour suprême, p01. Ce juge énonce que « la majeure partie des décisions sont de rejet pour vice de forme sanctionnant le non respect des règles de procédure. »

²⁰¹ Art. 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Convention Européenne de Droit de l'Homme dans son article 13²⁰². Il faut accéder vers un contrôle substantiel sur les droits et libertés des individus. Il faut que le juge administratif ne considère pas l'administration comme une crainte et obstacle pour son office²⁰³. Ainsi, grâce au caractère inquisitorial de la procédure, le juge peut enjoindre les parties au procès de fournir toutes les pièces qu'il jugera utile pour le bon déroulement du procès même sur la motivation de l'acte administratif. En matière pénale, la suppression de la HCJ entraîne la poursuite de l'exécutif dans le tribunal ordinaire avec une procédure spéciale prévue dans le statut de l'exécutif qu'on a déjà évoqué auparavant.

Paragraphe 2 : Les moyens de rendre effective la décision judiciaire

Le contrôle du juge n'est pas efficace si la décision qu'il prend ne trouve sa pleine effectivité. En outre, si sa décision n'est nullement effective à l'encontre du pouvoir exécutif, le pouvoir juridictionnel étant nul comme Montesquieu l'entend. Comme énonce F HOURQUEBIE : « un contre-pouvoir ne peut apparaître comme tel que s'il est doté d'une «force de frappe» adéquate; il ne peut servir de modèle oppositionnel crédible que s'il est efficace. L'efficacité est une partie prenante de la définition fonctionnelle. Car rien ne sert de «contrer» si ce n'est pas pour obtenir d'effet mesurable.²⁰⁴ » Il est donc nécessaire de doter l'administration d'une astreinte effective et d'instaurer le système d'injonction.

A. Application effective de l'astreinte

L'astreinte est une condamnation pécuniaire par jour de retard dans l'exécution des décisions de justice, qu'on a déjà auparavant. L'astreinte a, en principe, un caractère provisoire, donc son montant peut être interchangeable, mais elle peut être définitive quand le juge la prononce expressément. Ce caractère provisoire affaiblit un peu le mécanisme de l'astreinte.

²⁰² Article 13 de la Convention Européenne de Droit de l'Homme.

²⁰³ Alain MARION « Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier » Cet auteur veut que le juge administratif considère l'administration comme un justiciable ordinaire, car le juge fait preuve à l'égard de l'administration de coupables indulgences, des qu'il s'agit des questions de procédures, In pouvoir n° 46 p 28

²⁰⁴ Fabrice HOURQUEBIE « De la séparation des pouvoirs aux contre-pouvoirs: «l'esprit» de la théorie de MONTESQUIEU.... »

La loi française pose des conditions d'exécution de l'astreinte en cas d'inertie de l'Etat, des collectivités territoriales, et de l'Etablissement public. Elle pose aussi les conditions d'ordonnancement de paiement dans un délai de deux (2) mois à compter de la notification de la décision juridictionnelle. À défaut d'ordonnancement dans ce délai, deux cas se présentent : si la personne publique condamnée est une collectivité locale ou un établissement public, l'autorité de tutelle doit procéder au mandatement d'office. S'il s'agit de l'État, le comptable assignataire de la dépense doit, sur présentation par le créancier de la décision de justice, procéder au paiement²⁰⁵. « On remarquera que ce mécanisme, efficace mais peu utilisé, n'est applicable qu'aux décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée » disait Gilles LeBreton.

La loi a aussi posé des mécanismes qui permettent aux intéressés de déférer devant la Cour de discipline budgétaire et financière les agents publics condamnés à une astreinte d'une personne publique. Cette Cour de discipline peut prononcer une lourde amende. Selon la doctrine, ce mécanisme semble efficace mais rarement prononcer. Mais cette loi, repris par le CJA Française pose un nouveau mécanisme permettant au Conseil d'Etat le pouvoir de prononcer des astreintes à l'encontre de l'administration quand la décision a la force de la chose jugée ou non²⁰⁶. Malgré l'excellence de l'astreinte, le juge est un peu réticent pour la prononcer alors que c'est un moyen pour le juge de faire contrepoids à l'autorité administrative et il s'agit d'un grand principe en matière de séparation des pouvoirs « le système de contrepoids et de contrôle ».

A Madagascar, la loi prévoit la procédure d'astreinte mais celle-ci n'a pas été encore applicable faute de décret d'application²⁰⁷. Les modalités d'applications de ce mécanisme sont

²⁰⁵ Article 1 de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public :

²⁰⁶ Article L911-5 du code de justice Administrative Français « En cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'Etat peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public pour assurer l'exécution de cette décision. »

²⁰⁷ Article 231 de la loi 2004-036 relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois Cours la composant : (...) En cas d'inexécution d'une décision définitive rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'État peut, sur demande de l'intéressé, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargé de la gestion d'un service public pour assurer l'exécution de cette décision... ». Les modalités de cette mesure seront fixées par décret

pris par l'exécutif, causant un certain handicap sur la décision de justice rendue définitive. Pour rendre ce mécanisme effectif dès lors, il faut que la juridiction applique d'office ce que la loi lui ordonne de faire sans décret d'application. C'est la conséquence nécessaire de la séparation des pouvoirs. Le juridictionnel n'attend plus d'ordre de l'exécutif mais sous l'ordre de la loi. Mais il faut que l'application de cette astreinte soit appréciée de façon objective et souple de la part du juge pour permettre à l'administration d'exécuter ses condamnations pécuniaires à cause du caractère imprévu du budget affecté à celui des frais de justice et autres.

B. Instauration de l'Injonction

Comme dit GAUDUSSON « L'expérience des uns est un élément de la réflexion des autres. » En matière d'inexécution de décision de justice par l'autorité administrative, l'expérience française nous attire. Le législateur Français a donné aux juges administratifs autres moyens plus efficaces et plus persuasifs pour renforcer le mécanisme de l'astreinte, une arme techniquement authentique pour le juge administratif :

L'injonction, instituée par la loi Française n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, se définit comme étant : « un ordre d'adopter un comportement déterminé, adressé par le juge à une personne physique ou morale, quelle qu'en soit la qualité ». Avant, le Conseil d'Etat considérait ce pouvoir comme étant contraire au principe de séparation des pouvoirs et hésitait à l'appliquer contre l'administration²⁰⁸ . Le juge malgache refuse et rejette toujours toute requête qui tend à enjoindre l'Etat d'agir en vertu de la séparation des pouvoirs. En l'occurrence, le juge considère qu' « il n'appartient pas à la juridiction administrative d'adresser des injonctions à l'administration ou de se substituer à elle²⁰⁹ », qu' « il n'exerce

²⁰⁸ Gilles LEBRETON, « Cours de Droit Administratif général », Dalloz, 4ème éd, 2007, p 543.

²⁰⁹ CACS 19 décembre 1999 Rabarison Jausen c / CUA, in recueil de jurisprudence de la chambre administrative de 1977 à 2003 Ed Jurid'ika p 399

son contrôle que sur les décisions ou les activités de l'administration et non sur le comportement... »²¹⁰.

La venue de cette loi a mis fin, du moins en France, l'hésitation du juge qui est souvent motivée par le refus de s'immiscer au rôle de l'administration en tant que « juge administrateur ». Elle ne brise pas la séparation des pouvoirs mais intensifie la primauté du droit à travers la décision de justice. La loi donne une explication au juge que prononcer une injonction pour l'exécution des décisions juridictionnelles fait partie de la fonction de juger.

Le mécanisme de l'injonction veut qu'il y ait une demande des justiciables pour l'exécution d'une décision de justice. Le Tribunal Administratif, les Cours Administratives d'Appel et le Conseil d'Etat peuvent recourir à l'injonction s'ils s'avèrent nécessaire pour assurer une décision juridictionnelle même de référé. Ces injonctions sont d'autant plus remarquables qu'elles peuvent être insérées dans le dispositif même du jugement (ou de l'ordonnance) dont elles visent à assurer l'exécution²¹¹. Ainsi, l'injonction sert : « à prescrire l'accomplissement, dans le délai fixé par le juge, soit d'une mesure d'exécution dans un sens déterminé, lorsque le jugement place l'administration dans une situation de compétence liée, soit il est dans une situation de compétence discrétionnaire pour une nouvelle instruction²¹². » En matière de voie de fait, de l'emprise irrégulière et certaine atteinte à la propriété privée, le

²¹⁰ CACS 11 septembre 2002 *Commune d'Andoharanofotsy c/ Délégué administratif d'arrondissement d'Andoharanofotsy*, in *recueil de jurisprudence de la chambre administrative de 1977 à 2003* Ed Jurid'ika p 514.

²¹¹ Article L. 8-2 et 8-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative << Art. L. 8-2. - Lorsqu'un jugement ou un arrêt implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, saisi de conclusions en ce sens, prescrit cette mesure, assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution, par le même jugement ou le même arrêt.

²¹² Article. L. 911-1 et L. 911-2 du Code de Justice Administrative Français

juge judiciaire prononce l'injonction de faire ou de ne pas faire à l'encontre de l'administration²¹³.

En France, cette loi a connu une effectivité immédiatement à travers la jurisprudence du « conseil d'Etat du 04 juillet 1997 Epoux Bourezak » : injonction de délivrer à un étranger un visa d'entrée. Cet arrêt étant comme une expérience pour la justice administrative en matière d'injonction et à contribuer à l'explicitation du mécanisme d'injonction²¹⁴. On propose donc d'instaurer l'injonction à Madagascar pour faire régner l'Etat de Droit et pour rendre effective la décision de justice qui se trouve vidée de leur exécution très considérable comme mentionnent les juges administratifs Malgaches²¹⁵.

Section II : Le contrôle de l'exécutif et du citoyen

Pour appliquer la règle : « le pouvoir arrête le pouvoir », l'exécutif doit disposer des moyens pour contrôler le juridictionnel pour qu'il n'en abuse pas et pour ainsi favoriser l'équilibre qui en devrait être. La Constitution Malgache prévoit déjà les Inspections Générales de la Justice. Ainsi, pour conforter cette exigence de contrôler le pouvoir judiciaire, il serait nécessaire d'instaurer le mécanisme de contrôle des citoyens par le jeu de la redevabilité.

Paragraphe 1 : Les Inspections Générales de la Justice

Cette Inspection est déjà prévue depuis la Constitution initiale de la Troisième République, mais n'a pas vu le jour jusqu'à maintenant. La Constitution de la Quatrième République aussi prévoit l'instauration de cette inspection dans son article 112. Pour que cette inspection puisse faire ses attributions en toute effectivité et de respecter le contrôle

²¹³ Pascale GONOD « Annales Droit Administratif » édition Dalloz, p 68

²¹⁴ Voir, *Compte rendu du Colloque organisé dans le cadre de la Conférence nationale des présidents des juridictions administratives sur le thème : « L'injonction, l'exécution du jugement, la loi du 8 février 1995 après vingt ans de pratique – Réflexions sur l'effectivité des décisions du juge administratif »*, Faculté de Droit de Montpellier, p 05.

²¹⁵ RAZAFINDRAKOTO Andriantojo « Etat de droit et exécution des décisions définitives du juge administratif » in LANJAMIRA n°0002, p01, *Lettre d'information Bimestrielle du conseil d'Etat de la cour suprême*. Septembre – octobre 2012.

réci-proque dans le jeu de la séparation des pouvoirs, il faut réformer la composition et le fonctionnement de cette organe.

A. De sa composition :

Selon l'article 112 de la Constitution : « L'Inspection Générale de la Justice, composée de représentants du Parlement, de représentants du Gouvernement, de représentant du Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'Etat de droit, et de représentants de la Magistrature,... »²¹⁶. De part le raisonnement qu'on suit, il faut que l'IGJ soit indépendante de la magistrature et devrait être sous la subordination de l'exécutif. L'IGJ doit être composée des représentants du Gouvernement issus de l'IGE, aussi éventuellement des représentants du parlement, pour qu'elle soit idéale.

B. De son attribution

La Constitution en vigueur dispose : « L'IGJ est chargée de contrôler le respect des règles déontologiques particulières aux magistrats, ainsi que les agissements du personnel de la justice. Elle est rattachée à la Présidence de la République... » Elle devra contrôler le fonctionnement de la justice en général. Elle devra constituer un observatoire du fonctionnement des juridictions en matière de délai de jugement et des moyens matériels. Mais elle n'a pas le pouvoir de contraindre, ni d'accélérer la procédure ou le procès, mais constate le comportement de la justice et porte plainte devant la Cour Suprême en cas de disfonctionnement. Elle peut donner son avis à la CS et le CSM sur le fonctionnement de la Justice. A part ses contrôles, elle devra aussi composer des contrôleurs d'exécution des budgets de la Justice. Elle devra faire de compte rendu devant le Président de la République. En cas de manquement ou en cas de saisine par le Président de la République, le Parlement, le Gouvernement, les Chefs de Cour, les associations légalement constituées et toute personne justifiant d'un intérêt, les doléances devraient être soumises au CSM pour que ce dernier fasse des enquêtes et statue sur les règles disciplinaires. Pour les autres personnels, elles saisissent la CS pour que cette dernière déclenche la poursuite administrative et disciplinaire.

Paragraphe 2 : Contrôle de la prééminence judiciaire par le citoyen dans le jeu de la redevabilité.

²¹⁶article 145, Constitution de la Quatrième République

Dans ce contrôle de la fonction juridictionnelle, c'est essentiel en vertu du principe que le peuple souverain est source de tout pouvoir. Comme JD Bredin dit : « l'indépendance n'a pas pour corollaire l'irresponsabilité²¹⁷ ». Aussi vu le propos de Papa Oumar Sakho : « l'instauration d'un pouvoir judiciaire indépendant mais contrôlé, conformément aux réquisits d'une société démocratique, ne réside pas seulement dans le renforcement du contrôle interne à la magistrature, mais dans l'instauration d'un contrôle élargi aux citoyens²¹⁸ » il est nécessaire donc que le citoyen fasse le contrôle de la justice. Il est aussi interdit au juge de statuer « Ultra Petita » et « Infra petita ».

Ce contrôle du pouvoir judiciaire par le citoyen est motivé par le jeu de la redevabilité du juge contrepartie de son indépendance vis-à-vis de l'exécutif. La redevabilité qui se définit comme l'obligation pour les détenteurs du pouvoir de rendre des comptes ou d'assumer la redevabilité de leurs actions. Richard Mulgan reconnaît à la redevabilité trois éléments centraux : « elle est externe, en cela qu'il faut rendre des comptes à une autre personne ou instance extérieure à la personne ou instance tenue pour responsable; Elle implique une interaction sociale et un échange, en cela qu'un côté, celui qui demande des comptes, cherche des réponses et des rectifications tandis que l'autre, tenu responsable, répond et accepte les sanctions; Elle implique un droit d'autorité, en cela que ceux qui demandent des comptes assument l'autorité supérieure sur ceux qui les rendent ». Mais rendre des comptes où et à qui? L'article 106 de la Constitution en vigueur en est la réponse : « Dans la République de Madagascar, la justice est rendue, conformément à la Constitution et à la loi, au nom du Peuple malagasy, par la Cour Suprême, les Cours d'Appel et les juridictions qui leur sont rattachées ainsi que la Haute Cour de Justice. » Confirmée par la loi 2004 036 : « Les arrêts sont rendus « Au nom du Peuple Malagasy »²¹⁹.

La décision est donc rendue au nom du peuple par application de la loi, mais non au nom du pouvoir exécutif. Le supérieur hiérarchique du détenteur du pouvoir judiciaire est donc le peuple observateur. Les juges ou les observés sont redevables devant les peuples. Ils

²¹⁷ Jean-Denis BREDIN « Un gouvernement des juges » p 84 in *Pouvoirs* n°68

²¹⁸ Intervention de Papa Oumar SAKHO in *Pouvoirs* n° 129 p 63.

²¹⁹ Article 195 de la loi organique 2004-036 relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois Cours la composant

sont tenus d'appliquer la loi, de bien motiver leur décision et d'exercer leur travail conformément à l'attente et à l'aspiration du peuple. C'est la justice au service de la nation. Les peuples vont donc exercer leur contrôle, mais compte tenu des difficultés de l'exercice de ce contrôle, l'institution juridictionnelle doit être tenue de rendre public, accessible et lisible sa décision. Accessibilité et lisibilité qui rendent le juge responsable, honnête et performant. La rendre aussi plus compréhensible la décision car la plupart des citoyens malgaches ont du mal à définir la teneur de la décision de justice « c'est la justice plus proche du peuple : justice de proximité », c'est le corollaire même de la redevabilité. Il faut prévoir la publication des décisions jurisprudentielles et faciliter leur accès au public pour être lues « Lorsque les juges facilitent l'accès matériel aux décisions de justice, lorsque les décisions (...) sont publiées, (...) signifie qu'ils sont des auteurs lus²²⁰ » et la lecture de la jurisprudence veut dire le contrôle par le grand public. Ce contrôle incite les magistrats à plus d'objectivité et de précision, dans la mesure où leur décision pourra faire l'objet de commentaire et de critique. La publicité des décisions substitue en bien avec le rôle doctrinal. Elle entre aussi dans le rétablissement de l'image de la justice²²¹. La redevabilité joue sur la transparence et la performance, dans la lutte contre la corruption que ça soit pour l'institution judiciaire ou pour le gouvernement.

Il n'y a jamais un risque de Gouvernement des juges dans notre tentative de démythification car on n'octroie jamais au juge de prendre une décision à caractère politique générale de l'ensemble de l'Etat²²² mais seulement au niveau de la juridiction. Mais le Gouvernement des juges existe quand « Une question politique n'est pas gérée directement par la classe politique mais par un tiers (la juridiction constitutionnelle).²²³ ».

²²⁰ Faratiana ESOAVELOMANDROSO « Jurisprudence et doctrine, juge et universitaire » in *Annales DROIT 3* « actes de colloques « promotion de droit et justice administrative » 2014 p 62.

²²¹ *Revue de la recherche juridique « Droit positif »* Facultas Juris – Aquarium Sextiarum Massiliseque XXXVII-, Ed PUAM, 2014, p 1443

²²² *Il y a mise en place d'un Gouvernement des juges quand la Cour Suprême, siégeant au sommet de la hiérarchie des tribunaux, prendra désormais des décisions importantes de politique générale qui sont exclusivement prérogative du pouvoir gouvernementale.*

²²³ *In les juridictions Constitutionnels et les crises, 5eme congres ACCPUF p50*

CHAPITRE III : LA VÉRITABLE PRÉMISSSE A LA REFONTE DES RAPPORTS

Les textes ont beau décrit et garanti l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'encontre du pouvoir exécutif. Cependant, si les hommes qui l'animent et l'incarnent ne sont pas vertueux et soucieux de cette valeur, tout est vain. Toute tentative n'est qu'une réforme palliative s'il n'y a pas cette véritable prémissse de recommandation. Une prémissse qui a pour but d'édifier l'Etat de droit et de respecter la séparation de pouvoirs garant de la liberté. Pour se faire, il est primordial d'assainir la profession des magistrats, puis de réglementer et de sanctionner les pratiques politiques malsaines des gouvernants.

Section I : L'Assainissement de la profession des Magistrats

Les dénonciations sont faites par le Juge sur l'immixtion du pouvoir exécutif dans leur fonction quand le Juge déclare de vouloir s' « opposant à toute ingérence de l'Exécutif et du Législatif dans le fonctionnement normal de la Justice ²²⁴ ». Néanmoins les dénonciations lorsqu'elles ne sont pas suivies des actions orientées vers une éradication, l'indépendance de la justice restera à jamais un mythe. La séparation des pouvoirs n'est qu'un principe qui ne s'applique que sous son ombre. Pour se faire, il faut posséder cet assainissement interne tellement nécessaire et une intervention externe pour appuyer la Justice.

Paragraphe 1 : Assainissement interne rattaché à la personne

Le Président du SMM a reconnu que « comme tout autre corps de la fonction publique, certains magistrats abusent de leurs pouvoirs et certains sont exposés à la corruption, fragilisant par leurs comportements tout le système judiciaire malgache. » C'est pour cette raison qu'il est de recommandation première l'assainissement interne du corps judiciaire. Comme écrivait Aristote « la justice est un juste milieu si du moins le juge en est un ». Le juge doit, dorénavant, confronter à sa propre conscience avec celle du justiciable et des auxiliaires de la justice. Pour une justice saine donc, il faut valoriser cette fonction et le juge conscient doit respecter son éthique et la déontologie.

²²⁴ *Paragraphe 1 résolutions issues des assises des magistrats le 08, 09 et 10 février 2012.*

A. Valorisation de la fonction juridictionnelle

La personne qui exerce ou détient ce pouvoir juridictionnel doit être méritant et se comporte de façon digne dans l'exercice de leur fonction. Le vrai changement commence dès lors par soi-même. En étant conscient de ce dernier, le juge doit respecter son travail, doit se respecter entre eux. Pour garantir l'indépendance de la justice, il est le premier à garantir son indépendance en essayant d'éviter toute tentative ou manœuvre qui va la corrompre. Le juge doit dénoncer publiquement toute pression extérieure et dire d'où il provient s'il en faut. La rigueur des magistrats dans l'exercice de leur fonction est tellement souhaitable, voire imposé.

Compte tenu de leur fonction et compétence, ils devront tous avoir le droit à la formation et obligation de formation. Il faut consacrer ce droit et obligation dans des textes législatifs. Des formations qui devraient être de deux semaines à un mois par année civile ou judiciaire avec des formations théoriques et pratiques intensifiées au niveau des débutantes. Une nécessaire formation spécialisée sera meilleure pour les magistrats spécialisés comme celle de l'instruction, le Juge de l'enfant, le Juge des vols de bovidés, les magistrats appelés à une assistance. Avec des formateurs compétents intérieurs et/ou extérieurs, en général, il faut organiser des formations adéquates et pertinentes répondant aux besoins des différentes fonctions exercées au sein de la magistrature que chaque magistrat peut effectivement bénéficier de leur droit à la formation, dans le souci de bonne qualité de justice.

Honorer les magistrats qui excellent dans l'exercice de leur fonction, grâce à leur dynamisme et la qualité du produit de leur jugement pour les motiver et inciter les autres. S'il en faut, évaluer le patrimoine du Juge pour pouvoir suivre son évolution. L'obscurantisme doit être cessé au niveau de la justice et il faut cultiver la transparence et la célérité. La Cour Suprême devrait faire une évaluation des systèmes judiciaires à partir d'une évaluation individuelle des magistrats, puis du travail annuel. A notre ère de la technologie moderne, il est nécessaire d'informatiser l'ensemble de la fonction juridictionnelle, **de** développer l'information de la justice en ligne en suivant le progrès technique.

Il faut savoir que pour faire fonctionner ou valoriser le système juridictionnel, il n'incombe pas tout simplement aux magistrats mais à l'ensemble de tous les personnels qui font tourner la machine judiciaire. Il faut que ces agents auxiliaires aussi adoptent des comportements sains et dignes de l'institution juridictionnelle car ce sont eux les premiers qui entrent en contact avec les citoyens et les usagers de la justice. Des politiques saines et

efficaces doivent-être menées sur l'ensemble de l'administration de la justice donc de la bonne gouvernance judiciaire.

- Rapport juge et axillaires de justice.

Il faut une mutuelle collaboration, confiance et respect réciproque entre le juge et les auxiliaires de la justice pour sa bonne marche et la bonne gestion de la justice²²⁵. Cette mutuelle collaboration et ce respect devraient être instaurés pour redorer la justice car ces auxiliaires font partie de ceux qui mettent en mouvement la justice. Il faut arrêter et cesser la complicité, qui aggrave le marchandage au niveau de la justice entre les avocats et le juge. Il faut que les avocats soient à la mesure de l'attente des justiciables concernant la célérité de procédure car les avocats aussi dès fois retardent la procédure judiciaire. Il faut qu'ils aident les magistrats dans la facilité et libre accès dans la justice, de promouvoir les principes et les déontologies qui régissent les deux ordres. Entre les juges et les huissiers de justice, il faut qu'ils exécutent en bien leurs pouvoirs et les décisions de justice car ce sont les premiers qui s'entretiennent avec les citoyens. Du respect mutuel et du respect de la hiérarchie entre le juge et l'officier de police judiciaire. Avec les greffiers, la confiance et le travail mutuel doivent être aussi instauré et suivis de l'amélioration des conditions de vie et de travail des greffiers. Il serait préférable de prévoir des codes de conduites et d'éthique pour les greffiers et élaborer un plan de gestion de leur travail pour infiltrer la corruption sur les greffiers.

- Rapport entre juge et personnel de la justice.

Il faut une bonne conduite entre les magistrats et les personnes qui administrent la justice. Il ne faut pas que l'un se pose comme des maitres en faisant l'autre comme son domestique. Il faut améliorer les conditions de vie et de travail du personnel judiciaire, éviter toute tentative et sanctionner les personnes qui font l'intermédiaire au niveau de la justice et qui corrompt et brise les règles de procédure.

²²⁵ Assises nationales du Barreau de Madagascar à Anosy 27 au 29 aout 2014 consulté sur <http://www.lexpressmada.com/blog/actualites/justice-la-corruption-au-banc-des-accuses-1660/310decembre2014/14:30>, Mr Hubert Raharison, bâtonnier de l'ordre des avocats de Madagascar énonce que les relations entrent les avocats et les magistrats ne sont pas dans le meilleurs conditions possibles.

- Rapport entre juge et les citoyens ou usagers

Les usagers et les citoyens sont les premiers qui devraient bénéficier du bon fonctionnement de la justice. Il faut que le juge motive bien ses décisions pour que les usagers et les citoyens y voient en claires. Il faut que le juge respecte les requérants devant la justice. Il faut faciliter l'accès aux usagers, garantir sa liberté et sa gratuité, éviter toute influence qui peut conduire le juge en erreur. Le principe contradictoire doit être respecté, tout en améliorant l'audience publique, jusqu'à la prise de décision définitive. Les décisions de justice devraient être publiées les décisions de justice afin que le peuple puisse savoir le raisonnement de la justice, et publier aussi tous les rapports de travaux annuels ou trimestriels, corollaire de la redevabilité du juge. Des échanges et campagne de sensibilisation devraient être multipliées par le biais des rencontres et colloques entre la justice et le citoyens, le juge et les autorités pour qu'ils sachent les procédures en justice (demander de communications s'il en faut pour apprendre les justiciables de la procédure devant la justice) c'est-à-dire donc de favoriser l'assistance précontentieuse. Le juge peut être sollicité par les autorités pour définir les politiques étatiques. Il faut donc rendre effective l'aide juridique et judiciaire au service de développement de la nation.

B. Respect de l'éthique déontologique

Pour redorer le blason des magistrats malgaches, et pour avoir leur indépendance, il faut que le juge, d'abord, voire son indépendance vis-à-vis de lui-même avant de la comparer avec celle des autres personnes ou des pouvoirs. En outre, pour gagner la crédibilité, l'indépendance doit émaner des personnes ayant la charge de rendre la justice dans le pays. C'est une question qui se rattache à la personne du juge avant tout. Il faut que le juge ait conscience de son rôle trop essentiel et pertinent pour l'équilibre de la société. Pour ne pas faire perdre son rang éminent qui est la condition de son crédit et de son prestige, il faut que les magistrats respectent règles par règles ou littéralement leurs codes d'éthiques et déontologiques, aussi les engagements qu'ils ont pris.

Le serment « *Mianiana aho fa hanatanteraka an-tsakany sy an-davany ny andraikitra 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 »*²²⁶, repris dans leur code de déontologie, impose un ensemble de devoirs et principes dont les juges doivent respectés. Différents principes sont prévus dans le code de déontologie des magistrats à savoir « le principe d'indépendance, d'impartialité, de convenances, d'égalité, de transparence, de compétence et diligence ²²⁷» Ces règles sont posées pour affermir la confiance des justiciables. Nous recommandons d'insérer dans ce code le principe qui est aussi essentiel celui de l'intégrité et la probité, l'efficacité, la célérité et la légalité, l'obligation des réserves. La légalité veut la soumission du juge à la loi, d'appliquer la loi et dire le Droit. Il faut qu'il soit donc au nom de l'intérêt supérieur du droit avant l'intérêt supérieur de la nation sauf si la loi l'exige. Il faut que les codes de déontologies des magistrats soient élaborés par des services plus compétents tout en reconnaissant les attentes des juges et la conformité avec les normes internationales, afin que les magistrats soient responsables des actes qu'ils ont pris et les sanctions qui s'exposent devant eux, tout manquement au code doit être sujet à des sanctions disciplinaires par le CSM, civiles et pénales par la justice. Ces principes et ces sanctions du manquement sont pris pour réaliser une justice convaincante comme disait Goethe : « Celui qui reconnaît consciemment ses limites est plus proche de la perfection. La mise en œuvre efficiente du système de contrôle est le garant de la régularité de l'ensemble des fonctions juridictionnelles.

Paragraphe 2 : Assainissement et intervention externe

L'assainissement de la justice ne devrait pas être fait exclusivement à l'intérieur de la justice. L'indépendance de la justice doit également être garantie du point de vue des extérieurs avec leur critique et compétence en matière juridique. Le monde extérieur, qui de loin et de près contribue à l'amélioration de la fonction juridictionnelle. Ce monde extérieur a un lien direct avec la fonction juridictionnelle concernant le recrutement (par voie de concours des magistrats) et le rôle doctrinal qui est aussi pour les connaisseurs faisant partie de source de droit et source des connaissances théoriques et pratiques pour les futurs et déjà magistrats grâce à leurs thèses.

A. Le recrutement du juge et l'Enmg

²²⁶ Article 21 de l'ordonnance N° 2005-005 du 22 mars 2006 portant loi organique relative au Statut de la Magistrature.

²²⁷ Voir le décret N° 2005-710 du 25 octobre 2005 portant Code de Déontologie des Magistrats

Comme dit D. Rousseau : « L'indépendance de la justice se mesure(...) à l'existence d'une formation propre à la fonction de juger.²²⁸ » La formation propre à la fonction de juger commence par l'école propre à tous les magistrats. Pour Madagascar c'est l'ENMG. L'école doit assurer une préparation adéquate à l'exercice d'une fonction judiciaire. Une direction et école avec des formateurs compétents vertueux et talentueux, dignes et être une bonne image des seront souhaitables. L'école doit être dotée des matérielles nécessaires pour accomplir sa fonction de créer des futurs magistrats. L'école est le premier qui devrait construire l'indépendance du juge, de ce fait il faut garantir d'abord l'Indépendance des formateurs (Les formateurs nommés selon « En procédant à un appel à candidature pour la nomination du Directeur Général et des Directeurs de l'ENMG, en faisant preuve de transparence pour la nomination du Conseil d'Administration de l'Ecole.²²⁹») et de l'école elle-même. L'école doit être rattachée directement à la Cour Suprême.

A propos du recrutement, il est désirable d'avoir une logique de recrutement fondée sur des critères rigoureux sous les conditions prévues par la loi. Nous tenons sur une chose la question de moralité. Sur ceux, on propose l'enquête de moralité sur les candidats qui ont réussi la première étape du concours c'est-à-dire la présélection. Cette enquête de moralité doit être faite auprès du « Fokontany » et de l'école ou établissement où viennent les candidats. Cette disposition est faite pour savoir si on est en présence des personnes intègres, sérieuses et honnêtes pour garantir la fonction judiciaire.

B. Rôles doctrinaux

Inséparables avec le judiciaire, la doctrine n'entre tout simplement pas dans le cadre de l'assainissement de la justice, mais elle entre également dans la collaboration qui devrait être continue dans la production des droits en premier lieu, dans l'élargissement des compétences des magistrats, puis dans l'éclaircissement des décisions de justice pour assurer une meilleure justice. En tout, la doctrine joue un rôle essentiel pour le pouvoir judiciaire sur son épanouissement pour garantir la protection des droits aux peuples. Les universitaires devraient apporter des raisonnements nouveaux à l'ensemble des pouvoirs publics grâce à

²²⁸ Dominique ROUSSEAU In « Indépendance de la justice » p°1.

²²⁹ Résolutions n°4 de l'assise nationale des magistrats le 08, 09 et 10 février 2012 au Centre de Conférence Nationale Ivato.

leurs commentaires et leurs réflexions allant vers une perspective de meilleure législation et de prise de décision future par les différentes institutions²³⁰. Ces rôles doctrinaux n'arrêtent pas tout simplement sur le pouvoir judiciaire mais restent des autres institutions de l'Etat pour le pays.

L'institution judiciaire devra montrer sa bonne volonté de contribuer, suivie d'une action concrète avec les universitaires pour donner une production efficace²³¹. Pour se faire, il faut multiplier des différentes rencontres, et la publication des décisions de justice pour être assujetti à des commentaires. Cette recommandation est justifiée par la nécessité de l'universitaire d'une part et des citoyens d'autre part²³². L'intervention de la doctrine éclaire le juge dans sa décision. Cette décision du juge est aussi un système de contrôle « une avant-garde mais aussi de garde-fou contre les décisions iniques et les lois injustes²³³ à l'appui du contrôle déjà exercé par l'exécutif, mais le premier porte sur sa fonction et le second porte sur sa décision. Avec le contrôle de ces 2 entités des lors on ne peut pas imaginer un Gouvernement du juge, si on octroie le pouvoir nécessaire pour l'appareil juridictionnel.

Section II : La réglementation et sanction des pratiques politiques

Jadis la présidence et la Cour Constitutionnelle sont dites des pouvoir neutres. Est-ce encore le cas actuellement²³⁴ ? C'est plus mis à jour vue la personnalisation des pouvoirs à perpétuels répétition à Madagascar. Le non respect de la loi par les dirigeants supprime l'existence de l'Etat de droit et provoque des crises cycliques. Pour ce faire, il faut dresser des

²³⁰ Intervention de Rita RAZAKANAIVO in « Le chœur à deux voix existent-ils toujours », « L'administration devant son juge » Journée de réflexion sur les relations entre la juridiction et l'Administration. Edition jurid'ika 2008 p 61

²³¹ On a fait cette recommandation parce que les universitaires constatent une fragilité entre la relation des juges et universitaires comme Faratiana ESOAVELOMANDROSO souligne « lien entre les juges malgaches et les universitaires malgaches, ce lien qui reste fragile car souvent il semble être fait de méfiance... » in Annales DROIT 3 « Actes du colloques « promotion du Droit et justice administrative » p 59

²³² Faratiana ESOAVELOMANDROSO « Jurisprudence et Doctrine, Juge et Universitaire » in annales DROIT 3 « actes de colloques « promotion de droit et justice administrative » 2014 p 61.

²³³ Définition sur le rôle de la doctrine in Wikipédia, cité par Esoavelomandroso F in « Jurisprudence et doctrine, juge et universitaire » in annales DROIT 3 « actes de colloques « promotion de droit et justice administrative » 2014 p 61.

²³⁴ Sandrine BAUME « de l'usage des pouvoirs neutres » in Pouvoirs 143 p 18

codes d'éthiques politiques qui devraient prendre en compte le respect par les gouvernants des principes démocratiques dans un Etat de Droit jaloux des protections des libertés fondamentaux. Aussi, il faut prévoir des sanctions prononcées par la justice en cas de manquement de l'éthique.

Paragraphe 1 : Dresser le Code d'éthique politique

Notre étude et notre effort d'harmonisation institutionnelle sont handicapés si les acteurs politiques demeurent imperméables à toute refonte de l'esprit. Selon le propos du président de la République Malgache « le problème fondamental dans la justice malgache est le respect de l'éthique et de la déontologie. Il a reconnu qu'il est quelque part également question des moyens sinon de garantie pour l'exercice de manière indépendante des fonctions des cadres dans la Justice.²³⁵ » C'est pareil aussi pour les gouvernants ou l'exécutif en général. Le problème pour les gouvernants c'est le sens du respect de l'éthique politique qui provoque la dégradation de la nation en général. Le non respect de la loi et l'instrumentalisation de la justice par ses dirigeants affectent en premier lieu la crédibilité du juridictionnel bafouée. Comme l'article 2 de la loi organique 2012-006 prévoit « ... l'exigence de comportement exemplaire de tous les acteurs politiques est une priorité pour l'ensemble de la Nation.²³⁶ »

Dans son article 4, la loi prévoit la soumission des acteurs politiques au respect des libertés fondamentaux. L'article 6 prévoit l'engagement de tous les politiciens pour ne pas instrumentaliser l'administration et de respecter l'indépendance de la justice. Cette loi s'avère prise pendant la Transition de 2009 à 2013 et les dirigeants de la quatrième république semblent oubliés l'existence de ce texte législatif. Il faut redéfinir cette loi tout en insérant des sanctions sévères pour son manquement. Il serait nécessaire de recommander qu'aucun indépendant ne participe plus à une élection politique quelconque à Madagascar. Ce n'est pas

²³⁵ *Propos du Chef de l'exécutif lors d'un atelier de restitution de l'étude sur « les dysfonctionnements et propositions d'amélioration du fonctionnement de la chaîne pénale pour la restauration de la confiance de la population envers la chaîne pénale ». Le vendredi 09 mai 2014 in Madagascar-Tribune a consulté sur <http://www.madagascar-tribune.com/Restauration-de-la-confiance-de-la,19922.html>*

²³⁶ *Article 2 de la loi 2012-006 portant Code d'Ethique et de Bonne Conduite Politique des Acteurs Politiques pendant la Transition.*

une restriction à la liberté fondamentale, cependant, il faut mettre à la place ce qui y doit être. Les partis politiques devraient être la formation ou l'école politique et l'école d'éthique de tous futurs dirigeants politiques. Le changement de parti ne doit pas être fait pendant l'exercice du mandat pour préserver le choix du peuple et la stabilité institutionnelle. Il est interdit à tous les politiciens de se prétendre candidats à tout les élections s'ils ne détiennent pas des documents contenant son projet de société. Le projet de société doit être approuvé par le parti où ils viennent et la présentation de ce document fait partie des conditions d'acceptations de la candidature. La Constitution devrait être la bible d'un Président de la République qui accepte d'être sujet à des questions que le peuple lui doit poser devant le juge à la fin de son mandat.

Paragraphe 2 : Sanction des dérogations du principe

La loi organique 2012 006 portant code d'éthique et de bonne conduite politique des Acteurs Politiques pendant la Transition, devrait être redéfinie actuellement tout en prévoyant des sanctions en cas de manquement des dispositions stipulées par celle-ci. Elle ne prévoit que des engagements que devraient faire les politiciens alors que tous ne respectent pas leurs engagements dans la nécessité des sanctions. Il faut prévoir des sanctions pécuniaires d'un an de salaire en cas de manquement de l'une des dispositions. Il faut prévoir des sanctions pénales en cas de récidive ou de la violation répétée à part les actes qui sont pénalement répressibles par cette loi. Il faut l'arrêt systématique par les politiciens de toute immixtion dans l'exécution des décisions de justice, sous peine de poursuite judiciaire à l'encontre des éventuels auteurs. En cas de corruption, tentative de corruption et de détournement des deniers publics, il faut prévoir une sanction la plus sévères possible comme le paiement 3 fois des sommes détournés ou des sommes incitant la corruption avec emprisonnement deux fois de son mandat.

CHAPITRE IV : L'ÉVOLUTION INTERNATIONALE DES RAPPORTS

On constate que le rapport entre l'exécutif et le juridictionnel sont loin d'être à ceux qu'entend le principe de la séparation et l'Etat de Droit. Il est encore loin de ceux qu'attend aussi le peuple. Quid alors sur le plan international ? Cette étude comparée va nous servir de guide pour enrichir et pour réfléchir sur nos visions de l'avenir de la collaboration des pouvoirs Malgaches.

Section I : L'efficacité de la justice et la puissance du juge

Notre étude sur cette efficacité de la justice face à l'exécutif se focalisera en France, qui est toujours incontournable dans le droit comparé et qui est toujours une référence pour le Droit malgache à cause de la similarité du système et le rattachement historique. On va étudier aussi celle de l'Italie qui est marquée par une évolution surprenante sur le fonctionnement judiciaire et enfin on va voir la similarité des cas africains avec celle de Madagascar.

Paragraphe 1 : Modèle de la séparation des pouvoirs exécutif et juridictionnel française et italienne

La France ne reconnaît pas le pouvoir judiciaire en tant que tel dans sa Constitution, et l'indépendance a sa propre conception de la séparation des pouvoirs. Cependant, en pratique, l'indépendance de la justice et l'indépendance du pouvoir judiciaire face au pouvoir exécutif ces trente (30) dernières années s'est exercée et s'est bien affichée et a connu une réussite. En Italie, depuis la révision constitutionnelle de 1948 et à partir de 1991 et 1992, le régime italien a connu une progression massive en matière de séparation et équilibre des pouvoirs entre l'exécutif et le juridictionnel.

A. Sources légales

1. Le cas français

La Constitution française de la Cinquième République refuse d'admettre le pouvoir juridictionnel. Elle énonce l'autorité judiciaire dans son titre VIII. Celle-ci a été faite dans

l'intention d'arracher le pouvoir du juge, jadis, qui gouvernait en France²³⁷. Cependant, la Constitution a largement exclu la politique dans le monde judiciaire en l'a protégée. Le fonctionnement du système est beaucoup plus indépendant par rapport à l'exécutif comme dit J Foyer « la Ve République a sacrifié au corporatisme dans une mesure qui n'est probablement pas sans danger, ni sans risque. Recrutement et avancement appartiennent désormais au corps lui-même, beaucoup plus qu'au ministre ». ²³⁸ Dans la révision constitutionnelle de 1993, elle consacre une rénovation du CSM plus indépendant dans son fonctionnement en dépit de certaine nomination et la présence de l'exécutif²³⁹. Surtout, la consécration du fonctionnement du CC est plus indépendante tant au niveau administratif que financier avec son fonctionnement plus porteur de changement. Pour Fabrice Hourquebie « la révision constitutionnelle de 2008 a reconnu implicitement le pouvoir juridictionnel en France »²⁴⁰. Le pouvoir judiciaire est usuel en France surtout avec l'instauration de la QPC ou question prioritaire de la constitutionnalité²⁴¹. La QPC ouvre à tous les citoyens le droit de demander ou de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un acte, c'est l'équivalent du contrôle par voie d'exception à Madagascar ou aux Etats-Unis selon l' article 61-1 de la Constitution française qui dispose que «Lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil Constitutionnel peut être saisi de cette question, sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation, qui se prononce dans un délai déterminé».²⁴²

²³⁷ Jean FOYER « La Justice : histoire d'un pouvoir refusé » in Pouvoir n°16 p 18

²³⁸ Jean FOYER « La Justice : histoire d'un pouvoir refusé » in Pouvoir n°16 p 26

²³⁹ Jean-Denis BREDIN « La réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993 nous dirait-elle que les temps vont changer ? (...) le nouveau Conseil de la magistrature invente un savant équilibre : il comprendra six juges élus d'une part, et de l'autre six autres membres qui ne sont pas juges (...). » Il n'énonce que cette balance « est-elle priée d'assurer à la balance de la Justice l'indépendance tant proclamée. Serait-ce le signe d'un bouleversement de l'équilibre des pouvoirs, la Justice-fonction promise à l'avenir d'un vrai pouvoir ? » Gouvernement des juges in Pouvoir n°68 p 80

²⁴⁰ Fabrice HOURQUEBIE « Quelques observations sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel en France » p 12

²⁴¹ Dominique ROUSSEAU « le Procès Constitutionnel » In pouvoir n°137 p 49

²⁴² Fabrice HOURQUEBIE « Quelques observations sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel en France » p 13

Avant le droit français ne consacre que le contrôle a priori, mais admet maintenant le contrôle a posteriori²⁴³. La France a sa propre conception de séparation des pouvoirs, mis à part la conception classique posée par Montesquieu des trois pouvoirs elle fonde sa conception sur la limitation des attributions de l'autorité judiciaire à l'encontre des autres pouvoirs constitués. Cette conception est la dualité de juridiction et elle reconnaît que la juridiction judiciaire et administrative. Cette dernière est compétente en matière de conseil et contrôle de l'acte administratif. Cette juridiction administrative voit son pouvoir conforté vis-à-vis de la puissance publique grâce au législateur. La législation française prévoit le système d'injonction pour faire exécuter la décision de justice²⁴⁴. Comme à Madagascar, les magistrats du parquet français sont soumis à la subordination hiérarchique du Ministre de garde des sceaux, cependant « la plume est servie mais la parole est libre ». L'indépendance de ces magistrats déboute « représentent l'exécutif »²⁴⁵ dans leur fonction et est assurée par « le Conseil Supérieur de la Magistrature. L'indépendance de ces magistrats est assurée aussi par la loi qui invite à ne pas poursuivre lorsque les requêtes formulées par le pouvoir exécutif sont faites dans l'intérêt personnel et non dans l'intérêt de la société. L'article 41 du CPP français donne un pouvoir propre au Procureur de la République de poursuivre avec ou contre l'ordre de son supérieur, « la poursuite engagée sans instructions ou contrairement aux instructions reçues, est régulière et valable. (...) leurs supérieurs ne peuvent pas se substituer à eux et poursuivre à leur place.²⁴⁶ La subordination est aussi limitée par la faculté pour les parquetiers de dire à l'audience publique leur sentiment personnel en formulant des réquisitions orales contrairement aux instructions écrites.

En France les dispositions constitutionnelles et légales ne suffisent pas à voir le degré de puissance et l'indépendance du pouvoir judiciaire. La pratique judiciaire française confirme le contrôle fort du juge à l'encontre de l'exécutif.

²⁴³ Dominique ROUSSEAU « le Procès Constitutionnel » In *Pouvoir* n°137 p 48

²⁴⁴ La loi 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative a instauré le système d'injonction qui permet au juge administratif de contraindre l'autorité administrative d'exercer ces pouvoirs à travers sa décision à l'encontre de la puissance publique.

²⁴⁵ Bernard BOULOC « *Procédure Penal* » P 142

²⁴⁶ Bernard BOULOC « *Procédure penal* » P 144

2. Le cas Italien

Contrairement à la France, le système judiciaire italien ne connaît qu'une unité de juridiction « garant de l'égalité de tous les citoyens devant la loi », à l'exception des tribunaux militaires et le Conseil Constitutionnel, à l'ensemble constitue la fonction juridictionnelle. La juridiction judiciaire appelée aussi juridiction ordinaire est exercée par les juges ordinaires, est répartie en secteur de compétence dans son fonctionnement (civil, pénal...). Son indépendance est garantie par le CSM italien «organe indépendant du gouvernement».²⁴⁷ Le CSM est institué par la Constitution. Elle est chargée de la gestion autonome des carrières des magistrats et l'ensemble des corps judiciaires dont leur composition lui donne largement une indépendance²⁴⁸. La magistrature italienne est quasiment indépendante et autonome vis-à-vis du pouvoir exécutif corollaire de ce que la loi constitutionnelle prévoit dans son article 101 : « La justice est administrée au nom du peuple. Les juges ne sont soumis qu'à la loi. » « La juridiction dérive donc de la souveraineté populaire ». Cette indépendance veut que la magistrature ne soit pas administrée dans l'évolution de sa carrière par l'exécutif²⁴⁹. Tous les Magistrats qu'ils soient du siège ou du Ministère Public sont inamovibles et ne reçoivent aucun ordre et subordination sans leur consentement, sauf disposition du CSM qui est le seul compétent pour les affectations d'office en cas de nécessité administrative.

Parmi les juridictions spécialisés, la juridiction administrative a pour compétence : le contrôle de la légitimité (et non pas du fond, entendu comme contrôle de l'opportunité) des actes administratifs. Le recours devant la juridiction administrative a pour but d'obtenir

²⁴⁷Le système judiciaire italien
www.csm.it/documenti%20pdf/sistema%20giudiziario%20italiano/france...

²⁴⁸ *Le Conseil Supérieur de la Magistrature italienne est «Présidé par le Président de la République, qui dans l'ordonnancement italien représente l'unité nationale et une garantie indépendante du pouvoir exécutif, le Conseil supérieur de la Magistrature est composé pour les deux tiers de magistrats élus par leurs pairs et pour le tiers restant par le Parlement, parmi des professeurs de droit et des avocats ayant au moins quinze ans d'exercice. » In Le parquet entre les influences du pouvoir central et des autorités locales Stefano MOGINI Lyon, 20 septembre 2002 Université Jean Moulin – Lyon 3 p3 Mission de recherche Droit et Justice / Octobre 2002 / Colloque : Parquet et politique pénale depuis le 19e siècle - Septembre 2002*

<http://www.gip-recherche-justice.fr>

²⁴⁹« Le système judiciaire Italien » publié en 1999 « informations sur l'organisation de la justice en Italie. » peut être www.csm.it/documenti%20pdf/sistema%20giudiziario%20italiano/france...

l'annulation juridictionnelle de l'acte administratif considéré comme vicié pour incompétence, violation de la loi ou excès de pouvoir.²⁵⁰ ». La Constitution italienne donne à la juridiction administrative non seulement la protection de l'intérêt légitime c'est-à-dire l'intérêt général mais aussi des droits subjectives c'est-à-dire les droits qui sont en relation directe avec la liberté des administrés ou la liberté individuelle. . La séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir juridictionnel en Italie est donc très respectée vis-à-vis de la loi.

3. L'Influence des Droits européens

A part l'apport de la Déclaration de Droit de l'Homme et du Citoyen de 1789, l'influence du Droit communautaire a bouleversé les rapports de pouvoir entre l'exécutif et le juridictionnel en France qu'en Italie. Ces influences ont accru considérablement le pouvoir judiciaire pour contrebalancer la prééminence de l'exécutif et pour rééquilibrer les relations. La Convention Européenne de Droit de l'Homme reconnaît le droit à un procès équitable dans son article 6 et le droit à un recours effectif devant la juridiction. Ces droits obligent les juges de contrecarrer la puissance exécutive au profit des droits fondamentaux. Le droit public Français a été le sujet de pénétration de ce Droit européen surtout en matière de contentieux administratif. La pénétration du droit européen dans le droit administratif a changé l'architecture institutionnelle de l'administration des Etats membres, mais aussi dans la prise ou l'élaboration de décision par la puissance publique. Cette élaboration est parfois soumise à une participation des citoyens. Le Droit européen a aussi bouleversé le fonctionnement du juge quand il prononce son jugement et son contrôle surtout en matière de proportionnalité²⁵¹.

Le droit de la police administrative dont la notion d'ordre public se trouve assouplie en faveur des libertés. Comme dit JD Bredin «On observera tous les bouleversements de notre société qui pourraient suggérer qu'effectivement des temps nouveaux appellent la Justice à un nouveau destin.»²⁵² Les différentes législations donnent de plus en plus le pouvoir au

²⁵⁰ « Le système judiciaire Italien » publié en 1999 « informations sur l'organisation de la justice en Italie. » peut être consulté www.csm.it/documenti%20pdf/sistema%20giudiziario%20italiano/france

²⁵¹ Jean Bernard AUBY « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public » Mission de recherche Droit et Justice, mai 2009 in Caire "Mutations de l'action publique et du droit public" p2, 4 et suivant...

²⁵² Jean-Denis BREDIN « Un Gouvernement des juges » p 80 in Pouvoirs n°68

juridictionnel entraînant de plus en plus un équilibre de pouvoir avec l'exécutif et une application effective du principe.

Le principe est la primauté du droit communautaire. Cette primauté oblige le juge national de l'appliquer intégralement et de faire tout ce qui est nécessaire pour écarter une disposition interne contraire, nonobstant tout obstacle législatif, administratif ou judiciaire. La primauté est fondée sur l'indispensable unité d'application du Droit Communautaire. Elle est désormais admise dans tous les ordres de juridiction et par l'ensemble des pays membres.

B. Sources jurisprudentielles

La séparation et la montée en puissance du pouvoir judiciaire à l'égard de l'exécutif se voient surtout dans la jurisprudence. Cette séparation a été tellement consacrée surtout par la jurisprudence grâce au Conseil Constitutionnel qui trouve son autonomie malgré sa nomination suivant une procédure particulière. La révision constitutionnelle de 2008 française, apporte une innovation sur la nomination des membres du CSM, surtout sur la nomination fait par le Président de la République qui ne peut être exercée qu'après avis public de la commission des lois de chaque chambre. En cas de vote négatif, il ne peut procéder à une telle nomination.

Le Conseil Constitutionnel à travers ses décisions, ses arrêts et ses avis, qui s'imposent au pouvoir public et les différentes juridictions, a renforcé le pouvoir juridictionnel en matière de séparation des pouvoirs. Le Conseil a d'abord affirmé que sa décision s'impose et a autorité de la chose jugée avec toute son étendue et force, en l'occurrence, la décision DC 16 Janvier 1962 loi d'orientation agricole. Il s'agit de l'annulation d'une loi inconstitutionnelle qui déroge la réglementation du prix agricole appartenant au pouvoir réglementaire, et défini ce qu'entend par pouvoir public « on doit entendre le Parlement, le Gouvernement et le Président de la République²⁵³ ». Il contrôle le respect du principe de la séparation des

²⁵³ « DC 16 janvier 1962 loi d'orientation agricole » in grands arrêts « les grandes décisions du conseil constitutionnel » p 172 et 165 dans la 7eme édition conformée par décision du CC 8 juillet 1989 « Invalidation d'une disposition législative méconnaissant l'autorité de la chose jugée affirmée par l'article 62 alinéa 2 de la constitution » « Considérant, (...), qu'aux termes de l'article 62 in fine de la Constitution : «les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles» ; que l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même. »

pouvoirs prévue dans la constitution « Sous la Ve République, il appartient au Conseil Constitutionnel de veiller à son respect par l'ensemble des pouvoirs constitués »²⁵⁴.

Le Conseil affirme la séparation des pouvoirs tout en affirmant implicitement que le troisième pouvoir appartient au judiciaire²⁵⁵. Il affirme aussi l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard du législatif et de l'exécutif sur le statut constitutionnel. Dans ses considérants : « l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement (...), de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence ». Il entend par substitution qu'aucune loi ou règlement ne fait obstacle dessaisissant une juridiction d'une affaire pendante devant elle²⁵⁶. Le conseil est connu aussi comme défenseur et régulateur des pouvoirs publics mais il a aussi un rôle très progressif dans la protection des droits et libertés fondamentaux de l'homme²⁵⁷. Le conseil a démontré son indépendance et le contre poids qu'il fait au pouvoir exécutif grâce à l'effectivité de sa décision. Ces comportements du Conseil ont influencé les autres juridictions car son indépendance est étendue sur l'ensemble de la fonction juridictionnelle française²⁵⁸.

On a vu la limite du pouvoir exécutif vis-à-vis du parquet en matière de poursuite pénale. On en assiste aussi surtout en France et en Italie qui ont traité beaucoup de procès sur des personnalités politiques et gouvernementales devant le juge. Le parquet français, vu sa subordination, ne se laisse pas avoir sur l'influence ou la gesticulation du pouvoir exécutif dans sa prise de décision. On va citer deux procès pour illustrer cette indépendance du

²⁵⁴ 2ème Congrès de la Conférence mondiale sur la Justice Constitutionnelle, Rio de Janeiro, Brésil, 16 au 18 janvier 2011 « Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et instances équivalentes » Rapport national français (novembre 2010)

²⁵⁵ « CC 23 mai 1979 » in Grands arrêts « les grandes décisions du Conseil Constitutionnel » p 407, 8ème édition

²⁵⁶ Décision « CC 22 juillet 1980 Validation d'acte administratif » in Grands arrêts « les grandes décisions du Conseil Constitutionnel » p 420, 422 et 425, 7ème édition.

²⁵⁷ M. Robert ETIEN In L'Office du Juge p 120 Les colloques Du Senat

²⁵⁸ CC 21 février 1992 et 29 Aout 2002 sur l'indépendance de la justice française qui est étendue sur l'ensemble de la fonction juridictionnelle.

pouvoir du juge face à l'exécutif. L'une c'est l'affaire Assassinat à Pau où deux aides-soignantes sont décapitées au sabre par l'un de leur patient « Romain Dupuy ». Le Procureur de la République requiert un non-lieu «psychiatrique» pour cause d'incapacité de discernement mental. Le Président Français de l'époque veut le droit au procès en faveur de la victime, et de traduire devant la justice un irresponsable mental au moment des faits. Selon son propos «En tant que chef de l'Etat, je dois veiller à ce que les victimes aient le droit à un procès (...) Je ne suis pas sûr que le non lieu soit parfaitement compréhensible pour un mari dont on a égorgé la femme ou par une sœur dont on a décapité la tête». Malgré cette gesticulation, la Chambre d'instruction de la Cour d'Appel de Pau avait examiné l'affaire en séance public et prononce « le non lieu à statuer »²⁵⁹. L'autre c'est l'affaire Chirac, où ce dernier est condamné par le tribunal correctionnel de Paris le 15 décembre 2005 pour "détournement de fonds publics", "abus de confiance" et "prise illégale d'intérêt" pendant qu'il est maire de Paris en 1990²⁶⁰. Il est condamné par la justice 15ans après. Ces procès démontrent la volonté du juge de saisir les politiciens.

On assiste à ces trente (30) dernières années, du moins en Europe, une justice qui s'est focalisée sur la criminalité des élites politiques, économiques comme centre de leurs préoccupations. Compte tenu des attentes de la société sur la gabegie financière et détournement des deniers publics par les gouvernants. Ceux-ci portent des coûts conséquents et indéniables sur l'administration publique. L'évolution montre qu'une intervention judiciaire est inévitable à cause de ces divers scandales politiques.

En Italie, les juges ont franchi la barre de leur dépendance politique par rapport à la France. Le système judiciaire Italien bénéficie d'une large autonomie de droit et de fait sur les questions de poursuite pénale. La justice est surtout saisie dans les affaires de corruption politique. L'affaire la plus célèbre est saisie par la Pool « Manu pulite » à Milan dont

²⁵⁹<http://lesactualitesdudroit.20minutesblogs.fr/archive/2007/12/15juger-les-fous-sagesse-et-gesticulation.html> Juger les fous: Sagesse et gesticulation

²⁶⁰Voir Le Monde.fr avec AFP | 15.12.2011 à 07h11 • Mis à jour le 15.12.2011 à 19h51 « Jacques Chirac condamné à deux ans de prison avec sursis in http://www.lemonde.fr/societe/article/2011/12/15/verdict-attendu-dans-l-affaire-des-emplois-fictifs-de-la-ville-de-paris_1618652_3224.html cf Procès Chirac : Anticor se félicite d'une décision historique [déc15 2011](http://www.anticor.org/2011/12/15/proces-chirac-anticor-se-felicite-dune-decision-historique/9/12/2015/14:23/) Par [Équipe ANTICOR](#) in <http://www.anticor.org/2011/12/15/proces-chirac-anticor-se-felicite-dune-decision-historique/9/12/2015/14:23/>

plusieurs parlementaires ont été interpellés²⁶¹. Cette intervention est une suite logique de la réforme pénale « code pénal » qui donne un large pouvoir indépendant au Procureur de la République italien. Le juge d'instruction est « aboli ». Le Procureur de la République a la marge de manœuvre pour saisir d'office d'une enquête, avec sa propre appréciation de l'opportunité des poursuites « priorisation des dossiers à traiter » et voire même obligatoire quand il a eu connaissance d'une infraction. Il détient l'OPJ sous son ordre, obéit et rend compte tout de suite dans l'exercice de pouvoir de police²⁶². La réforme du code pénal en 1989 engendre une tournure radicale dans la politique mais aussi judiciaire de l'Etat italien. L'affaire main propre ou mani pulite est l'un des manifestations de contrôle ou l'application de l'Etat de droit par le juge à l'encontre des impunités des dirigeants italiennes qui sont des parlementaires à cause du régime en place.

L'indépendance du juge ne se trouve pas totalement en Italie à cause du régime de régionalisation. Certains juges sont proches et sous la subordination du pouvoir en place dans d'autres régions. Cette mouvement des juges italiens, où ils ont osés risquer, est une grande manifestation première des juges d'exercer leur indépendance²⁶³.

En outre, en matière administrative, les juges français marquent leur point et fortifient leur office. Ils sont de plus en plus protecteur du droit subjectif c'est-à-dire du droit des individus dans leur décision tout en contrôlant minutieusement l'acte administratif²⁶⁴. Le contrôle est devenu effectif grâce à l'instauration de l'injonction (dicter à l'administration ce que doivent être les suites de l'annulation qu'il prononce²⁶⁵), qui rend effective leur décision.

²⁶¹ C'est le mouvement initié en Italie par les juges sur la lutte contre la corruption qui mine leur pays par les dirigeants politiques en collaboration avec des mafias. Le Pool Mani pulite est expliqué par Veronique PUJAS « « Le pool (groupe) des juges de Milan et le mouvement Mani Pulite (Mains propres) dont ils sont les initiateurs »

²⁶² Veronique PUJAS souligne : « Les pouvoirs judiciaires dans la lutte contre la corruption politique en Espagne, en France et en Italie » la section de police judiciaire « ne sont plus rattachés au ministre de l'intérieur. » P 48 corruptions en Italie.

²⁶³ Veronique PUJAS dite « Les pouvoirs judiciaires dans la lutte contre la corruption politique en Espagne, en France et en Italie », que ces juges sont des initiateurs qui incarnent un exemple d'émancipation pour tous leurs collègues européens ».

²⁶⁴ Cf CE, 04 juillet 1997 Epoux Bourezak »

²⁶⁵ Cf CE du 27 juillet 2001. Titran.

Encore, le pouvoir est renforcé grâce à la possibilité de moduler l'effet de leurs décisions d'annulation dans le temps²⁶⁶, le pouvoir de se substituer en cas de manque de base légale²⁶⁷, et en cas de défaillance des motifs²⁶⁸. C'est pourquoi Jean Marc Sauvé affirme que « Le temps de la « reconquête par le juge de ses pouvoirs de commandement »[2] s'est bel et bien accompli » par l'instauration de l'injonction²⁶⁹.

Tout ne veut pas dire qu'il n'y a plus d'immixtion ou d'empiétement de pouvoir par l'exécutif sur le judiciaire en France et en Italie, et que toute est dans la grande merveille. Il y a néanmoins des suspicions, comme dans l'affaire Cleastram qui est soupçonné d'une intervention du Gouvernement²⁷⁰. C'est pourquoi ce candidat du Modem à l'Elysée a également voulu que le Ministre de la Justice soit nommé par le Parlement : "Il faudrait que le Ministre de la Justice ne soit plus un ministre ordinaire, qu'il soit un Ministre dont la nomination soit soumise au Parlement, avec obligation qu'il obtienne une majorité de confirmation, une majorité plus large que la majorité habituelle", a-t-il dit. Ainsi(...) le ministre de la justice serait "non plus celui du Gouvernement mais celui de toute la Nation"²⁷¹. Ce propos montre que quelque part, il y a domination du pouvoir exécutif

Quoi qu'il en soit, l'indépendance n'est jamais définitivement acquise, néanmoins, elle s'installe progressivement vers le meilleur. Même le professeur Alioune Badara FALL ose affirmer : « Aujourd'hui, le juge français, par exemple, semble sortir définitivement de sa « fonction pratiquement nulle » que Montesquieu lui avait assignée, grâce à la hardiesse et à

²⁶⁶CE, 11 Mai 2004 Association AC et Autres, in *grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p 908-909.

²⁶⁷ Cf CE, 3 décembre 2003, El bahi.

²⁶⁸Cf CE, 6 février 2004, Mme Hallal. Arrêt considéré comme une grande avancée pour le droit des justiciables.

²⁶⁹ Jean Marc Sauvé ; Intervention du 5 septembre 2014 dans le cadre de la Conférence nationale des présidents des juridictions administratives qui s'est tenue à Montpellier. « L'injonction – la loi du 8 février 1995 après vingt ans de pratique » peut être consulté sur <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-injonction-la-loi-du-8-fevrier-1995-apres-vingt-ans-de-pratique>.

²⁷⁰ « Les récentes affaires ayant impliqué des hauts responsables de la vie politique (procès Clearstream, affaire Woerth-Bettencourt, Courroye) contribuent à alimenter le débat sur l'indépendance de la justice, taxée de ne plus être complètement garantie, au regard de la séparation stricte des pouvoirs.»

²⁷¹ http://www.village-justice.com/articles/local/cache-vignettes/L350xH168/jpg_balance-da14c.jpg

l'opiniâtreté avec lesquelles il procède à la moralisation de la vie politique (par des mises en examen successives d'hommes politiques de tous bords).²⁷²»

Paragraphe 2 : Le modèle africain

On va essayer d'étudier le cas du Benin qui consacre dans sa Constitution le pouvoir judiciaire et l'indépendance de celui-ci à l'encontre du pouvoir législatif et exécutif dans son article 125²⁷³. Elle sépare le Juge Constitutionnel du pouvoir judiciaire. Le Juge Constitutionnel semble avoir un rôle très essentiel dans la régularisation de la vie institutionnelle du Benin et dans la protection des droits fondamentaux dans l'édifice de l'Etat de Droit. Les membres de la Cour Suprême sont nommés par le Président de la République. Le Benin possède aussi un CSM dont la plupart des membres sont nommés par l'exécutif²⁷⁴. Cependant, cette nomination est suivie d'une large garantie de l'indépendance connue classiquement comme, l'incompatibilité et l'inamovibilité des juges du siège. Comme la plupart des Etats africains, l'indépendance de la justice Béninoise vis-à-vis de l'exécutif est encore à rechercher pour l'instauration de l'Etat de Droit. Il n'est pas épargné par le phénomène du mimétisme africain sur le rapport exécutif et judiciaire. Le judiciaire qui est encore à la merci de l'immixtion de l'exécutif dans son fonctionnement. Il est aussi gangrené par la corruption et l'incompétence manifeste des juges sur la protection des Droits de l'Homme contrairement à leur Cour Constitutionnel qui a « bâti une solide réputation

²⁷² Alioune Badara FALL in « *Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique* » p 310 publiée en juin 2003

²⁷³ Article 125 de la Loi N° 90-32 du 11 Décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin « *Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Il est exercé par la Cour suprême, les cours et tribunaux créés conformément à la présente Constitution.* »

²⁷⁴ « *Le CSM ou organes équivalents en Afrique : brève présentation comparative de leurs pouvoirs et compositions* » le conseil supérieur de la magistrature Béninois est dont sa composition est : « *La loi organique sur le CSM prévoit en effet que le CSM est composé des membres de droit et des « autres membres ». Les membres de droit sont le président de la République (président du CSM), le président de la Cour Suprême (1er vice-président du CSM), le ministre de la Justice (2ème vice-président du CSM), les présidents des chambres de la Cour Suprême, le procureur général près la Cour suprême, le président de la Cour d'appel, et le procureur général près la Cour d'appel.* » *Président de la cour suprême et le ministre sont membres de droit alors qu'ils sont nommés aussi par le président de la république. P2peut être consulté sur www.afrimap.org/english/images/research_pdf/CSM_en_Afrique.pdf*

d'indépendance et de respectabilité »²⁷⁵. Il existe donc une grande fausseté entre la juridiction constitutionnelle et la juridiction ordinaire de droit commun²⁷⁶.

Section II : Séparation bipartite des pouvoirs : l'évolution dans le monde

La plupart des doctrines modernes et nous même, face à la situation d'exercice de pouvoir posent aussi des questions si la théorie préconisée par Montesquieu est encore d'actualité ? N'est elle pas besoin de mis à jour ou d'être ré-conceptualiser vis-à-vis de la pratique plus influente et dominante maintenant ? Une nouvelle réalité sociale et politique bouleverse le principe de séparation dont on va voir la cause et la conséquence.

Paragraphe 1 : La remise en cause de la séparation classique des pouvoirs

C'est une théorie moderne de gouvernance exercée par l'institution étatique et prévue par la Constitution. La séparation des pouvoirs classiques est tellement écartée dans son champ d'application à cause des formes modernes de rapport de force. Ces rapports sont causés par l'unification des pouvoirs au détriment de la majorité et par la multiplication des nouvelles tâches qui attendent le pouvoir juridictionnel.

A. Unification du pouvoir législatif et exécutif par le jeu de la majorité

Eric Oliva énonce : « la séparation des pouvoirs prend une autre forme en ce sens qu'à la séparation juridique des pouvoirs qui consiste dans le partage des différentes fonctions entre des organes distincts s'ajoute une séparation politique qui oppose deux blocs politiques antagonistes : la majorité et l'opposition.²⁷⁷ » Cette formation bipartite des parties est très évoluée dans le monde contemporain. Les pouvoirs publics notamment le gouvernement et parlement sont largement dominés par ce phénomène de la majorité dont le problème primordial est la stabilité des gouvernants en place. Si la majorité n'est pas acquise, une sorte de coalition doit être formée entre les différents partis, à défaut une cohabitation dans la

²⁷⁵ Joseph DJOGBENOU « Bénin : Le Secteur de la justice et l'État de droit » Un étude d'AfriMAP et de l'Open Society Initiative for West Africa, 2010 p6

²⁷⁶ Joseph DJOGBENOU « BéninLe Secteur de la justice et l'État de droit » Un étude d'AfriMAP et de l'Open Society Initiative for West Africa, 2010 p4

²⁷⁷Eric OLIVA in « aide mémoire Droit Constitutionnel » P 35

direction du Gouvernement. Dans ce sens, la majorité domine les pouvoirs gouvernementaux. Cette domination de la majorité a pour conséquence la minimisation du contrepoids entre institution car l'institution parlementaire ou l'organe législatif appartient à la majorité gouvernementale. La conduite politique est systématique et il n'y a plus tellement de contrôle efficace sauf par les minorités de l'opposition. Presque partout dans l'Afrique qu'on voit la dérive du phénomène de la majorité, y compris Madagascar.

La plupart des cas surtout pendant la troisième République, le parti du Président de la République en place occupe une place importante dans l'organe législatif. On voyait que le parti détient la majorité écrasante des Assemblées, détenteur du contrôle politique du Gouvernement. Le vote de la loi devient systématique car le contrôle ne l'est plus. On assiste ainsi à l'incapacité des opposants, dépourvu de tout moyen, et n'ont pas de légitimité populaire. A Madagascar, la délimitation entre législatif et exécutif devient de plus en plus formelle puisque l'exécutif adopte des normes. Le fonctionnement du législateur est vraiment mis en cause. La plupart des lois votées sont tous des projets de lois. La proposition de loi à l'initiative du parlement ne l'est plus sauf s'il s'agit de leur problème personnel²⁷⁸. Toutes ces attitudes du législateur malgache entraîne la tendance, la concentration et la personnalisation du pouvoir par le Président de la République dans notre pays, d'où un régime présidentieliste.

En plus, le Président de la République est à la fois le Président du parti majoritaire ou la coalition parlementaire. Dans la plus pire des cas, il est aussi le chef d'une classe dominante ou prolétariat, bourgeois comme voulait la théorie marxiste²⁷⁹. Cette présidence du parti lui octroie l'obéissance, allégeance et la loyauté de la majorité même s'il est à la dérive légale, c'est le fanatisme²⁸⁰. C'est exactement dont Montesquieu avait déjà prédit que si « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser » et la liberté se trouve emprisonnée « Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté; »²⁸¹

²⁷⁸ Des informations scrutés au niveau de l'assemblée Malgache cette dernière année, dans la plupart de lois votées plus de 99% sont des projets de lois.

²⁷⁹ Philippe ARDANT « Institution Politique et Droit Constitutionnel » Ed LGDJ 1989 p 52.

²⁸⁰ JP MASSERON « Le Pouvoir et la Justice en Afrique noir Francophone et à Madagascar » p 47

²⁸¹ Charles de secondât de MONTESQUIEU dans « l'esprit des lois » p 112

Dans les pays développés, le phénomène de la majorité unifie le pouvoir législatif et exécutif dont on appelle à l'ensemble pouvoir politique stricto sensu. On assiste maintenant à une gouvernance des parties politiques et non plus à une gouvernance de l'institution prévue constitutionnellement. Exemple d'illustration en France avec soit la majorité socialiste soit la majorité de l'UMP qui est au pouvoir. Aux Etats-Unis également, le pouvoir est dirigé soit par le Démocrate, soit par le Républicain. En dépit de ce fait l'« assemblée parlementaire est réduite à un appendice du Gouvernement »²⁸² et la séparation des pouvoirs classiques est vidée de son contenu par l'unification du pouvoir au Chef Suprême de la République et/ou de la majorité.

B. Les préoccupations nouvelles qui incombent aux juges

La mutation due à la multiplication des préoccupations qui incombe au pouvoir juridictionnel par l'influence des droits internationaux en est aussi un autre bouleversement de la séparation classique. Les juges sont faces à des phénomènes ou des responsabilités nouvelles qui se soucient de plus en plus de l'Humanité et de son bien être. Actuellement, on assiste à la subjectivisation des Droits et des procès, même en matière administrative, la protection des droits fondamentaux est primordiale. Il y a aussi en matière pénale par la protection des intérêts communs ou de la collectivité tels que: la corruption, le Droit de l'environnement, les réseaux terroristes et mafieux...Il y a une reconsidération de certain dommage et pour les Juges européens « celles de dommage social à la collectivité sont toujours plus fréquentes et seront traitées d'une manière plus directe.²⁸³ » A l'étranger notamment en France, le juge est face à des déviances de la puissance publique²⁸⁴.

Paragraphe 2 : Conséquence de l'évolution la séparation bipartite

²⁸² Intervention de Babacar GUEYE « La démocratie en Afrique : succès et résistances » in *pouvoirs* n°129p17

²⁸³ Veronique PUJAS in « Les pouvoirs judiciaires dans la lutte contre la corruption politique en Espagne, en France et en Italie » p 46.consultable sur www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds44.../ds044045-03.pdf

²⁸⁴ Olivier BEAUD, « la multiplication des pouvoirs » « Ainsi, c'est autant la pratique judiciaire que les textes constitutionnels ou organiques qui permettent d'évoquer l'existence d'un pouvoir judiciaire. Enfin et surtout, la justice – et il faut ici entendre la justice pénale – s'est saisie, dans les vingt dernières années, de la prérogative essentielle de contrôler les gouvernants. Là réside, à notre avis, le pouvoir « inédit » de la justice. » in *Pouvoirs* n° 143 pages 58

La concentration de l'autorité remet en cause la séparation des pouvoirs à cause de ce contrôle parlementaire qui est devenu un mythe ou utopie. Le contrôle n'est plus exercé par la faible opposition ou des quelques sociétés civiles. Pire encore à Madagascar, et dans les pays africains, c'est la démocratie directe qui exerce le contrôle par le biais de la manifestation dans la rue quand la démocratie représentative ne l'est plus et la justice sont méprisées par

Dans les pays développés, le contrôle parlementaire est plus ou moins inefficace, à cause de la majorité gouvernementale. De plus, le rôle du pouvoir juridictionnel par l'influence du Droit International²⁸⁵ et la consécration par le Droit interne se sont accrus. Ainsi l'influence apportée par les décisions judiciaires sur la loi de ces pays a pour cause, dans le fait, la séparation bipartite des pouvoirs. Cette séparation n'est pas constitutionnellement stipulée mais se traduit à l'application. La séparation bipartite est tellement instaurée vu toutes ces données qui la permettent. En France, le CC est considéré comme un organe contrôlant et limitant le pouvoir du Gouvernement que comme son défenseur face au Parlement²⁸⁶. Le parlement est minimisé par la règle des partis politiques

Dans les pays sous développés, la séparation et l'équilibre des pouvoirs tant énoncées dans le préambule de la Constitution sont effacées dans la pratique au détriment de la personnalisation des pouvoirs. Le contrôle qui devrait être fait par le pouvoir constitué est quasi insignifiant. C'est pourquoi en dehors de l'institution que le contrôle s'effectue à cause du mécontentement du peuple quand l'institution légale est dépossédée de son attribution provoquant la crise cyclique. Montesquieu dit, jadis, que les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la vigueur. Mais maintenant, on assiste à des parlementaires qui n'ont qu'une main qui vote la loi devenant ainsi un « pouvoir nul ».

La séparation tripartite est désormais mise en cause tant sur le plan national qu'international par le déclin de l'un de son pilier qui est le législatif. Pour garantir la liberté,

²⁸⁵ Voir PIDCP : « Le respect de l'indépendance du pouvoir judiciaire est aussi reconnu dans les Principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature qui prévoient qu'il est de la responsabilité de toutes les institutions, gouvernementales et autres, de respecter l'indépendance de la magistrature. «Prendre les mesures nécessaires pour garantir l'indépendance et l'impartialité de la magistrature (article 14, paragraphe 1, du Pacte) »

²⁸⁶ Louis F et Loïc P « Le Conseil Constitutionnel » Que sais-je ? Ed PUF, 4ème Ed, p 4.

seul le pouvoir juridictionnel est encore en mesure de le faire. Il se trouve de plus en plus écarté des pouvoirs politiques du moins aux pays occidentaux où la démocratie moderne s'installe et la mentalité incarne l'éthique. Seul ces deux pouvoirs, exécutif et judiciaire, peuvent se contrôler et se contrebalancer. D'où on parle d'une séparation bipartite comme évolution. La séparation exécutive et juridictionnelle est donc un principe avenir. Comme dit Fabrice Hourquebie « Le pouvoir juridictionnel, en effet, tend à vouloir s'affirmer dans les Etats de droits stabilisés (...), pour ensuite construire sa légitimité de contre-pouvoir²⁸⁷. » Dans le cas de Madagascar, pour assurer que la crise cyclique ne devient plus le menu habituel de l'Etat ou de sa population, il faut que la nation passe à une justice transitionnelle. Il faut aussi instaurer et rechercher ce pouvoir juridictionnel indépendant. On estime que le juge malgache est entrain d'essayer de rechercher cette indépendance pour garantir la liberté et l'Etat de droit dont les malgaches ont soif.

Le pouvoir judiciaire devrait appliquer et contrôler à la fois l'exercice du pouvoir prévu par la loi pour garantir la liberté et l'équilibre du pouvoir. Pour se faire, il faut d'abord toute la recommandation et condition qu'on a essayées d'établir dans notre analyse. Il faut que la justice soit d'abord forte et digne²⁸⁸. Cette nouvelle forme de séparation est garant d'un bon fonctionnement des institutions étatiques et une nouvelle tournure de la relation des pouvoirs publics. On partage le point de vue que c'est l'ère de l'émergence du pouvoir juridictionnel aussi « C'est un juste réajustement de l'histoire: la séparation des pouvoirs est ternaire par principe et doit, à ce titre, impliquer le pouvoir juridictionnel²⁸⁹.

²⁸⁷ Fabrice HOURQUEBIE " Quelques observations sur l'émergence du contre-pouvoir Juridictionnel en France p.8

²⁸⁸ Comme souligne Robert BADINTER dans « Une si longue défiance » : « La justice, instrument essentiel du pouvoir impérial, devait être une institution forte et prestigieuse, et ses magistrats, considérés. » comme dans la vision Napoléonien, in pouvoir n° 74 p8

²⁸⁹ Fabrice HOURQUEBIE « De la séparation des pouvoirs aux contre-pouvoirs: «l'esprit» de la théorie de Montesquieu.... »

CONCLUSION

D'une manière générale, il découle de l'analyse que la séparation entre le pouvoir exécutif et juridictionnel à Madagascar est encore une architecture à bâtir avec ses bases et ses valeurs qu'on attend d'elle. Une indépendance qui n'est qu'un slogan juridique vide et un équilibre de pouvoir encore à achever. L'absence d'indépendance de la justice face à l'exécutif est toujours le problème du pays. La subordination de l'exécutif constitue une entorse à la loi fondamentale. Tant que les différentes juridictions sont instrumentalisées au service du pouvoir gouvernant, l'Etat de droit est vain et le développement ne sera jamais au rendez-vous.

La tentative de la séparation du pouvoir juridictionnel et l'exécutif ou tout précisément ce regard sur l'avenir de la séparation des deux pouvoirs entre dans l'espoir d'avoir un pouvoir judiciaire plus indépendant, loin de la soumission et manipulation de l'exécutif où cette tendance despotique du pouvoir. Elle entre aussi dans l'espoir d'avoir une organisation de l'institution publique plus démocratique sur le plan juridique et pratique. La séparation est soucieuse d'une meilleure protection des droits et libertés fondamentaux des citoyens, tout en reconnaissant des pouvoirs aux gouvernants pour permettre à ces derniers d'exercer leurs fonctions afin de développer le pays. Il faut instaurer l'Etat de droit, la primauté du droit au nom du peuple souverain détenteur de tout pouvoir.

En réalité, la tentative n'est pas faite ni dans le but d'affaiblir le pouvoir des gouvernants, ni de donner un pouvoir supérieur au juge face à l'exécutif, ni d'instaurer une séparation parfaite car celle-ci n'existe pas. On tente tout simplement de limiter sa puissance dans le strict minimum, de leur remettre au rang pour que la collaboration entre les pouvoirs soit harmonieuse pour garantir le but fondamental de l'Etat. Il faut qu'un pays si vulnérable comme Madagascar soit prêt au moins sur le plan institutionnel et sur le plan juridique de toutes ces nouvelles attentes sociales et nouvelles bouleversement du monde à la pointe de la modernisation que soit sur la structure technique, soit moral. C'est pourquoi toute cette analyse de la séparation de pouvoir exécutif et du pouvoir juridictionnel est faite surtout dans notre esprit de tentative de démythification pour apporter notre point de vue sur le système malgache.

La vision que cette séparation bipartite va être, c'est l'avenir de l'organisation des pouvoirs publics qu'on est entrain d'assister sur la pratique maintenant, à la raison que, la

séparation des pouvoirs qui est un principe d'organisation des pouvoirs publics devient ainsi un principe de protection des droits fondamentaux des citoyens. Quand on parle des droits fondamentaux, c'est à celui qui est censé de la protéger que l'intention se penche, c'est le juge ou le pouvoir judiciaire. Il devrait être un organe non seulement régulateur des pouvoirs publics ou régulateur conflits de compétence mais un organe de contre pouvoir, régulateur des agissements des pouvoirs publics en contrôlant l'exécutif et régulateur de la vie sociale dans la vision libérale du droit. Il faut donc qu'il exerce pleinement de son indépendance vis-à-vis de son homologue, l'exécutif.

L'indépendance de la justice devrait être construite par le droit, non seulement, mais il faut aussi une volonté politique des dirigeants surtout des constituants lorsqu'ils sont saisis. La volonté doit être suivie d'effet par les juges pour que leur résolution ne soit pas une simple déclaration mort-née, pour redorer leur propre institution. Il faut que le détenteur du pouvoir juridictionnel malgache franchise la maladie symptomatique que le juge français a déjà franchi « Prendre le risque c'est arrêter sa carrière ». Il revient aux magistrats eux-mêmes de s'émanciper face à l'empiétement de la puissance publique, de faire valoir son propre institution et revendiquer toutes entraves à la séparation.

Une séparation et une relation des pouvoirs trouvent une autre dimension actuellement, loin de ce que la théorie ancienne pense. D'ores et déjà, chacun des organes ou pouvoirs constitués sont faces à des évolutions et des dynamismes socio-juridiques et politiques. Des nouveaux débats s'insurgent, de nouveau droit à protéger et de nouvelle relation et mécanisme intentionnel qu'impose le siècle de la technologie avancée et de la démocratie moderne, vue notre analyse. Ceux-ci ébranlent évidemment l'organisation du pouvoir qui justifie notre vision de rééquilibrage et la recherche d'une justice saine et efficace. Le principe connaît une mutation sur le plan international.

Le pouvoir juridictionnel n'est plus un organe automate mais un acteur essentiel dans l'Etat. On le voit en France, le juridictionnel s'affirme et s'affiche en tant qu'organe à pouvoir irréductible face au pouvoir exécutif. Le bouclier se fissure et la prise de pouvoir va dans une perspective de l'attente sociale. L'expérience française montre que la séparation bipartite est idéale pour la démocratie et de la liberté, garant de l'Etat de droit. Vues ces attentes et cette mutation de l'application de la théorie dans le temps, n'est il pas maintenant nécessaire de réconceptualiser la séparation classique des pouvoirs en vue d'en garantir vraiment non pas la théorie mais un Droit à la separation des pouvoirs ?

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX

ANACLET Imbiki « Déontologie et Responsabilité des Magistrats » Editions Créons, 2012, 339 pages.

ARDANT Philippe, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 12ème édition, 2000, 435 pages

BOULOC Bernard « Droit pénal général et procédure pénale », édition SIREY, 16eme édition, 2006, 521 pages.

CHABANOL Daniel « Procédure », La pratique du Contentieux Administratif, Ed LITEC, 4eme Edition, 2002.556 pages.

CHAPUS René « Droit Administratif Général », édition Montchrestien, 14eme ed, 1399 pages.

CHANTEBOUT Bernard « Droit Constitutionnel » Edition SIREY, 25eme éd, 2008, 629 pages.

DEVOLVÉ Pierre & Long Marceau « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », édition Dalloz, 16eme éd, 2007, 998 pages.

FAVOREU Louis & PHILLIPE Loïc, GRANDS ARRETS, « Les grands décisions du Conseil Constitutionnel » Ed DALLOZ, 8eme Edition.

FAVOREU Louis & PHILLIPE Loïc « Le Conseil Constitutionnel », Que Sais-Je, Ed PUF, 4eme Edition, 1988. 127pages

GERARD Ignasse « Institutions Politiques et Administratives » Edition ELLIPSES, 1994.

GONOD Pascale « Annales Droit administratif », Edition Dalloz, 2010, 211 pages.

HERAUD Alain & MAURIN André « Institutions Juridictionnels : Aide mémoire » édition Dalloz, 7eme éd, 2008, 317 pages.

LATOUNERIE Dominique « Le Conseil d'Etat : Au nom du peuple Français » édition Dalloz, 2005, 153 pages.

LEBRETON Gilles, « Cours de Droit Administratif général », Dalloz, 4ème éd, 2007, 549.

LE DIVELLEC Armel & De VILLIERS Michel « Dictionnaire du Droit Constitutionnel », Edition SIREY, 7ème éd, 2009, 383 pages.

MARCEL Waline, mélanges offerts à Mr WALINE « Le Juge et le Droit Public » Tome I et II, Ed LGDJ, 1974

MASSERON Jean Paul « Le Pouvoir et la Justice en Afrique noire Francophone et à Madagascar », Ed A PEDONE, 1966. 161 pages.

OLIVA Eric « Droit Constitutionnel : Aide mémoire » édition SIREY, 5ème édition, 2006, 433 pages.

PERRIOT Roger « Institutions Judiciaires », édition Montchrestien, DOMAT DROIT PUBLIC 7ème Ed, 1995 591 pages.

ROUSSEAU Dominique, Droit du contentieux constitutionnel, Paris, 8ème édition Montchrestien, 2008, p. 485.

RAWLS John « Théorie de la Justice », Edition Seuil, 1987. 665pages

SAMIR Tanagho, « De L'Obligation Judiciaire » Paris, Ed Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Tome LXIV. 225pages

SCARANO Jean Pierre « Institutions Juridictionnelles ». Ed Ellipses, 5ème Edition, Année 2002. 213 pages.

VERPEAUX Michel « Annales Droit Constitutionnel » Edition Dalloz, 2007, 243 pages.

OUVRAGES SPECIAUX ET RECEUIL

Annales Droit 3 « Actes du colloque : Promotion du Droit et Justice Administrative », Editions Jurid'ika, 2014, 163 pages.

Archives de Philosophie du Droit « La Création du Droit par le Juge » Edition DALLOZ, Tome 50 publiée avec le concours du CNRS, 2007.

Recueil de la jurisprudence administrative de 1977 à 2003, éditions jurid'ika, 572 pages.

Arrêts Commentés de la Chambre Administrative et du Conseil d'Etat de la Cour Suprême de Madagascar, année 2008-2009-2010, édition jurid'ika.

ENMG « L'administration devant son juge » Journée de réflexion entre la juridiction administrative et l'Administration, Ed jurid'ika, 2008 ; 98 pages.

TEXTES ET LOIS :

Constitution Malgache de la Quatrième République Malgache Adoptée en 2010.

Constitution Malgache de la troisième République version révisée de 2007.

Constitution Malgache de la troisième République version initiale du 19 août 1992.

Constitution Française de 1958 Texte incluant les modifications depuis 1958.

Constitution de la République Italienne de 1948.

Constitution de la République Benin Loi N° 90-32 du 11 Décembre 1990.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New York le 16 décembre 1966 approuvé par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1991 Instrument d'adhésion déposé par la Suisse le 18 juin 1992 entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992.

Loi Organique N°2014-019 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi organique n°2007-039 du 14 janvier 2008, modifiée et complétée par la loi organique n°2011-006 du 1er août 2011 relative au Conseil Supérieur de la Magistrature.

Loi 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 (JO n°2939 du 08.11.04).

Loi Organique n° 2007-039 du 14 janvier 2008 relative au Conseil Supérieur de la Magistrature (J.O. n° 3 173 du 19 mars 2008, p.1195-1200).

Loi n° 95-125 Française du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative version consolidée au 28 octobre 2014.

Loi n° 80-539 Française du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public.

Loi n° 2012-007 portant amnistie pour la réconciliation nationale.

DECRET N° 2005-710 du 25 octobre 2005 portant Code de déontologie des magistrats (J.O. n° 3 016 du 27/02/06, p. 1625).

Code de Justice Administrative Française.

Ordonnance n° 2005-005 du 22 mars 2006 portant loi organique relative au Statut de la Magistrature (J.O. n° 3 020 du 25/03/06, p. 1847) modifiée par la loi organique n° 2007-039 du 14 janvier 2008 (J.O. n° 3173 du 19/03/2008 p. 1201).

Ordonnance n° 2001-003 du 18 novembre 2001 portant loi organique relative à la Haute Cour Constitutionnelle (J.O. n° 2747 E.S. du 19.11.2001 p. 3077).

Ordonnance n° 62-052 du 20 septembre 1962 portant Code de procédure pénale malgache (JO n° 246 du 05/10/62, p. 2050.).

Ordonnance n° 2001-003 du 18 novembre 2001 portant loi organique relative à la Haute Cour Constitutionnelle (J.O. n° 2747 E.S. du 19.11.2001 p. 3077).

Décret N° 2005-710 du 25 octobre 2005 portant Code de déontologie des magistrats (J.O. n° 3 016 du 27/02/06, p. 1625).

LES REVUES :

Revue « Pouvoirs » Revue Française d'études constitutionnelles et politiques, éditions du Seuil. Peut être consulté ! www.revue-pouvoirs.fr

- N° 143 « La Séparation des pouvoirs », 2012
- N° 137 Rousseau Dominique « Le Procès Constitutionnel », 2011
- N° 68 Bredin Jean Denis « Un Gouvernement des Juges », 1994
- N°16 Foyer Jean « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », 1981
- N° 74 « Les Juges », 1995
- N°84 « La Liberté », 1998
- N° 46 MARION Alain « Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier », 1988
- N°129 « La Démocratie en Afrique », 2009
- N° 16 Troper Michel « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », 1981

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE « Droit positif » Facultas Juris – Aquarum Sextiarum Massiliseque XXXVII-, Ed PUAM, 2014. 1504 pages

LANJAMIRA « Lettre d'information bimestrielle du Conseil d'Etat de la Cour suprême », n° 0001(Aout 2012) n° 0002(sept 2012), n°0003(décembre 2012), n°0006(Juin 2013)

Christian Poncelet, les colloques du Sénat « l'office du juge » septembre 2006.

COLLOQUE :

Actes de colloques : « Perceptions et réflexions du CSM sur l'Inspection de la Justice à Madagascar »

5e CONGRÈS DE L'ACCPUF : 23 au 25 juin 2009 à Cotonou, sur le thème : "les cours constitutionnelles et les crises". <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1992/les-decisions-de-1992.2972.html>

- Adama Kpodar « Les juridictions constitutionnelle et les crises en Afrique noire francophone »
- Jean du Bois de Gaudusson « Rapport général »

VIIe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008 Atelier 6 – constitution, pouvoirs et contre-pouvoirs :

- FELDMAN Jean-Philippe : « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques »

Colloque international de Cotonou : Etat de droit et séparation des pouvoirs 13-15 janvier 2004 :

- AUCOIN Louis : INDÉPENDANCE JUDICIAIRE : PERSPECTIVE MONDIALE ET LECONS EMERGEANTES RELATIVES A LA SÉPARATION DES POUVOIRS DANS LE CADRE D'UNE DEMOCRATIE CONSTITUTIONNELLE.

2ème Congrès de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle, Rio de Janeiro, Brésil, 16 au 18 janvier 2011 « Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et instances équivalentes »

- ROUSSEAU Dominique : Rapport national français (novembre 2010)

Mission de recherche Droit et Justice / Octobre 2002 / Colloque : Parquet et politique pénale depuis le 19e siècle - Septembre 2002 <http://www.gip-recherche-justice.fr>

ARTICLE WEBOGRAPHIE :

Alioune Badara FALL « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique » Extrait du Afrilex <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/le-juge-le-justiciable-et-les.html.pdf>

CHEVALLIER Jacques « La gouvernabilité »

www.cersa.cnrs.fr/img/pdf/publications-2.pdf

Charles de Secondât de Montesquieu *De l'esprit des lois*, *Édition établie par Laurent Versini*, Paris, Éditions Gallimard, 1995. Source: <http://www.uqac.quebec.ca/zone30>.

HOURQUEBIE Fabrice « DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS AUX CONTRE-POUVOIRS: «L'ESPRIT» DE LA THÉORIE DE MONTESQUIEU »
pdf[www.umk.ro/images/documente/publicatii/.../4 de la separation.pdf](http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/.../4_de_la_separation.pdf)

HOURQUEBIE Fabrice, « Quelques observations sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel en France » *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 15, 2012. Cercle.u-bordeaux4.fr/sites/cercle/.../pdf/cv_pr_hourquebie_2014.pdf

Le système judiciaire italien, pdf

MALENGREAU Sabine « MONTÉE EN PUISSANCE ET LÉGITIMITÉ DU JUGE

DANS UNE SOCIÉTÉ FRAGMENTÉE EN QUÊTE DE LIEN SOCIAL » .pdf
Dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/.../malengreau-2-20070503.pdf

PUJAS Véronique « les pouvoirs judiciaire dans la lutte contre la corruption politique en France, en Espagne et en Italie ». [Ancoragene.net.org/content/documents/pujas,%20veronique%20\(iepg\).pdf](http://Ancoragene.net.org/content/documents/pujas,%20veronique%20(iepg).pdf)

ROUSSEAU Dominique « Indépendance de la justice ».pdfWww.astrid-online.it/dossier--r2/studi--ric/.../rousseau_giustizia.pdf

TROPER Michel « le pouvoir judiciaire et la démocratie » Vol.1 EJLS No. 2. PdfWww.ejls.eu/2/32fr.pdf

MOGINI Stefano : Le parquet entre les influences du pouvoir central et des autorités locales, Lyon, 20 septembre 2002 Université Jean Moulin – Lyon 3 p3

AUTRES DOCUMENTS ET ARTICLES DE PRESSE:

Document du Ministère de l'économie et de la planification, Direction du suivi évaluation des programmes « Rapport de mise en œuvre des programmes années 2013 » publiée 19 janvier 2015. A consulté à l'INSTAT Anosy.

Document du ministère d'Etat chargé de l'économie et de l'industrie « Rapport journée mondiale de la statistique 2010 : les points saillants », octobre 2011. A consulté à l'INSTAT Anosy.

Extrait Madagascar-Tribune.com

Magistrature Malgache: Deux, deux et demi ou trois pouvoir ?
<http://www.madagascar-tribune.com/Magistrature-malgache-deux-deux-et,13907.html> mardi 27 avril 2010, par [Anthony Ramarolahiaingonirainy](#)

Express de Madagascar.com

La vindicte populaire reprend<http://www.madagascar-tribune.com/La-vindicte-populaire-reprend,20876.html>

La justice populaire gagne du terrain, l'autorité reste impuissante
<http://www.madagascar-tribune.com/La-justice-populaire-gagne-du,20598.html>

<https://www.lexpressmada.com/blog/actualites/conseil-superieur-de-la-magistrature-le-projet-de-loi-adopte-sur-fond-de-bras-de-fer-16001>

<http://www.lexpressmada.com/blog/actualites/projet-de-loi-csm-les-membres-elus-peuvent-etre-evinces-15643>

Table des matières

LISTE DES ABREVIATIONS	I
SOMMAIRE.....	II
INTRODUCTION	1
TITRE I: LE PARADOXE DE LA SÉPARATION DE L'EXÉCUTIF ET JURIDICTIONNEL	8
CHAPITRE I: LA PLACE DU POUVOIR JURIDICTIONNEL FACE AU POUVOIR EXÉCUTIF	8
Section I : Minimisation du pouvoir judiciaire depuis Montesquieu	8
Paragraphe 1 : Les différentes formes de séparation de pouvoir	8
A. La séparation stricte des pouvoirs	9
B. La séparation souple des pouvoirs.....	9
C. La variante de la séparation souple des pouvoirs : les régimes mixtes ..	10
Paragraphe 2 : Les rapports entre séparation des pouvoirs et autres principes.	11
A. Séparation des pouvoirs et Etat de Droit	11
B. Séparation des pouvoirs et Démocratie	13
Paragraphe 3 : La grande méfiance au Pouvoir Juridictionnel	14
Section II : L'évolution Constitutionnelle malgache et la séparation des pouvoirs	15
Paragraphe 1 : Dans les Constitutions anciennes	15
A. La consécration du principe de la séparation des pouvoirs	15
B. Reconnaissance de pouvoir et /ou autorité judiciaire	17
Paragraphe 2 : La Constitution de la IVème République et la séparation de l'exécutif et du juridictionnel.	19
A. La solution de la Constitution en vigueur sur la question d'autorité ou pouvoir juridictionnel.....	19
B. Désarmement du Juge par les constituants	20
CHAPITRE II : L'AGRESSION DU PRINCIPE RÉGISSANT LA SÉPARATION DES POUVOIRS EXÉCUTIF ET JURIDICTIONNEL	24
Section I : Le Mythe de l'Indépendance de la Justice.....	24
Paragraphe 1 : Manifestation de la dépendance du juge à l'exécutif	25
A. Les gardiens de l'indépendance de la justice.....	25
1. Le Président de la République : Le paradoxe	25
2. Le Conseil Supérieur de la Magistrature et le corporatisme des juges	27
B. La subordination par l'exécutif	30
1. La nomination du juge par l'Exécutif.....	31
2. Conséquences de la nomination	36
Paragraphe 2 : Impartialité soupçonnée.....	38
A. Cause de partialité	39
1. L'Influence des autres pouvoirs en relation avec l'exécutif	40

2. Corruption au cœur du pouvoir juridictionnel	41
B. Conséquence de la partialité.....	43
1. Protection imparfaite des droits fondamentaux.....	43
2. Crédibilité bafouée	44
Section II : Non respect de la règle de non-immixtion.....	45
Paragraphe I : Immixtion de l'exécutif dans les affaires du Juge	45
A. Interférence dans la Mission du Juge	45
1. Cadre de mission de régulation	46
2. Cadre de mission de contrôle :	48
B. Instrumentalisations politiques des Hautes Juridictions	49
Paragraphe II : Immixtion du juge dans les affaires de l'exécutif	51
A. Confusion entre fonction administrative et fonction de juger	51
B. La venue du juge dans le monde politique, « juge politicien »	53
CHAPITRE III : DOMINATION DE L'EXÉCUTIF AU JURIDICIONNEL	56
Section I : Domination ou Domestication Institutionnelle	56
A. Création des institutions judiciaires par l'Exécutif	56
1. Les Institutions Légales	56
2. La Justice, Sous tutelle Administrative (Entre autorité administrative indépendante et institutions constitutionnelles	60
B. La raison de la domination de l'exécutif.....	61
1. Souci d'un gouvernement des juges	61
2. Censure des décisions par la justice et irresponsabilité des juges.....	63
Section II : Domination fonctionnelle et décisionnelle	64
Paragraphe 1 : La question d'exécution des décisions de justice.....	64
A. L'influence de l'exécutif dans la prise de décision et procédurale	64
B. Inexécution des décisions de justice	67
Paragraphe 2 : L'obstacle à la décision judiciaire.....	69
A. La restriction d'en prendre la décision	69
1. Acte de Gouvernement	69
2. La notion d'ordre public	70
B. La suppression des décisions de justice	72
1. Amnistie.....	72
2. Grâce Présidentielle.....	72
TITRE II : TENTATIVE DE DÉMYTHIFICATION DU SÉPARATION ENTRE LE POUVOIR EXÉCUTIF ET JURIDICIONNEL : ESSAI DE RÉÉQUILIBRAGE.....	74
CHAPITRE I : REFONTE DES RAPPORTS ENTRE L'EXÉCUTIF ET LE JURIDICIONNEL.....	74
Section I : La nécessaire révision du rapport entre l'exécutif et le juridictionnel	74
Paragraphe 1 : Cause de la Refonte.....	75
A. Attente sociale et aspiration de la volonté générale	75
B. Quête du pouvoir fort par le Juge	76
Paragraphe 2 : Réforme légale	78
A. Réforme de la loi fondamentale	78
B. Les différentes lois.....	80

Paragraphe 3 : Réforme institutionnelle : Garant de l'équilibre des pouvoirs..	80
A. Restructuration des institutions juridictionnelles	81
1. Nouvelle architecture pour le CSM.....	81
2. Restructuration de la composition de la HCC.....	83
3. Suppression de la HCJ.....	84
B. Autonomie administrative et financière de la justice	84
Section II : Rendre effective l'indépendance du pouvoir judiciaire.....	86
Paragraphe 1 : Processus d'amélioration de l'indépendance	86
A. L'élection des Juges	86
B. Participation des pouvoirs juridictionnels à l'initiative des lois.....	87
Paragraphe 2 : Revalorisation du Statut des magistrats et des gouvernants	88
A. Des magistrats	89
B. De l'exécutif : Redéfinir le statut de l'Exécutif	90
CHAPITRE II : CLÉ DE LA SÉPARATION DE POUVOIR : « CONTRÔLE EFFICACE »	91
Section I : Rééquilibrer les contrôles réciproques.....	91
Paragraphe 1 : Fortifier le rôle du juge en matière de contrôle.....	92
A. Essai sur l'auto-saisine en matière de contrôle et d'interprétation de la loi fondamentale.....	92
B. Contrôle de légalité de l'acte et agissement.....	94
Paragraphe 2 : Les moyens de rendre effective la décision judiciaire	95
A. Application effective de l'astreinte	95
B. Instauration de l'Injonction	97
Section II : Le contrôle de l'exécutif et du citoyen.....	99
Paragraphe 1 : Les Inspections Générales de la Justice.....	99
A. De sa composition :	100
B. De son attribution	100
Paragraphe 2 : Contrôle de la prééminence judiciaire par le citoyen dans le jeu de la redevabilité	100
CHAPITRE III : LA VÉRITABLE PRÉMISSSE A LA REFONTE DES RAPPORTS	103
Section I : L'Assainissement de la profession des Magistrats.....	103
Paragraphe 1 : Assainissement interne rattaché à la personne	103
A. Valorisation de la fonction juridictionnelle	104
B. Respect de l'éthique déontologique.....	106
Paragraphe 2 : Assainissement et intervention externe	107
A. Le recrutement du juge et l'Enmg	107
B. Rôles doctrinaux	108
Section II : La réglementation et sanction des pratiques politiques.....	109
Paragraphe 1 : Dresser le Code d'éthique politique	110
Paragraphe 2 : Sanction des dérogations du principe.....	111
CHAPITRE IV : L'ÉVOLUTION INTERNATIONALE DES RAPPORTS.....	112
Section I : L'efficacité de la justice et la puissance du juge.....	112

Paragraphe 1 : Modèle de la séparation des pouvoirs exécutif et juridictionnel française et italienne	112
A. Sources légales	112
1. Le cas français.....	112
2. Le cas Italien	115
3. L’Influence des Droits européens	116
B. Sources jurisprudentielles	117
Paragraphe 2 : Le modèle africain.....	122
Section II : Séparation bipartite des pouvoirs : l’évolution dans le monde	123
Paragraphe 1 : La remise en cause de la séparation classique des pouvoirs...	123
A. Unification du pouvoir législatif et exécutif par le jeu de la majorité.	123
B. Les préoccupations nouvelles qui incombent aux juges.....	125
Paragraphe 2 : Conséquence de l’évolution la séparation bipartite.....	125
CONCLUSION.....	128
BIBLIOGRAPHIE	III
OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX	III
OUVRAGES SPECIAUX ET RECEUIL	IV
TEXTES ET LOIS :	V
LES REVUES :.....	VII
COLLOQUE :	VII
ARTICLE WEBOGRAPHIE :	VIII
AUTRES DOCUMENTS ET ARTICLES DE PRESSE:.....	IX
Table des matières.....	XI